amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2022

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

FASCICOLO N. 4/2022

SOMMARIO

1. **La metodica sistemica adottata dalla Corte costituzionale nel giudizio sulla conformità alla Costituzione di una disposizione di legge, oggetto di remittenza, conviene che sia condivisa anche da coloro che si dedicano allo studio della "scienza giuridica".**
di Giuseppe Palma……pag. 1

2. **I tratti (maggiori) della parabola concettuale in virtù della quale l'originario potere esecutivo (così denominato) ha assunto la vigente logica funzionale di "amministrazione pubblica".**
di Giuseppe Palma……..pag. 12

3. **El plan estratégico de subvenciones. la reafirmación jurisprudencial de su consideración como requisito esencial del procedimiento subvencional y la reacción del legislativo.**
di Ramón Terol Gómez ……..pag. 21

4. **La tributación de los Tokens No Fungibles (NFTs). Especial referencia al sistema tributario español.**
di Antonia Jabalera Rodrìguez……..……..pag. 36

5. **La responsabilità del Comune inerte per danno da movida.**
di Angelo Piazza……pag. 77

ISSN 2036-7821

6. **Il giurista tra accademia e società.**
di Guido Clemente di San Luca.....pag. 90

7. **I servizi di ristorazione. Alcuni nodi problematici agli albori della riforma del codice dei contratti.**
di Luigi Ferrara.....pag. 105

8. **La disapplicazione del contenuto degli atti amministrativi in una prospettiva comparata.**
di Melania D'Angelosante.....pag. 128

9. **Natura e limiti del potere amministrativo extra ordinem.**
di Francesco Scalia.....pag. 170

10. **Formare per trasformare: l'impatto trasformativo della formazione sulla prevenzione della corruzione. Prime riflessioni.**
di Valentina M.Donini .....pag. 244

11. **Impresa, cultura e comunità: dalle collaborazioni strategiche al partenariato speciale pubblico – privato.**
di Maria Camilla Spena.....pag. 269

12. **Il ruolo della Banca centrale europea e dei governi nazionali nelle politiche di contrasto all'inflazione.**
di Chiara Orrei.....pag. 292

ISSN 2036-7821

13. **Halal as more than a market benchmark: from certification issues to 'Eco-Islam' up to vegan Muslims.**
di Anna Marotta……...pag. 314

14. **Reference for preliminary ruling and remedies correlated for infringements of EU Law in recent case law of the CJEU. A procedural 'institutionalization' of comparative analysis?**
di Sonia Cardarelli……...pag. 332

15. **Il rapporto tra diritto d'accesso e tutela della privacy trattamento dei dati sanitari durante lo stato emergenziale da covid-19 pronunce giurisprudenziali.**
di Maria Cerrato……..pag. 347

16. **Transizione energetica, paesaggio e ambiente, tra competenze statali e regionali. Considerazioni a margine della sentenza del Consiglio di Stato n. 2464/2022.**
di Federica Laura Maggio……pag. 394

17. **La proroga (in)finita delle concessioni demaniali marittime e l'immediata applicabilità del diritto UE nel diritto interno. La rimessione alla Corte di Giustizia UE dell'ordinanza Tar Puglia, Bari, 11.05.2022, 1. n. 743.**
di Linda Giovanna Vacchiano……...pag. 412

18. **I nuovi paradigmi funzionali di cassa depositi e prestiti (cdp) nel patrimonio destinato.**
di C. Alessio Mauro……pag. 430

ISSN 2036-7821

19. Concessioni balneari alla stretta europea. Se la soluzione venisse dal golden power?
di Alessandra Camaiani……pag. 453

20. La violenza di genere in prospettiva comparata: il caso italiano e nordafricano a confronto.
di Karidia Karaboue……pag. 470

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La metodica sistemica adottata dalla Corte Costituzionale nel giudizio sulla conformità alla Costituzione di una disposizione di legge, oggetto di remittenza, conviene che sia condivisa anche da coloro che si dedicano allo studio della "scienza giuridica".

di Giuseppe Palma

(Università Telematica "Pegaso" - Professore Emerito di Diritto Amministrativo nella Facoltà di Giurisprudenza "Federico II")

Sommario

1. I motivi che inducono a ritornare a riflettere sul tema; 2. Al fine di precisare i presupposti della tematica si valuta utile richiamare alcune "argomentazioni motivazionali" adottate dalla Corte; 3. L'indagine dell'organo di garanzia della Costituzione coerente con il regime istituzionale repubblicano; 4. Il principio che consente l'adeguamento della disciplina costituzionale al progressivo grado di evoluzione della società (popolo sovrano); 5. Breve conclusione.

Abstract

The writer declares that one of the reasons that prompted him to return to reflect on the subject, especially influenced by the broad perspective now adopted by the Court, and to "reconsider" the method, adopted many decades ago, of proceeding with the understanding of the Constitution is not codifying a single provision in isolation but in the light of the foundational values of the constitutional discipline.

* *La decisione di pubblicazione del presente lavoro è stata assunta dalla Direzione scientifica della Rivista, considerata l'autorevolezza dell'autore, l'originalità e lo spessore del contributo.*

1. I motivi che inducono a ritornare a riflettere sul tema.

Chi scrive dichiara che uno dei motivi che gli hanno suggerito di tornare a riflettere sul tema, soprattutto suggestionato dall'ampia prospettiva ormai adottata dalla Corte, e di "riverificare"sul metodo, adottato ormai molti decenni orsono, di procedere alla comprensione della Costituzione non codicillando isolatamente una singola disposizione bensì alla luce dei valori fondazionali della disciplina costituzionale. Chi scrive, che si avvicinò allo studio del diritto massimando ed annotando per circa 15 anni sulla Rivista Giuridica dell'edilizia, fondata dal suo Maestro (Aldo M. Sandulli), e fu proprio con tale attività che nutrì il convincimento che per penetrare adeguatamente l'orientamento sentenziale occorreva ricorrere a "trascinare"(per così dire) la singola disposizione nel "quadro organico" della complessiva disciplina di settore. In seguito reso edotto dall'autorevole opinione del "maestro dei maestri" (M.S. Giannini) secondo cui lo studio della Costituzione è in realtà vivente, che deve essere colta nella immediatezza delle molteplici manifestazioni nelle quali si spiega e la dottrina ha il dovere di porsi quale fattore operante della civiltà del diritto", nel procedere allo studio sulla proprietà (art. 42) anche in presenza di autorevoli affermazioni sul "valore manualistico dell'articolo" impiegò il medesimo metodo interpretativo-ricostruttivo e nel precisare una siffatta chiave precisò che "si doveva il definito rigetto di ogni valutazione negativa di prima affermazione secondo cui il documento costituzionale contiene una giustapposizione di principi o di orientamenti diversi e addirittura confliggenti tra loro e che ci si disponga invece a procedere ad una interpretazione organica proprio della loro coordinazione a sistema, la quale consiglia a non portare l'attenzione separatamente sull'uno o sull'altro dei principi accolti ma piuttosto a mettere a fuoco il senso e l'ampiezza in cui si esplicano e si estendono le influenze reciproche ".

A tal proposito la monografia di cui è parola ha subito uno strano destino poiché pur risultando esaurita è stata in gran parte obliterata (e/o occultata) a causa di un diffuso "ideologismo" (come si precisa nella introduzione della sua ristampa) il quale si proponeva di interpretare la Carta in forza di differenti ideologie politiche, ma che per fortuna subì ben presto il "collasso" (di una stella), però non si accorsero i sostenitori di aver prodotto l'effetto (altrettanto negativo) di potenziare l'opposizione di coloro che sostenevano una democrazia liberale con il conseguente effetto di concorrere ad approfondire il vallum con la fedele conoscenza della disciplina costituzionale.

Per vero per far ritorno alla tematica si deve rilevare che chi scrive, il quale non ha mai smesso di consultare le Riviste giuridiche (cartacee) è rimasto perplesso che, con riferimento al sindacato della Corte, si è espresso un giudizio di "ambiziosa espansiva" e già in precedenza con riferimento all'orientamento della Corte di consultare le formazioni sociali (articolo 2 Cost.) è stato sospettato il desiderio di farsi

ISSN 2036-7821

conoscere. In verità chi scrive non intende esprimere alcun giudizio personale ma intende far notare soltanto che un tale linguaggio non si addice a coloro che abbiano una qualche dimestichezza con la corretta "scienza giuridica" (di ogni scienza del resto) la quale risulta perimetrata da "punti cardinali", in quanto essa "implica una conoscenza rigorosamente controllata e sostanzialmente obiettivata di un determinato ordine di fenomeni, e nell'ambito della scienza giuridica occorre individuare quei dati obiettivi i quali corrispondono non alla politica praticata (nè a maggior ragione al personale orientamento politico), che sono oggetto di differenti discipline, bensì al prodotto finale (per così dire) frutto di questa politica e il menzionato prodotto si rinviene nella parte che si traduce in norme giuridiche (o si preferisce in istituti giuridici) con la conseguenza che soltanto quest'ultima deve assumere rilevanza nell'ambito della scienza giuridica (con quest'ultima affermazione non si intende affermare che non sia necessaria una sensibilità storiografica e filosofica politica ma occorre convincersi che tale sensibilità è soltanto utili ad individuare il dato obiettivo di cui è parola ma deve arrestarsi al confine dello studio tecnico-giuridico). In conclusione sono state fin qui espressi i motivi che hanno indotto a fare ritorno sul tema anche perché si è avuto l'impressione (e ci si augura che sia solo così) che i confini che perimetrano l'area di studio, che compete al cultore della scienza giuridica, abbia ormai spesse volte lasciate non custodite le linee di confine.

2. Al fine di precisare i presupposti della tematica si valuta utile richiamare alcune "argomentazioni motivazionali" adottate dalla Corte.

È appena il caso di chiarire che, stante la premessa logica della presente indagine, in questa sede non si nutre il desiderio di procedere al commento delle singole sentenze della Corte, ma piuttosto a sottolineare la progressiva adozione delle coordinate del potere sindacatore, dopo un originario orientamento connotato anche dalla inesperienza e si intende non soltanto sul piano di un sindacato di tal fatta, ma anche in termini di conoscenza della Carta, la quale soltanto ad opera del necessario tempo di maturazione (forse troppo lungo, per le ragioni ricordate ed illustrate in seguito) ha mostrato la vera chiave di volta della sua potenzialità disciplinare.

Al contrario si procede, al fine di individuare i cosiddetti dati obiettivi, porre in evidenza quelle "affermazioni" in esse rinvenibili circa il criterio col quale procedere alla soluzione della remittente questione di incostituzionalità (e si aggiunge anche all'unisono con l'orientamento maturato dal giudice remittente).

Ad esempio si legge che "la Corte di Cassazione ha sollevato la questione di incostituzionalità in riferimento agli articoli 3, 97 e 101 Cost. (sentenza numero 292 del 1884): "questa Corte ha già riconosciuto in molte decisioni come i principi supremi dell'ordinamento costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle

ISSN 2036-7821

altre norme o leggi di rango non costituzionale: principi supremi dell'ordinamento costituzionale" (sentenza numero 1146 del 1988); "il giudizio di costituzionalità è stato promosso in riferimento agli articoli 2,3,7,24,25,29 e 101 Cost." (sentenza numero 18 del 1982); "la Corte riprendendo, peraltro la chiara volontà espressa nel medesimo senso dai Costituenti, ha affermato come il principio di imparzialità, enunciato solennemente nel ricordato articolo 97, si riflette immediatamente in altre norme costituzionali, quali l'articolo 51 e 98 Cost. attraverso cui si mira a garantire l'amministrazione pubblica da influenze politiche o comunque di parte" (sentenza numero 333 del 1993); "nell'ambito dell'ordinamento unitario della pubblica istruzione sono i luoghi istituzionalmente deputati alla formazione della persona e del cittadino. In tale contesto il primato della lingua italiana si incontra con altri principi costituzionali con essi combinandosi e ove necessario bilanciandosi: il principio di uguaglianza... e della libertà (articoli 3,6 e 33 e 34)" (sentenza numero 42 del 2017); "questa Corte può e deve farsi carico dell'esigenza... non limitandosi a un annullamento "secco" della norma incostituzionale ma rinvenendo dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari" (sentenza numero 242 del 2019); "con il secondo motivo di ricorso... sono censurati per violazione degli articoli 2,3,31,32,34 e 97 Cost., quest'ultimo in combinato disposto con gli articoli 117 terzo comma e 118 Cost. ... sul piano sostanziale, nel rispetto in tutti i casi dei limiti imposti dal rispetto della persona umana, a propria volta riflesso del fondamentale principio personalista (articolo 2 Cost.)" (sentenza numero 5 del 2018); "viene denunciata la violazione degli articoli 2,3,31,32,34 e 97 Cost. quest'ultima in combinato disposto con gli articoli 117 e 118 Cost." (ecc. ecc.); soltanto per limitarsi ad alcune decisioni della Corte, nelle quali viene chiarito la prospettiva della cognizione sindacatoria.

3. L'indagine dell'organo di garanzia del rispetto della Costituzione, coerente con il regime istituzionale repubblicano.

Prima di esprimere un sia pur breve commento delle argomentazioni motivazionali testè trascritte si valuta utile anticipare alcune linee fissate nei lavori preparatori della carta e con ciò perimetrare quel "terreno" che si intendeva rifertilizzare a favore della cosiddetta città dell'oro ed individuare le ragioni in forza delle quali siffatto itinerario avrebbe avuto bisogno di una migliore ripavimentazione.

A tal fine occorre richiamare l'attenzione sul fatto che si valuti non sufficiente consultare soltanto i lavori svolti nell'Assemblea costituente poiché occorre stabilire una corretta frequenza donde con i lavori svolti nella Commissione parlamentare che ha elaborato il progetto di Costituzione e con un po' di pazienza procedere alla consultazione di più di sette volumi di circa tremila pagine a doppia colonna, pubblicate ad opera della Camera dei deputati e ciò anche alla luce di quanto rilevato

ISSN 2036-7821

in precedenti occasioni secondo cui in Assemblea la falange dei competenti in diritto ebbero la possibilità di rifinire appunto in termini tecnici le disposizioni frutto del consueto compromesso politico, molti dei quali erano legittimi eredi, per la loro passata esperienza vissuta sotto la vigenza dello Statuto.

Penso che lo Statuto del 1848, il cosiddetto Statuto della Unificazione, sia ben conosciuto, tuttavia in questa sede si trascrivono le disposizioni che possono aver condizionato alcuni componenti della Commissione: ad esempio l'articolo 68 "la giustizia è emenata del Re ed amministrata in suo nome da giudici che egli nomina"; articolo 73 "l'interpretazione delle leggi in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo" e per finire l'articolo 3 del Proclama dell'8 febbraio 1848 in forza del quale "al re solo appartiene il potere esecutivo... nomina tutti gli impiegati e dà tutti gli ordini necessari per l'esecuzione delle leggi". E si sa che un regime siffatto, come rilevò M.S. Giannini, "i burocrati attraverso il denaro, banca e finanza, anche senza aggiungere il codice penale... si può controllare la stampa, l'apparato statale, l'opinione pubblica, l'intera economia nazionale e persino internazionale. Il più grave aspetto della crisi dello Stato liberale è l'assenza di una giustizia distributiva".

Ai presenti fini non è concepibile che una tale vissuta esperienza potesse essere cancellata in un sol colpo ed inserirsi docilmente nella nuova prospettiva ideologica che si intendeva seguire in sede costituente, cosicchè si spiegano le opposizioni frequenti al grido che "nella Costituzione va messo soltanto quello che è costituzionale" e soprattutto che "le disposizioni in Costituzione inserite fossero estremamente semplici e contenessero poche precisazioni e/o condizioni, le quali avrebbero …… ristrettamente l'operato del futuro Parlamento, con la conseguenza che il progetto inviato all'Assemblea già non era più quell'albero frondoso che alcuni auspicavano ma un albero privo di foglie.

In altri termini il maturato compromesso era raggiunto sulla esigenza avvertita da una parte della Commissione di non adottare eccessivi limiti e vincoli al potere legislativo ed un allarme speciale si riscontra proprio sulla previsione di introdurre un organo che vegliasse sull'operato del Parlamento nel rispetto della Costituzione.

Certo in questa sede non conviene soffermarsi più del necessario sul complesso dibattito sviluppatosi in Commissione ed allora riassuntivamente ci si limita a ricordare i punti salienti, animati sempre dalla serpeggiante cultura liberale e si ricorda che il punto di massimo conflitto si sviluppò su quale organo dovesse essere preposto alla garanzia della costituzionalità di una legge e fu avanzata l'ipotesi che fosse il potere giudiziario (essendo già stata approvata la relativa autonomia) e non un organo costituzionale, una differente ipotesi consisteva nella previsione che la relativa questione venisse affidata alle due Camere riunite, poi la questione si spostò su chi fosse titolare a ricorrere alla Corte Costituzionale e si prospettò che fosse il

ISSN 2036-7821

cittadino che si sentisse leso da una legge incostituzionale, ma si ritenne che fosse necessario un maggior numero di cittadini, si parlò di cinquemila ma anche di un numero superiore; quest'ultima soluzione avrebbe maggiormente potenziato il cittadino (popolo sovrano) nel suo incedere nell'esercizio dei poteri istituzionali, ma non fu possibile approvare nessuna soluzione prospettata e la discussione condusse invero alla previsione di un organo di livello costituzionale, ma per il resto si trovò l'accordo (compromesso) in termini di una futura legge costituzionale.

In verità differente soluzione non fu possibile trovare ed anzi in termini più generali lo scontento politico-sociale si avverti subito dopo soprattutto nell'adozione di disposizioni eccessivamente sfrondate (ma non si notò allora che se tali disposizioni avessero contenuto qualche più precisa condizione esse si sarebbero imposte allo stesso sindacato ex post).

In conclusione al fine di riassumere l'intera discussione nel suo tono generale si preferisce riferire quanto il relatore della disciplina di cui al Primo titolo della Costituzione concluse: "Vi sono coloro i quali propongono di semplificare, di scarnire al massimo questi articoli, limitandosi quasi senz'altro ad un semplice rinvio alla legge; vi sono altri, viceversa, che trovano che i nostri articoli sono insufficienti e che occorrerebbe maggiormente precisare, maggiormente inserire particolari nella Costituzione per dare il massimo di garanzia sui temi delle libertà individuali . Noi non abbiamo purtroppo nella nostra storia recente una tradizione di libertà e di democrazia che abbia creato un costume politico nel nostro paese usciamo al contrario da un periodo di dittatura e di larghi abusi proprio nel campo delle violazioni delle libertà individuali. Quindi un semplice rinvio alla legge senza che nella Costituzione siano indicati per lo meno i limiti entro cui il legislatore si può muovere... con il rinvio alla volontà popolare consacrata in norme giuridicamente valide senza lasciare margini alla discrezionalità del potere esecutivo con l'intervento della autorità... l'applicazione di queste norme sia fatta in modo legale e con quelle determinate limitazioni e criteri generali che abbiamo stabilito nella Costituzione a cui anche la legge dovrà informarsi" (On. Basso).

Il che viene ancor meglio scolpito dall'onorevole Ruini, Presidente della Commissione, il quale (dopo aver ricordato che le norme adottate possono modificare anche i codici) afferma "in un certo senso la Costituzione è la base di una piramide di norme da rivedere ormai in gran parte nella legislazione repubblicana del paese" (per altro verso ciò serve ad avvalorare quanto in un precedente lavoro si è dedotto che l'intera prima parte della Costituzione costituisce il fondamento dell'ordinamento generale della Repubblica).

Va però precisato che, sebbene le autorevoli spiegazioni premesse, anche in sede di approvazione della previsione della Corte Costituzionale ad opera dell'Assemblea Costituente si registra un ampio dibattito con la riproposta della soppressione

ISSN 2036-7821

dell'articolo 134 (ex articolo 126), posta dall'onorevole Bertone: ovvero la sostituzione di tre articoli del progetto con il quale si ripropone la competenza in materia della Corte di Cassazione (on. Nitti) e si registra anche la proposta di Tosato e Mortati non diretto alla soppressione bensì a proporre alcune condizioni circa la procedura della proposizione della questione.

Ad ogni buon conto la istituzione dell'organo Costituzionale vide la luce sebbene condizionata alla successiva legge che disciplinasse la relativa procedura ad opera di quel potere parlamentare che aveva sollevato in precedenza le barricate.

In conclusione quest'ultimo potere fu favorevole che la menzionata legge prevedesse il necessario intervento preliminare del potere giurisdizionale, il quale come si è rilevato ha sempre costituito un elemento di forza per alcune correnti politiche presenti già nella Commissione parlamentare di approvazione del progetto di Costituzione. È bene però concludere, stante alcune opinioni espresse, come l'intervento del potere giudiziario (e/o giurisdizionale) a titolo di garanzia suppletiva (a così dire) non esclude in alcun modo la consistenza del potere costituzionale attribuito ed esplicato dalla Corte Costituzionale.

Al fine di concludere questo paragrafo sia consentito ricordare le osservazioni espresse dall'autorevole giurista V.E. Orlando nella Prefazione al libro "La costituzione della Repubblica Italiana", a cura della Segreteria Generale della Camera dei deputati, "nel caso della recente Costituzione approvata in Italia dall'Assemblea costituente mancò del tutto la prima fase preparatoria (in altri casi formidabile; si pensi al Codice) e si può anzi affermare che mancò ogni progetto iniziale. In questo senso io dissi una volta che la redazione di questa Costituzione può considerarsi un miracolo. Certo trattandosi di un documento legislativo discusso ed approvato da un'Assemblea parlamentare non si può attendere alla formazione di una unità spirituale ed intellettuale cui riferirsi". Può sembrare eccessivo se che in tale espressione si noti più il lato della sua esperienza politica vissuta sotto il vecchio regime statutario che piuttosto l'autorevole studioso del diritto? Ed una siffatta osservazione sembra trovare riscontro nelle sue numerose prolusioni tenute negli anni 1880 e 1881 con cui ribadisce che nello studio di una norma occorre rifuggire da ogni cultura filosofica, politica, ideologica, ecc. " *noi non dobbiamo occuparci di uno Stato ottimo ma di uno stato esistente, non della sovranità di una idea ma della sovranità di poteri così costituiti non di diritti dell'uomo ma della tutela giuridica della sfera individuale ecc."*. Una siffatta impostazione sembra voler creare una spessa cortina tra il cultore del diritto e l'universo dei valori (e/o principi) consacrati nella Costituzione. Ma ad una tale posizione si può contrapporre l'opinione di C.A.Jemolo "oggi...sentiamo materia preziosa ma vuota questo diritto così decantato e ci chiediamo se le belle costruzioni formali, perfette, ineccepibili ma mai saggiate sulla rispondenza alla vita servano ad altro che alla gioia dell'intelletto".

ISSN 2036-7821

4. Il principio che consente l'adeguamento della disciplina costituzionale vigente al progressivo grado di evoluzione della società (popolo sovrano).

Si preferisce non soffermarsi sulla nozione di Repubblica dappoiché alcuni autorevoli filosofi della politica in tale regime storicamente inseriscono anche il "Principato" sia pure che nel relativo clima politico si impiegava il termine di "legge" sulla scia della lex romana, però ormai si riconosce che il regime era disciplinato da principi del diritto romano rispettati come mere norme consuetudinarie, anche da principi di origine religiosa elaborati e diffusi da atti notarili (si ricordi in proposito il famoso schiaffo di Anagni a Bonifacio VIII con il quale il potere politico civile rivendicò il suo primato) ma anche per ragioni più moderne consistenti nel facile rilievo che "resiste" ancora il diritto elettorale contestualmente al regime di "sovranismo"(per cui qualche politico di turno si fa rieleggere per venti e più anni).

Si preferisce al contrario menzionare che chi scrive negli studi fù molto suggestionato dalla ben nota teoria "homme situé" la quale suggeriva, contrariamente all'orientamento diffuso secondo cui era meramente formale riconoscere l'uguaglianza di tutti gli individui, il principio secondo cui si consigliava (se non imponeva) di portare l'attenzione sulla singola specifica situazione dell'individuo nella società.

Va però subito precisato non secondo l'orientamento del diritto romano, secondo cui "ogni individuo per essere persona (soggetto di diritto) deve essere inserito in una aggregazione funzionale. Lo statuto di ogni persona fisica è adattato al posto che esso occupa nella società, rango che essa vi detiene e, per così dire tutto con una parola alla funzione di utilità generale che essa vi riveste i diritti e i privilegi che sono riconosciuti o concessi hanno lo scopo di facilitare il compimento di servizi sociali che essa è chiamata a rendere".

Per converso l'ideologia cui si ispira la prima teoria sostiene che la "nozione di uguaglianza impone di riconoscere la situazione reale in cui versa una persona al fine di operare e di superare le difficoltà è ritornare a riassumere il ruolo di persona, anzi ed ancor meglio, la dignità di persona. Ma per quanto premesso una siffatta prospettiva non sempre viene (storicamente) assicurata dal regime istituzionale di "Repubblica" ma si ricollega intimamente al valore di "democrazia", intesa come forma dello Stato basata sul principio di uguaglianza di tutti i membri della comunità. Ed è appena il caso di rilevare che siffatto principio è consacrato nei primi tre articoli della Costituzione (si precisa subito che sarebbe stato una contraddizione palese riconoscere il potere sovrano al popolo, di una comunità di "diseguali") i quali influenzano il rispettivo significato di tutta la prima parte della Costituzione.

Occorre focalizzare il nodo problematico della presente indagine. Si sottolinea che per "principio" viene impiegato nel significato di norma giuridica fondamentale che

ISSN 2036-7821

imposta una complessiva disciplina; il quale riassume in sé il complesso organico di valori etico-politici, il quale regola la vita sociale di una comunità, donde una prima conseguenza cioè che il principio propugna di per sé un sistema di valori che devono informare la vita concreta della società. In conseguenza il principio indica l'itinerario che suggerisce come soddisfare i suddetti valori.

Da quanto premesso se ne deduce che esso regge tutte le disposizioni ricomprese nella prima parte della Carta dal momento che i primi tre articoli riconoscono al legislatore come i successivi articoli devono essere interpretati ed i conseguenti ulteriori interventi come in concreto informarli, in ultima analisi gli articoli assumono il valore di direttive che la Costituzione indirizza al legislatore, al quale, come ogni direttiva, consente un certo margine di discrezionalità per migliorare la disciplina esistente ma non per violarla.

D'altro canto, si può essere certi che la disciplina contenuta nella Carta ha per scopo di favorire i valori dell'uguaglianza (a così dire) reale allo scopo che tutti assumono la dignità di essere componenti della comunità, ma una siffatta meta non si raggiunge in un periodo breve ed in conseguenza la società segue un percorso non lineare bensì in forza di tappe successive le quali impongono al legislatore di adeguare la disciplina appunto alle successive tappe di evoluzione sociale.

Si può quindi desumere come le differenti disposizioni di cui alla prima parte della Costituzione sono a così dire collegate in rapporto funzionale e tutte funzionalmente collegate ai principi di cui ai primi tre articoli ed una tale "relazione" comporta che al fine di valutare la correttezza costituzionale di un relativo intervento legislativo comporta la esigenza del cosiddetto "trascinamento" di detta disciplina nell'ambito dei principi di cui ai primi tre articoli per un verso ma anche la valutazione che non sia in contrasto in termini funzionali con le altre disposizioni previste nei Titoli di cui si compone la organicità (sul piano funzionale) della prima parte. Il trascinamento intende mettere in evidenza l'attrazione ai valori ed in conseguenza alla vincolatività dei valori.

D'altronde se per effetto del compromesso consumato in sede di redazione della Costituzione ha indotto a "sfrondare l'albero lasciando solo il tronco ed i rami spogli, "come si è anticipato, la ricostruzione del sistema può (e deve) essere desunto solo con un'attenta interpretazione, strumento usuale nella ricerca giuridica.

Occorre solo precisare, ma il profilo è di ampia conoscenza, che il principio che viene soddisfatto (e deve essere soddisfatto) consiste nel fine che ogni componente della società nazionale assuma l'attitudine ed il conseguente comportamento idoneo al relativo inserimento nella comunità (popolo sovrano) e concorrere alla formazione della volontà generale soltanto così egli assume la "dignità" mediante il comportamento corretto con i componenti della comunità con una corretta correlazione con gli altri componenti del popolo sovrano (cd. persona).

ISSN 2036-7821

Si può concludere allora che lo studio portato su di una sola disposizione non è soddisfacente ai fini della progressiva attuazione dei valori consacrati dai padri costituenti e d'altro canto al legislatore spetta di "revisionare"(e non modificare) al fine di soddisfare le esigenze sorte dalla evoluzione della organizzazione sociale e se quanto fin qui esposto è condivisibile allora è pienamente condivisibile anche l'attuale sindacato svolto dalla Corte Costituzionale (ex articolo 139 Cost.).

5. Breve conclusione.

Va subito evidenziato come l'ampia retrospettiva sindacatoria (a così dire) adottata dalla Corte, forse è meglio l'ampio potere di cognizione impiegato nell'accertamento della conformità alla Costituzione di una disposizione di legge, nella maggior parte dei casi risulta suggerita dal giudice remittente, a sua volta sollecitata dal privato ricorrente, il quale ricorre per la tutela di un proprio diritto (con l'ausilio del legale e ciò conferma il ruolo fondamentale riconosciutogli nell'ordinamento anche costituzionale, come si ha avuto cura di rilevare in una precedente occasione) e da questo angolo di osservazione può sostenersi che il privato cittadino, ancorché in forza di un itinerario più complesso (che però offre maggiori garanzie) abbia "riguadagnato" per tale via quella facoltà di "iniziativa" la quale era stata proposta in Commissione parlamentare ma non approvata e rinviata ad una legge futura. Ed anche in virtù di quanto rilevato si conferma che la Repubblica consacrata si connota per il valore "democratico" nel cui DNA contiene l'incedere della società (popolo sovrano) nell'ambito di esercizio dei poteri istituzionali statali.

Dopo quanto premesso non appare errato configurare come nell'insieme coordinato di principi la cui garanzia deve essere a tutela della persona va sempre assicurata anche a livello di interpretazione poiché il loro coordinamento costituzionale, (cioè quel "nucleo propulsivo e reattivo" così definito da chi scrive) ricomprende i valori fondamentali dell'intera disciplina costituzionale. Si può anche condividere che lo "spazio ordinamentale" si presenta come un'area di una molteplicità di principi che occorre tener presente in ogni decisione. D'altro canto quanto appena precisato costituisce "il dato obiettivo" che la scienza giuridica impone di essere individuato ed impiegato in ogni ricostruzione, anzi, se si fa attenzione, l'adozione di un tale metodo è utile anche al fine di conoscere l'esatto contenuto della disciplina costituzionale evitando ogni ulteriore equivoco che oggi sembra invadere l'agone politico.

Anzi in chi scrive si conferma sempre più il convincimento che per coltivare "l'arte" del diritto occorre evitare di compromettere la sensibilità personale e rifarsi ai riferimenti che la realtà opportunamente indagata non manca di mostrare. Anzi dall'indagine è lecito desumere una conseguenza più interessante, infatti dall'intera indagine si ricava che risultano fissati i punti cardinali di perimetrazione dell'area che può rendere più facile ogni possibile dialogo tra i cultori del diritto (in questo

ISSN 2036-7821

momento non agevole) . Del resto si sa che la "concordia in famiglia "è una condizione necessaria per la fortuna dell'ordinamento giuridico. Chi scrive ama concludere l'indagine ricordando quanto scriveva Del Vecchio, che "il diritto è come la coordinazione obiettiva delle azioni possibili tra più soggetti secondo un criterio etico che la determina escludendone l'impedimento" e si precisa che il termine" etico" non conserva alcuna ascendenza religiosa, bensì va interpretata come "etico sociale" così come tutti i "doveri" sanzionati in Costituzione.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

I tratti (maggiori) della parabola concettuale in virtù della quale l'originario potere esecutivo (così denominato) ha assunto la vigente logica funzionale di "amministrazione pubblica".

di Giuseppe Palma

(Università Telematica "Pegaso" - Professore Emerito di Diritto Amministrativo nella Facoltà di Giurisprudenza "Federico II")

Sommario

1. Prologo; 2. Ulteriori premesse circa il tracciato problematico che si intende disegnare; 3. Il tratto intermedio della parabola concettuale; 4.Sul tratto discendente della parabola concettuale.

Abstract

The reasons that prompted us to return to the attempt to reconstruct in correct terms the functional logic of the "public administration" as one of the coefficients of the organization of the modern state are expressed. the purpose of bringing the issue back into the confines of "legal science" also in consideration of the importance that, especially in the periodic climate of economic crisis, it is possible to warn (and moreover read) discordant opinions on the changes to be made to the administration regardless of the connotation policy that "connotes" the current "power to administer".

** La decisione di pubblicazione del presente lavoro è stata assunta dalla Direzione scientifica della Rivista, considerata l'autorevolezza dell'autore, l'originalità e lo spessore del contributo.*

ISSN 2036-7821

1. Prologo.

Si esprimono i motivi che hanno spinto a far ritorno sul tentativo di ricostruire in termini corretti la logica funzionale della "Amministrazione pubblica" come uno dei coefficienti della organizzazione dello Stato moderno. Si dichiara subito che non si intende invadere l'area storiografica bensì si persegue lo scopo di ricondurre la tematica nei confini della "scienza giuridica" anche in considerazione del rilievo che, specialmente nel periodico clima di crisi economica, è dato avvertire (e per di più leggere) opinioni discordanti sulle modifiche da apportare all'amministrazione indipendentemente dalla connotazione politica che "connota" l'attuale "potere di amministrare".

Orbene rivisitare la tematica in chiave di "scienza del diritto" appare utile se non necessario ed a tal proposito si fa notare che tutte le "scienze" in quanto tali hanno in comune le coordinate costitutive; infatti la scienza impone un insieme di conoscenze rigorosamente controllate e sistematicamente ordinate e così consente di giungere a verità obiettive intorno ad un determinato ordine di fenomeni o di concetti, la somma complessiva di tali coerenze formalizzatesi storicamente nelle diverse discipline. Si può notare dunque come nella precedente trattazione si procede ad individuare quel dato obiettivo che la politica praticata ha determinato (in altri termini il solo "risultato" che l'azione politica ha verbalizzato) quindi prescindendo dalla concreta dialettica politica che l'abbia determinato.

Per converso è più che comprensibile che nell'ambito delle scienze storiche si porti l'attenzione sulle opinioni espresse da uomini politici o da autorevoli pensatori e/o letterati, soprattutto se si fa attenzione al fatto che ogni periodo storico ha in sé le ragioni che imprimono il connotato della nuova vita esistenziale (come si tenta oggi di rivalutare il Medioevo) perché le successive epoche storiche conservano comunque sempre alcuni addentellati della "società", precedente e da queste induce l'utopia a modificarla. Certo non si può negare che alcuni elementi storicamente formalizzatisi potrebbero essere di un certo interesse nella presente indagine come ad esempio rilevare che nell'epoca dei "ducati "e delle" contee" (queste venivano amministrate per conto del sovrano-imperatore da nobili che perciò sentivano imperativo, starei per dire sentimentale, la condivisione dei valori che il sovrano-imperatore intendeva che venissero assicurati in ogni località e gravi questioni furono affrontate quando il sopraggiungere degli Stati (per così dire) moderni l'amministrazione fu progressivamente affidata a componenti della società che assumevano il ruolo di "lavoratori" (meri) che dovevano procurarsi una fonte di sussistenza (donde l'interessante volume di Vandelli "Carte e scartoffie) ed allora veniva meno quanto Kafka profferì: "tu non sei del castello non appartieni al contado tu non sai niente".

ISSN 2036-7821

Ma non si intende in questa sede pervenire ad una tale remota epoca, la quale secondo chi scrive assume soltanto ormai un interesse storico poiché se si aprisse una tale lontana prospettiva si potrebbe finire per ricordare le attuali scoperte paleo-antropologiche in ordine ai nostri progenitori.
Per converso la presente indagine si muove dai primi dati obiettivi che legittimamente e ragionevolmente costituiscono i primi tratti della parabola evolutiva alla quale risulta sottoposta la logica funzionale dell'attuale "amministrazione" ed è questa più limitata prospettiva che ad opinione di chi scrive è conveniente e/o necessario aver presente se si vuole prospettare una qualche modifica al suo attuale funzionamento.

2. Ulteriori premesse circa il tracciato parabolico che si intende disegnare.

Dopo le osservazioni contenute nell'introduzione si sarà compreso che l'indagine intrapresa non si soffermerà sul regime dei ducati e delle contee che sono state istituite in Italia specialmente dalla dominazione longobarda e che in conseguenza l'angolo di osservazione si soffermerà sul successivo periodo storico-politico nel quale si iniziano ad istituire i cosiddetti Stati nazionali, i quali, per la loro stessa logica politica, finiscono per inglobare la indipendenza di cui avevano goduto appunto ducati e contee[1].
In conseguenza l'attenzione viene indirizzata (trattandosi ovviamente della situazione italiana) sullo Stato sabaudo e su quello delle due Sicilie. Si rileva subito in proposito che la cultura politica in essi non mutò radicalmente dappoiché si operò progressivamente l'accentramento del potere politico nelle mani del sovrano, alcuni dei quali imparentati con le potenti famiglie reali europee come l'asburgica (v. i Borboni delle Due Sicilie, a es.) e di lasciare una certa (per così dire) libertà ai preesistenti territori fino ad allora governati dai nobili signori locali. E da far risaltare il fatto che in questi ultimi a volte si parlava già in termini di "legge" prendendo in prestito l'espressione verbale della "lex" della cultura romanistica, però tali regole che dovevano essere osservate consistevano in principi tramandati o dalla reminiscenza del diritto romano (spec. giustiniana) o da principi e regole di origine della chiesa cattolica e quindi tramandate sotto forma di consuetudine, fonte di diritto consistente nella ripetizione generale e costante di dati comportamenti con il convincimento che essi rispondevano ad un obbligo giuridico.
Con la formazione istituzionale di Stati e dunque di governi a raggio nazionale si avverte la necessità assoluta di adottare e disciplinare comportamenti con l'obbligo di rispettare e che fossero comuni a tutti i componenti del popolo (o senza alcun

[1] Da quanto affermato si può comprendere che non si nega che lo studioso del diritto non debba conoscere la "storia complessiva "di un dato periodo poiché proprio da questa conoscenza egli può individuare il cosiddetto dato obiettivo che gli consente di delineare il profilo qualificante sul piano giuridico. A tal fine si consiglia di leggere la cultura delle istituzioni e la storia del Mezzogiorno di Caianiello, Napoli 1992; ed anche La storia proibita dei Borboni, Napoli 2018 di A. Ballarati

ISSN 2036-7821

dubbio dei "sudditi"). In conseguenza sorse la necessità di istituire un'organizzazione istituzionale idonea ad assumere ed adottare leggi generali, nonché organi che fossero deputati ad assicurare il generale rispetto da tutti i sudditi e sorse la ripartizione del potere esecutivo, il quale assumeva la competenza di imporre il rispetto delle ccdd., leggi e sanzionare la loro violazione. In conclusione le leggi avevano per oggetto l'ossequio a quei principi politici che garantivano la stabilità istituzionale della compagine statale (e del potere del sovrano) laddove nei diversi territori, nei quali insistevano demograficamente, i sudditi venivano essenzialmente lasciati liberi di osservare quei principi più sopracitati e rispettati essenzialmente per consuetudine, in cui consisteva essenzialmente la "libertà "della località, ed il valore politico consacrato era che esse non danneggiassero il potere politico gelosamente conservato nelle mani del sovrano.
Da queste considerazioni si può desumere che la previsione istituzionale del potere esecutivo aveva soltanto lo scopo che in tale sistema di istituzionale funzionamento venisse garantito in modo generale ed assoluta, e che l'osservanza fosse assoluta e strettamente fedele al contenuto della disposizione normativa (a questo punto mi sorge un dubbio se la critica sollevata da V. E. Orlando non si ricolleghi forse ad una siffatta fedeltà alla legge?)[2].
A questo punto è importante fare un passo avanti e considerando che il potere esecutivo, anzi la sua complessiva struttura funzionale dipendeva direttamente dal Sovrano e questi dettava anche il comportamento da assumere nell'esercizio delle proprie funzioni può ritenersi errato definire un tale sistema statale come regime di polizia?
Se tale definizione fu definita nel XIX secolo per indicare l'attività svolta ad assicurare la difesa della comunità dai pericoli interni, i quali potessero modificare i rapporti politico-economici tra le classi sociali. Si può trarre una prima conclusione che l'organizzazione di un potere esecutivo nacque al mondo istituzionale con il chiaro destino di garantire le prerogative del potere politico di qui la sua completa dipendenza dalla volontà politica e siffatta conclusione costituisce e non soltanto sul piano logico il primo tratto obiettivo che dà origine alla citata parabola esistenziale.

3. Il tratto intermedio della parabola concettuale.
È il tratto che ha sempre destato maggiore interesse sia dei cultori della scienza storiografica che di quella giuridica perché con l'incremento dell'impulso politico dello Stato piemontese per la progressiva unificazione della penisola in uno stato nazionale si cominciano ad avvertire le prime "voci" del popolo (suddito) in termini anche con risonanza sul piano politico-istituzionale, le quali sono destinate a divenire sempre più consistenti con le prime azioni belliche di indipendenza ed è dato

[2] Si intende riferirsi alle numerose produzioni di V. E. Orlando citate da V. Caianiello più sopracitato (pagg. 22 ss)

ISSN 2036-7821

registrare che anche dal Regno delle due Sicilie alcuni uomini (di quel popolo suddito) si recano nel settentrione a dar manforte in questa azione di unificazione e molti rimangono definitivamente in tale territorio (spec. in Milano) e si vanno ad incrementare con lo sbarco di Garibaldi nel Meridione e con le idee politiche-istituzionali che connotavano in un primo momento la sua presenza nel territorio delle due Sicilie.

Ma le "voci" di cui si è fatto cenno si avvertono non soltanto nel meridione come in Sicilia ed anche nel napoletano, ma anche nello stesso settentrione come a Genova, Milano ecc. Si mette in evidenza che tali "voci" non consistono più soltanto in "lamentele esistenziali" bensì prendono in considerazione lo stesso regime politico da istituire nello Stato unificato come ad esempio in Sicilia un movimento rivendicava un grado di autonomia istituzionale in contrappunto a quanto si auspicava nella Napoli capitale; del resto, non va trascurato l'orientamento dei mazziniani nel settentrione. Si intende sottolineare che sebbene ogni nuova conquista di essenza istituzionale è sempre frutto di un lungo periodo di maturazione politica, sulla scena politica la società fino ad allora semplice oggetto - destinatario della volontà politica calata dall'alto, in questo periodo di formazione della nuova organizzazione istituzionale comincia ad imporsi sulla scena politica, un nuovo soggetto vale a dire la società non più compressa nei limiti dei propri interessi inter-personali delle singole località, ma piuttosto rivendicando un interesse ad essere presente e starei per dire ad essere considerato anche a livello di azione politica; ed inizia così quel fenomeno che amo definire di "socializzazione" se si conviene che tale fenomeno consiste anche nel conferimento di rilevanza sociale indistintamente a tutti gli individui è la metodica presa di coscienza di principi che regolano la convivenza sociale. Invero si è trattato di un fenomeno che ha bisogno di lunga maturazione ma chi scrive si è convinto che ha inizio proprio in questo momento, nel momento in cui l'unificazione dello stato nazionale impone di configurare un più adeguato sistema di governo, adeguato alle nuove soggettività unificate ed in conseguenza non può non considerare la "presa di posizione "della reale condizione della società.

Detto fenomeno è progressivamente destinato ad assumere un valore sempre più determinante a livello del governo nazionale, collegandosi per così dire al progressivo attestarsi dello "Stato liberale", qualora si sia disposti a porre in valore quanto viene fissato nello Statuto del 1848, che è definibile il sistema politico dello Stato nazionale unificato. Si rileggono le "disposizioni generali" di detto Statuto nel cui articolo 74 viene fissato il principio secondo il quale "le istituzioni comunali e provinciali e la circoscrizione dei Comuni e delle Province sono regolati dalla "legge", nonché l'articolo 83 secondo cui "per l'esecuzione dello Statuto il Re si riserva di fare le leggi sulla "stampa" sulle elezioni.....e sul riordinamento del Consiglio di Stato".

ISSN 2036-7821

Si può e si deve desumere che la "voce" prima flebile delle cosiddette "località" in forza dello Statuto assumono l'onore (a dire così) di essere oggetto di legislazione statale e quindi sono riconosciute stabili fattori della vita nazionale, prova ne sia che sarà in seguito adottata una legge generale sui Comuni e Province cosicchè esse vengono ritenute stabilmente immesse e ritenute nel circuito della politica nazionale.
E va ancora precisato che la stessa previsione del potere legislativo in materia è la prova provata che la "società", e non più le popolazioni dislocate nelle singole "frazioni" locali non sono più lasciate ai soli usi e costumi comportamentali locali e tradizionali purchè rispettino gli obblighi imposti dall'accentrato potere centrale, e da questo momento in poi (sempre più) diventano "autonomie" riconosciute e garantite dal complessivo sistema politico generale.
Ecco che la "società" ottiene il riconoscimento rivendicato e che è destinato a divenire sempre più soggetto-attore dell'esercizio del potere politico (nello stato democratico maturatosi in seguito) con la conseguenza che la vita locale non verrà più "compressa" dalla severa presenza e vigilanza prefettizia (in un primo tempo anche presidente della Provincia) e la vita locale vivrà sempre più "libera" nell'ambito della disciplina legislativa generale.
Il fenomeno fin qui discusso trova una conferma, se si vuole indiretta, dal subentrato regime della cosiddetta "autarchia", certamente criticabile quanto si vuole perché trattasi di un regime che restringe (anche gravemente) lo stesso nucleo dell'autonomia, però da esso è possibile desumere una prova, che non sembra ai presenti fini debole e /o equivoca, perché essa sta a provare come la società in quanto tale (e quindi il ricordato fenomeno della "socializzazione") diviene "materia "di interesse politico legislativo; ed infatti si faccia attenzione all'effetto più diretto della sopraggiunta legislazione, essa prima si limitava soprattutto a porre divieti che potevano compromettere la politica statale ovvero creare disordine, ora invece la legislazione nazionale comincia ad imporre o se si preferisce a suggerire il dovere (e/o l'obbligo) che le autonomie locali si interessino (e quindi gestiscano adeguatamente) sempre più aspetti della vita sociale (ad es. farmacie, scuole, ecc.), il che dimostra come la complessiva vita sociale è divenuta l'angolo di osservazione quindi di preoccupazione dell'azione politica generale ed è questo il dato obiettivo che occorreva illustrare per disegnare il percorso parabolico concettuale.
Per chiudere il presente paragrafo merita che un riferimento venga introdotto sul Consiglio di Stato, al quale fa pure riferimento lo Statuto. E si dichiara subito che secondo chi scrive tale disposizione costituisce l'inizio (e si sa che tutto finisce bene se inizia bene) della sua meritata (anzi più che meritata) avanzata sulla via della garanzia degli interessi della società civile, poiché il Consiglio di Stato, pur nell'iniziale ruolo di organo di consulenza della struttura di organizzazione politica centrale, ha subito iniziato ad approfondire la cognizione del concetto di "legalità" e

ISSN 2036-7821

quindi di "conformità alla legge" collegandosi tempestivamente alla cultura più avanzata del Consiglio francese (ad es. adottò subito la figura di violazione dell'atto per eccesso (e/o per sviamento di potere) ed è più che meritato il ruolo che oggi svolge a garanzia degli interessi sociali individuali (come molti decenni fa misi in evidenza in un lavoro)[3].

4. Sul tratto discendente della parabola concettuale.

Si è ormai pervenuti ad individuare l'ultimo tratto (e/o) dato obiettivo per completare, secondo la sistematica scientifica premessa, la tematica indicata per la presente indagine. E' ormai agevolmente intuibile che quanto più le forze politiche si avviano ad adottare la prospettiva della propria azione sull'attenta osservazione delle reali esigenze collettive, di quel popolo divenuto ormai una "comunità",(ovvero considerato tale) e quindi si avviano a soddisfarle, il potere esecutivo progressivamente si evolve ad "amministrazione pubblica" intendendo per "amministrare" come assicurare il "buon andamento" dell'attività di esecuzione delle finalità fissate dall'azione politica (legge), con un'attività che possa influire in modo determinante sulla loro realizzazione.

Si comprende che non si tratta di mutare soltanto la nomenclatura fino allora impiegata, ma piuttosto di un concreto mutamento funzionale, ovvero di un differente modo di realizzazione della funzione che la istituzione dello Stato gli attribuisce. D'altro canto ove si osservi attentamente come la stessa struttura di una legge per così dire attuale (vale a dire nel successivo periodo storico) è sempre più di contenuto tecnico (e lo sarà sempre più) pertanto dovendo produrre i suoi effetti in tutte le differenti situazioni locali è necessario che un tale scopo ed utilità collettiva sia assicurata dovunque in modo uguale ma ciò implica una applicazione di natura tecnica che sia in grado di adeguarsi alle differenti condizioni sia ambientali che sociali esistenti nelle differenti "località".

Ciò comporta che gli organi amministrativi siano largamente decentrati ed abbiano la facoltà di impiegare una consistente facoltà discrezionale, che non vuole significare l'applicazione della legge in modo difforme ma piuttosto proprio allo scopo di assumere l'applicazione della legge superando volta per volta le differenti difficoltà che potrebbero creare notevoli ostacoli nell'esecuzione.

E se si fa attenzione un tale atteggiamento operativo è la diretta conseguenza della visione adottata dalla cosiddetta socializzazione, di cui si è parlato più sopra. Anche perché si comprende bene che l'utilità perseguita dalla legge raggiunge la piena soddisfazione a livello statale se essa sia assicurata ugualmente in tutta la comunità. E ciò perché la legge è frutto di una volontà generale (quantomeno in un regime

[3] Cfr. G. Palma, Note intorno alla nozione di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza, in Rassegna diritto pubblico 1963 ed ora in Scritti giuridici, Napoli 2014

ISSN 2036-7821

democratico anche se per una sorta di convenzione la definizione appena ricordata fu mantenuta a seguito della rivoluzione francese).
A questo punto appare utile richiamare le brevi considerazioni espresse con riferimento al Consiglio di Stato perché era più che necessario avere un organo autorevole e stimato che potesse difendere il componente della comunità statale da possibili errori che l'amministrazione pubblica possa commettere nell'esercizio "discrezionale" della funzione attribuitole e ciò, si comprende non solo a danno del singolo cittadino ma soprattutto a danno dell'interesse generale. Quest'ultimo tratto innesta direttamente la tematica esaminata nel clima del cosiddetto secondo risorgimento italiano e dunque nel clima dell'adozione della vigente Costituzione.
Ed in proposito è appena il caso di far notare che la disciplina della p.A. adottata nella Costituzione rappresenta il frutto prodotto del descritto processo evolutivo sia in termini politici che tecnico-giuridici passato in rassegna fin'ora, sebbene trattato in una previsione politica di ben più ampio respiro. Infatti se si ha cura di studiare i lavori svolti nella Commissione parlamentare di redazione del progetto di Costituzione non si può sottovalutare quanto un autorevole componente peraltro Presidente alla Commissione, spiegò che la p.A. non è "staccata dal governo però ha una sua identità[4]", si può sostenere che la definizione calza perfettamente il grado di evoluzione raggiunto dalla p.A. Del resto non c'è da meravigliarsi dal momento che i processi di essenza politica necessitano di un lungo periodo di maturazione. Del resto quest'ultimo tratto si è avuto già modo di commentare in un precedente lavoro[5], nel quale si poneva in luce il differente ruolo che la p.A. avrebbe dovuto assumere non più come il fedele esecutore dell'orientamento del sovrano e/o del ministro, bensì quest'ultimo doveva indicare lo scopo-utilità da realizzare con l'aspetto tecnico esecutivo lasciato alla discrezionalità della p.A. Senonchè tutto è rimasto fedele alla vecchia impostazione, anzi nei primissimi tempi addirittura peggiorato continuando ad operare funzionari già in servizio nella maggiore autorità del periodo fascista e allora quando attualmente si parla di "modificare l'amministrazione" si intende l'attuale amministrazione, rimasta fedele al vecchio regime funzionale, ovvero la nuova che non risulta ancora completamente assestata?
E pure è urgente formulare un orientamento univoco poiché se si conviene che in futuro, qualora si realizzi quanto rilevato nel primo lavoro pubblicato all'inizio del presente libro, saranno sempre più le esigenze tecnologiche, prodotte dalla scienza nel tentativo di trovare una qualche soluzione per attenuare i danni planetari, occorre che una riforma urgente consista nel procedere alla massima preparazione tecnica dei componenti dell'amministrazione . Se però penso al subbuglio politico attuale ho

[4] Cfr. Il lungo itinerario giuridico – istituzionale in virtù del quale l'apparato p.A. statale ha assunto l'attuale identità istituzionale, ecc., in G. Palma, Studi sul "distinto" apparato di Amministrazione Pubblica, Giappichelli Torino 2020

[5] Cfr. G. Palma, Note intorno alla nozione di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza, in Rassegna diritto pubblico 1963 ed ora in Scritti giuridici, Napoli 2014

ISSN 2036-7821

la sensazione che la storia abbia invertito il corso e forse nel futuro gli uomini dovranno ritornare ad abitare nelle grotte naturali, come la paleo-antropologia sta da tempo scoprendo.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

El plan estratégico de subvenciones. la reafirmación jurisprudencial de su consideración como requisito esencial del procedimiento subvencional y la reacción del legislativo.

di Ramón Terol Gómez

(Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Alicante)

Sumario

1. Consideraciones de carácter general. La regulación del plan estratégico de subvenciones en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones; - 2. El criterio jurisprudencial sobre la naturaleza del plan estratégico de subvenciones. La jurisprudencia del Tribunal Supremo; - 3. La reafirmación jurisprudencial. La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2022; - 4. La reacción del legislativo. La reforma de la Ley 38/2003 por la Ley de Presupuestos para 2023.

Abstract

The jurisprudence of the Contentious-Administrative Chamber of the Suprem Court of Spain, in a consolidated doctrine, has established and reaffirmed with its sentence of may 9, 2022 the legal relevance of the Strategic Subsidy Plan. This Plan is regulated in the General Law of Subsidies and it is prior to the establishment of any subsidy as a validity requirement. We will deal in this paper with this jurisprudence, all of it in relation to the approval of municipal ordinances of city councils of the Basque Country without having the prior approval of the Strategic Plan. In addition, we will refer the latest reform of the General Law of Subsidies, which allows subsidies to be approved outside the Strategic Plan.

* *La decisione di pubblicazione del presente lavoro è stata assunta dalla Direzione scientifica della Rivista, considerata l'autorevolezza dell'autore, l'originalità e lo spessore del contributo.*

ISSN 2036-7821

1. Consideraciones de carácter general. La regulación del plan estratégico de subvenciones en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Una de las novedades que incorporó la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS en adelante) a nuestro ordenamiento fue la figura de los denominados planes estratégicos de subvenciones, indicando al respecto su exposición de motivos que en la "... línea de mejora de la eficacia, la ley establece igualmente la necesidad de elaborar un plan estratégico de subvenciones, que introduzca una conexión entre los objetivos y efectos que se pretenden conseguir, con los costes previsibles y sus fuentes de financiación, con el objeto de adecuar las necesidades públicas a cubrir a través de las subvenciones con las previsiones de recursos disponibles, con carácter previo a su nacimiento y de forma plurianual...".

El precepto que regula la figura es el que la LGS consagra a los principios generales, el artículo 8, cuyo apartado primero establece que:

"Los órganos de las Administraciones públicas o cualesquiera entes que propongan el establecimiento de subvenciones, con carácter previo, deberán concretar en un plan estratégico de subvenciones los objetivos y efectos que se pretenden con su aplicación, el plazo necesario para su consecución, los costes previsibles y sus fuentes de financiación, supeditándose en todo caso al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria".

Este precepto tiene carácter básico y alcanzan en sus determinaciones al conjunto de las Administraciones públicas[1], aunque como indicara el Consejo de Estado en su dictamen al anteproyecto de lo que luego sería la LGS[2], "adolece de cierta indeterminación en la regulación de sus características y requisitos", lo que no obsta a que se valore positivamente. Así se pronunció el supremo órgano consultivo del Gobierno:

"... El anteproyecto incorpora este nuevo trámite del Plan Estratégico de Subvenciones, concibiéndolo como el eslabón a través del cual se produce la unión entre la fase de asignación de recursos públicos y la fase de ejecución de las políticas de fomento. Se trata, en resumen, de un instrumento destinado, por una parte, a valorar el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y, por otra, a lograr una mayor coordinación entre las distintas líneas de subvenciones individualmente consideradas.

* Esta publicación es parte del Proyecto de I+D+i "Transparencia, control de la gestión pública y respuestas jurídico-penales en relación a la corrupción privada" (PID2019-110864GB-I00), financiado por MCIN/AI/10.13039/501100011033.

[1] Así se establece en la disposición final primera de la LGS. No tiene carácter básico, sin embargo, lo que establece la disposición adicional decimotercera de la LGS, cuyo tenor es el siguiente:

"Los planes y programas relativos a políticas públicas sectoriales que estén previstos en normas legales o reglamentarias, tendrán la consideración de planes estratégicos de subvenciones de los regulados en el apartado 1 del artículo 8 de esta ley, siempre que recojan el contenido previsto en el citado apartado"

[2] Dictamen de 26 de junio de 2003, Referencia: 1756/2003.

ISSN 2036-7821

El Consejo considera positiva la introducción del Plan Estratégico de Subvenciones pero entiende que el anteproyecto adolece de cierta indeterminación en la regulación de sus características y requisitos.

El precepto comentado no determina, por ejemplo, la periodicidad con la que debe elaborarse el mencionado Plan Estratégico, ni el instrumento jurídico que debe utilizarse para su aprobación. Asimismo, como ha señalado en su informe la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación, «tampoco se puede determinar con el texto actual si la exigencia del citado Plan se aplica sólo cuando se trate de una nueva línea subvencional, excluyéndose al resto de las preexistentes (lo que no sería coherente con la generalidad del principio de estabilidad presupuestaria), y en tal caso cómo se determinarían las ya existentes para considerar que no es aplicable, o si, por el contrario, sería una previsión a aplicar a la generalidad de las subvenciones, lo que no se corresponde con la expresión utilizada de «establecimiento», que parece referirse a nuevas subvenciones».

En consecuencia, sin perjuicio de efectuar una remisión reglamentaria expresa para introducir una mayor flexibilidad, deberían precisarse algo más en el texto de la Ley las características y requisitos del citado Plan Estratégico; en particular, la periodicidad que debe tener su aprobación, la forma que debe revestir ésta, y la eficacia que se atribuye al Plan para el caso, por ejemplo, de que se desee conceder subvenciones no contempladas en éste".

De acuerdo con PASCUAL y CEBRIÁN, "a través de este precepto la LGS, que es una ley especial de gasto, enlaza con la fase de programación presupuestaria y con la presupuestación por objetivos y control de resultados, que ha implantado..."[3] la Ley General Presupuestaria[4]. Asimismo, la referencia obligada al principio de estabilidad presupuestaria remite a la vigente Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que se refiere a la cuestión en su artículo 7, relativo al "Principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos"[5].

---

[3] PASCUAL GARCÍA, J. y CEBRIÁN RUIZ, R., *Las subvenciones públicas. Legislación comentada, formularios y procedimiento*, 3ª ed., BOE, Madrid, 2017, p. 68.

[4] El artículo 26 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, señala al respecto, con carácter general, que "Las disposiciones legales y reglamentarias, en fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración y cualquier otra actuación de los sujetos que componen el sector público estatal que afecte a los gastos públicos, deben valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta a las disponibilidades presupuestarias y a los límites de los escenarios presupuestarios plurianuales" (apartado 2).

[5] Este es su tenor literal:

"1. Las políticas de gasto público deberán encuadrarse en un marco de planificación plurianual y de programación y presupuestación, atendiendo a la situación económica, a los objetivos de política económica y al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

2. La gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público.

ISSN 2036-7821

Precisamente la eficiencia brilla con luz propia entre los principios de gestión de las subvenciones que establece la propia LGS en el apartado 3 del mismo artículo 8[6]. Todo ello sin perjuicio del papel que se otorga a los planes estratégicos de subvenciones por la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación[7], cuyo artículo 37 establece que "Las administraciones públicas, en los planes estratégicos de subvenciones que adopten en el ejercicio de sus competencias, determinarán los ámbitos en que las bases reguladoras de las mismas deban incluir la valoración de actuaciones para la efectiva consecución de la igualdad de trato y no discriminación por parte de las entidades solicitantes" (apartado 1), en una línea similar a la ya iniciada por el artículo 35 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres[8].

La escueta regulación del artículo 8.1 LGS fue objeto de desarrollo reglamentario con la aprobación del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (RGLS en adelante). Sin embargo, tal regulación carece de carácter básico con arreglo a lo que expresamente establece su disposición final primera, con lo que solo afecta y vincula a la Administración General del Estado.

Tal regulación está contenida en la sección 1.ª del capítulo III del Título Preliminar RGLS, que comprende sus artículos 10 a 15. Sin entrar en el pormenor de la regulación que como señalamos afecta a la Administración General del Estado[9], sí

---

3. Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera".

[6] Establece que "La gestión de las subvenciones a que se refiere esta ley se realizará de acuerdo con los siguientes principios:

a) Publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación.

b) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante.

c) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos".

[7] En relación con esta norma, por todos, OBISPO TRIANA, C., "Novedades en el ámbito administrativo tras la nueva Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y no discriminación", *Aranzadi digital*, núm. 1/2022.

[8] Este es su tenor literal:

"Las Administraciones públicas, en los planes estratégicos de subvenciones que adopten en el ejercicio de sus competencias, determinarán los ámbitos en que, por razón de la existencia de una situación de desigualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, las bases reguladoras de las correspondientes subvenciones puedan incluir la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad por parte de las entidades solicitantes.

A estos efectos podrán valorarse, entre otras, las medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, de responsabilidad social de la empresa, o la obtención del distintivo empresarial en materia de igualdad regulado en el Capítulo IV del Título IV de la presente Ley".

[9] Sobre ello, por todos, PASCUAL GARCÍA, J., *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, 6ª ed., BOE, Madrid, 2016, pp. 179-185; COLLADO BENEYTO, P.J., *Comentario a la Ley General de Subvenciones y a su reglamento. Incidencia en la Generalitat Valenciana*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pp. 244-250; SESMA SÁNCHEZ, B., "Disposiciones generales de la Ley General de Subvenciones y de su reglamento", *Régimen jurídico-financiero de las*

ISSN 2036-7821

queremos al menos indicar que sobre la misma la exposición de motivos del RGLS explica que:

"... La sección 1.ª del capítulo III del título preliminar del reglamento está dedicada a los planes estratégicos de subvenciones que se conciben como un instrumento necesario para conectar la política de asignación presupuestaria a los rendimientos y objetivos alcanzados en cada política pública gestionada a través de subvenciones. En cambio, y con el fin de no introducir rigideces innecesarias en el proceso de planificación estratégica, se admite en el reglamento la posibilidad de reducir el contenido del plan para determinadas subvenciones. Los planes estratégicos tienen mero carácter programático, constituyéndose, en esencia, en un instrumento fundamental para orientar los procesos de distribución de recursos en función del índice de logro de fines de las políticas públicas. En definitiva, el reglamento aborda la regulación de los planes estratégicos de subvenciones con rigor pero con la suficiente flexibilidad como para que los órganos de las Administraciones públicas asuman el valor que, en términos de eficacia, eficiencia y transparencia, supone su adecuada aprobación y seguimiento..."

En coherencia con lo anterior, el artículo 10.1 RGLS señala que "Los planes estratégicos de subvenciones a que se hace referencia en el artículo 8 de la Ley General de Subvenciones, se configuran como un instrumento de planificación de las políticas públicas que tengan por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública".

En resumidas cuentas, atendiendo a lo que establece el artículo 8.1 LGS, coincidimos con VAZQUEZ GARRANZO[10] en considerar que del mismo se puede inferir que:

a) El Plan Estratégico de Subvenciones se impone con carácter general a y sin excepciones a todos los órganos de las Administraciones públicas o cualesquiera entes que propongan el establecimiento de subvenciones,
b) El Plan Estratégico de Subvenciones es un instrumento ineludible para el otorgamiento de subvenciones,
c) El Plan Estratégico de Subvenciones debe contener los objetivos y efectos que se pretenden con las subvenciones, el plazo necesario para su materialización, los costes previsibles y sus fuentes de financiación, y que
d) El Plan Estratégico de Subvenciones está supeditado en todo caso al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

---

subvenciones públicas (Martínez Giner, L.A. y Navarro Faure, A., Coords.), Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pp. 49-54, y RODRÍGUEZ CASTAÑO, A.R., "El establecimiento de subvenciones. Planificación estratégica. Requisitos para el otorgamiento de subvenciones. Bases reguladoras. Publicidad de las subvenciones", Derecho de las Subvenciones y Ayudas Públicas (Garcés Sanagustín, M. y Palomar Olmeda, A., Coords.), 2ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 242-248.

[10] VAZQUEZ GARRANZO, J., "Planificación y bases reguladoras de las subvenciones", *Revista Española de Control Externo,* núm. 41, 2021, pp. 207-215.

ISSN 2036-7821

De estos caracteres, dado que su aprobación se impone al conjunto de las Administraciones públicas, el que nos interesa es el referido al de instrumento ineludible para el otorgamiento de subvenciones. En ello precisamente es en lo que viene incidiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo en una línea ya consolidada que se ha afirmado recientemente.

2. El criterio jurisprudencial sobre la naturaleza del plan estratégico de subvenciones. La jurisprudencia del Tribunal Supremo.

A partir de estas consideraciones, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido que pronunciarse sobre el valor del plan estratégico de subvenciones y, principalmente, de las consecuencias de su no aprobación previa en el ámbito local.

Ello lo ha venido haciendo a partir de los conflictos que se han generado por el establecimiento de subvenciones por distintos municipios del País Vasco que establecieron y otorgaron subvenciones cuyo objeto era asumir una parte de los gastos de desplazamiento de familiares de presos con condena o encarcelados temporalmente, o a personas con una relación equiparable a la familiar, con motivo de las visitas que llevan a cabo a los centros penitenciarios, algunos de ellos ubicados en Francia.

El primero pronunciamiento está en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2012, que conoció de un recurso presentado contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del País Vasco de 6 de junio de 2011, que desestimó el recurso contencioso administrativo formulado por la administración del Estado contra las bases de las subvenciones aprobadas por el Ayuntamiento de Durango (Bizkaia)[11], mediante las que se regulan las ayudas individuales de transporte a familiares de personas en régimen penitenciario.

El objeto de la Resolución por la que se aprueban las indicadas bases es "el establecimiento de las bases reguladoras de la convocatoria de ayudas individuales de transporte para familiares de personas empadronadas en Durango que se hallen internas en establecimientos penitenciarios ubicados fuera del Territorio Histórico de Bizkaia, ya sea en régimen de prisión preventiva o por haber sido condenadas con pena de prisión por cualquier delito" (artículo 1, párrafo primero). Se afirma complementariamente que "Las ayudas tienen como misión paliar los gastos de desplazamiento que deban ser sufragados por las personas empadronadas en Durango que visiten a sus familiares presos en situación de prisión preventiva o que en virtud de sentencia se hallen cumpliendo penas de prisión por cualquier delito en establecimientos penitenciarios situados fuera del Territorio Histórico de Bizkaia a lo

[11] Publicada en el *Boletín Oficial de Bizkaia*, núm. 228, de 27 de noviembre de 2009, pp. 10-13.

ISSN 2036-7821

largo del ejercicio 2009. Las personas presas deberán estar también empadronadas en el municipio de Durango durante todo el periodo en el que se realicen los gastos de desplazamiento" (artículo 2).
La resolución aprobatoria de las indicadas bases fue impugnada como señalamos por la Delegación del Gobierno en el País Vasco, que entre los motivos señaló expresamente la ausencia de plan estratégico de subvenciones no constando su elaboración el expediente aprobatorio de la disposición impugnada.
Aunque ello se había acreditado, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del País Vasco de 6 de junio de 2011 desestimó el recurso, en base a que "... En todo caso, entiende la Sala que la observancia de un requisito como el del referido artículo 8.1 a nivel de "Principios generales (según el que "Los órganos de las Administraciones públicas o cualesquiera entes que propongan el establecimiento de subvenciones , con carácter previo, deberán concretar en un plan estratégico de subvenciones los objetivos y efectos que se pretenden con su aplicación, el plazo necesario para su consecución, los costes previsibles y sus fuentes de financiación, supeditándose en todo caso al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria"), no exige necesariamente una formalización o instrumentalización externa predeterminada, que imponga en todo caso, y hasta en las Administraciones públicas más modestas, un elemento tan escasamente definible como el denominado " plan estratégico ", pues sabido es que los planes, al igual que los programas y directrices de gobierno, no son disposiciones reglamentarias ni tan siquiera de carácter orgánico, ni normas jurídicas objetivas, sino simples estudios y materiales documentales con propuestas o enunciaciones de bases y medios para lograr determinados fines y políticas públicas. Su mención en el ordenamiento jurídico es solo tangencial y no sistemática, como corresponde a su naturaleza esencialmente preprocedimental, -así, articulo 5.1 de la Ley del Gobierno 50/1.997, de 27 de noviembre-, y solo se materializan como tales disposiciones jurídico-administrativas en la medida en que sea preciso para su imperatividad y eficacia ad extra".
Añade que, "... Y en función de ello, aun cuando se omita la especifica cita de un "plan estratégico", no puede considerarse que esté ausente la actividad programadora, planificadora y presupuestaria interna, que, para racionalizar los recursos públicos aquellas disposiciones presuponen, y que se hace, en la sustancialidad última, de ardua comprobación con los escasos elementos que las partes nos ofrecen".
Esta argumentación parece avalada por la doctrina y por el desarrollo reglamentario de la LGS, pues este último -aplicable sólo a la Administración general del Estado- viene a indicar expresamente el carácter programático del plan estratégico de subvenciones, afirmado por la exposición de motivos del RGLS como ya vimos. Y también porque en relación con los efectos del incumplimiento del plan, el artículo 15

ISSN 2036-7821

LGS establece que "Si como resultado de los informes de seguimiento emitidos por los Ministerios y de los informes emitidos por la Intervención General de la Administración del Estado, existen líneas de subvenciones que no alcanzan el nivel de consecución de objetivos deseado, o el que resulta adecuado al nivel de recursos invertidos, podrán ser modificadas o sustituidas por otras más eficaces y eficientes o, en su caso, podrán ser eliminadas".

Tal y como se configura este tipo de plan, no hay obligación de publicarlos en diarios oficiales -lo que avala su carácter no normativo[12]-, y contra los mismos no cabe recurso. El artículo 12.3 RGLS es claro al indicar que, como decimos, "tienen carácter programático y su contenido no crea derechos ni obligaciones; su efectividad quedará condicionada a la puesta en práctica de las diferentes líneas de subvención, atendiendo entre otros condicionantes a las disponibilidades presupuestarias de cada ejercicio".

En la doctrina se ha puesto de relieve que resultaba razonable que el desarrollo reglamentario de la LGS no tuviera carácter básico, ya que respecto de pequeños municipios "... la escasez de medios y la precariedad de los procesos de asignación de recursos representen otros tantos factores que hacen presagiar dificultades en la asunción de la obligación legal de planificación estratégica de subvenciones", tal y como razonablemente afirmara FERNÁNDEZ TORRES[13].

la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2012, resolvió en sentido estimatorio a las pretensiones de la Delegación del Gobierno en el País Vasco, y trascribiendo el artículo 8.1 de la LGS, vino a señalar que

"... De este precepto pueden obtenerse, sin esfuerzo dialéctico, dos conclusiones: el Pan Estratégico tiene carácter previo al establecimiento de cualquier subvención; y el precepto es imperativo y categórico.

Consideramos que la dicción del precepto, exigiendo con carácter previo el Plan Estratégico, no es tangencial y no sistemático, como sostiene la sentencia de instancia, sino requisito esencial y previo a la regulación de la subvención, de tal forma que sí requiere una formalización o instrumentalización externa que, aunque no es exigible una determinada formalidad, si una definición específica que pueda ser identificada.

---

[12] Sin perjuicio de ello, como certeramente señala RODRÍGUEZ CASTAÑO (cit., p. 244), tras la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, ha de reputarse obligatoria tal publicación. De acuerdo con el artículo 6.2 de la indicada Ley, "Las Administraciones Públicas publicarán los planes y programas anuales y plurianuales en los que se fijen objetivos concretos, así como las actividades, medios y tiempo previsto para su consecución. Su grado de cumplimiento y resultados deberán ser objeto de evaluación y publicación periódica junto con los indicadores de medida y valoración, en la forma en que se determine por cada Administración competente..."

[13] FERNÁNDEZ TORRES, J.R., "El establecimiento de subvenciones", *Comentario a la Ley general de subvenciones* (Fernández Farreres, G., Coord.), Civitas, Madrid, 2005, p. 267. En el mismo sentido, SESMA SÁNCHEZ, B., cit., pp. 50-51.

ISSN 2036-7821

Apoya esta interpretación el mismo artículo 8, en su apartado 3, al establecer:
<< 3. La gestión de las subvenciones a que se refiere esta ley se realizará de acuerdo con los siguientes principios:
a) Publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad igualdad y no discriminación.
b) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante.
c) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos>>.
Es decir, la propia norma -y de ahí también su imperatividad y no mera tangencialidad- alude a los objetivos de trasparencia, eficacia y eficiencia, que debe presidir la gestión de las subvenciones. Lo que puede relacionarse también con la Disposición Adicional 13ª de la misma ley, para darnos definitiva interpretación de la imperatividad del precepto, de carácter básico como recoge la sentencia de instancia.
Es claro, por no ser ni siquiera discutido en el proceso, que dicho Plan Estratégico no ha sido elaborado por lo que procede, pues, estimar el primer motivo de impugnación y, con ello siendo innecesario examinar el segundo, estimar el recurso y decidir la cuestión litigiosa en primera instancia".
En consecuencia, se estimó el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado, representada y defendida por la Abogacía del Estado, declarando la disconformidad a Derecho del acto impugnado que, por tanto, quedaba anulado.
Este pronunciamiento vino seguido de otros que venían a resolver impugnaciones de otros tantos municipios vascos que habían aprobado ordenanzas similares a la indicada, que habían sido impugnadas por la Administración general del Estado, obtenido un pronunciamiento favorable a su validez en el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco siendo, finalmente, anuladas por sentencia del Tribunal Supremo, reiterando lo sustentado en la Sentencia de 26 de junio de 2012.
Tenemos así las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4ª) del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2012, 28 de enero de 2013 y 16 de abril de 2013, que anularon respectivamente y por el mismo motivo las acciones subvencionales de los ayuntamientos vascos de Eskoriatza (Gipuzkoa), Zumaia (Gipuzkoa) y Zigoitia (Alava).
En la última señalada, la de 16 de abril de 2013, el Tribunal Supremo se limita a recordar los pronunciamientos anteriores, que "... razonaron, en suma, que el plan estratégico de subvenciones a que se refiere el artículo 8.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (que, a diferencia de lo que defiende la parte recurrida, sí es, ese artículo, legislación básica del Estado, como resulta de la sola lectura del apartado 1
de la Disposición Final primera de dicha Ley), "tiene carácter previo al establecimiento de cualquier subvención, constituyendo un requisito esencial cuyo cumplimiento exige que sea formalizado externamente y con un contenido que le

ISSN 2036-7821

haga identificable como tal por reflejar al menos aquello a que alude el apartado 1 de ese artículo 8". Plan al que no equivale, como es obvio, la mera inclusión en el Presupuesto Municipal de una partida destinada a hacer efectivas las ayudas de que se trata. Razonamiento, ese, que hace innecesario el análisis de los restantes motivos de casación e impugnación formulados, respectivamente, en este recurso de casación y en el recurso contencioso-administrativo".

3. La reafirmación jurisprudencial. La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2022.

Años después de las sentencias antes referidas, el Tribunal Supremo ha vuelto a pronunciarse sobre la validez de ordenanzas municipales que establecen el otorgamiento de subvenciones sin la previa aprobación del plan estratégico de subvenciones. Y esta vez, de nuevo, con ocasión de una ordenanza reguladora de subvenciones individuales para gastos de transporte por visitas a personas internas en centros penitenciarios.

Esta vez se trata de la Ordenanza reguladora de subvenciones individuales para gastos de transporte por visitas a personas internas en centros penitenciarios. del Ayuntamiento de Aduna (Gipuzkoa)[14], cuyo objeto se establece en el artículo 1 de la Ordenanza en los siguientes términos:

"Las ayudas previstas en esta Ordenanza Municipal se concederán en concepto de subvenciones, por lo que constituye su objeto la regulación de las subvenciones que podrá conceder el Ayuntamiento de Aduna. La finalidad de dichas ayudas es subvencionar económicamente una parte de los gastos de desplazamiento originados a los familiares de presos con condena o encarcelados temporalmente, o a personas con una relación equiparable a la familiar, con motivo de las visitas que llevan a cabo a los centros penitenciarios.

De esta manera se pretende ayudar a los allegados de los presos con condena o encarcelados temporalmente para que puedan hacer frente a los elevados gastos ocasionados con motivo de sus visitas a los mismos".

La Ordenanza fue objeto de impugnación en dos ocasiones, planteándose sendas cuestiones de ilegalidad. La primera, fue planteada por Auto de 15 de febrero de 2019 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Donostia, y desestimado el planteamiento de la cuestión de ilegalidad por la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de mayo de 2019.

La segunda cuestión de ilegalidad contra la misma ordenanza se planteó por Auto de 24 de abril de 2019 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Donostia, siendo rechazada por la Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo

[14] Publicada en el Boletín Oficial de Gipuzkoa, núm. 195, de 11 de octubre de 2010, pp. 182-186.

ISSN 2036-7821

Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 5 de noviembre de 2019.

Ambas sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco fueron impugnadas por la Administración general del Estado, reiterándose argumentos tanto por parte de la recurrente como del Ayuntamiento de Aduna.

El primer recurso fue resuelto por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, del Tribunal Supremo, de 4 de marzo de 2021. El segundo, por la Sentencia de la misma Sala y Sección de 9 de mayo de 2022, que no hace más reiterar lo señalado por la primera.

Nos centraremos en el último pronunciamiento, que vino precedido por el Auto de 20 de octubre de 2021, dictado por la Sección de Admisión, en el que se acordó:

"1.º) Admitir el recurso de casación preparado por trámite el recurso de casación preparado por el Abogado del Estado contra la sentencia n.º 310/2019, de 5 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la cuestión de legalidad n.º 2/2019.

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si con ocasión de la impugnación indirecta de una Ordenanza reguladora de una determinada subvención, cabe alegar como motivo de ilegalidad de la misma la falta de aprobación con carácter previo del preceptivo plan estratégico de subvenciones al que se refiere el artículo 8.1 de la Ley General de Subvenciones, al entenderse que se trata de un supuesto de incumplimiento de un requisito esencial en el procedimiento de elaboración de la Ordenanza, o, por el contrario, se considera que se trata de un mero vicio formal de dicho procedimiento y, como tal, no alegable en el recurso contencioso-administrativo indirecto. Y en ambos casos si la posibilidad de impugnación indirecta se cualifica cuando se trata de una Administración territorial que ejerce la potestad de impugnación de acuerdos y actos de entes locales.

3.º) Las normas que, en principio, serán objeto de interpretación son el artículo 8.1 de la Ley 38/2003 de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y la jurisprudencia concordante sobre las consecuencias de la falta de aprobación previa del Plan Estratégico de las ayudas, en relación con el artículo 27 y 123 de la Ley 29/1998, de 13 de julio de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa (LJCA); todo ello, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 LJCA".

Se plantea aquí una cuestión previa de orden procesal, consistente en determinar si en el presente caso -en los dos planteados- procede la impugnación indirecta de acuerdos de entes locales, en este caso la Ordenanza controvertida, de acuerdo con lo

ISSN 2036-7821

que establece el artículo 27 de la LJCA[15]. Ello se resolvió en sentido afirmativo, y nos limitamos a dejarlo apuntado.

En lo que se refiere a la interpretación del artículo 8.1 de la LGS, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2022 sigue la doctrina de la que la precedió[16] y prácticamente transcribió la argumentación que empleo aquella señalando en su Fundamento Jurídico 2 que:

"En la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2012 (recurso 4271/2011), en relación con la interpretación del artículo 8.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, se sentó la siguiente
doctrina:

[15] Establece que:

"1. Cuando un Juez o Tribunal de lo Contencioso-administrativo hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición, salvo lo dispuesto en los dos apartados siguientes.

2. Cuando el Juez o Tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuere también para conocer del recurso directo contra ésta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general.

3. Sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, el Tribunal Supremo anulará cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma".

[16] Explica en su Fundamento Jurídico Primero, apartado 3, lo siguiente:

"Es de interés en este recurso señalar que la fundamentación jurídica que se ha transcrito y que sirvió de fundamento para la desestimación de la cuestión de ilegalidad, reitera los mismos razonamientos -y en los mismos términos- empleados por el mismo órgano jurisdiccional, la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en la sentencia 126/2019, de fecha 6 de mayo de 2019 (recurso 1/2019), que desestimó otra cuestión de ilegalidad, planteada en esta ocasión por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Donostia, en relación con la misma Ordenanza a que se refiere el presente recurso, la Ordenanza del Ayuntamiento de Aduna, reguladora de subvenciones individuales para gastos de transporte por visitas a personas internas en centros penitenciarios (BOG de fecha 11 de octubre de 2010).

La sentencia 126/2019 de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco fue recurrida en casación por la abogacía del Estado (casación 4939/2019).

Esta Sala dictó sentencia número 306/2021 en el indicado recurso de casación, de fecha 4 de marzo de 2021, que estimó el recurso del abogado del Estado, estimó la cuestión de ilegalidad y declaró la nulidad de la Ordenanza del Ayuntamiento de Aduna publicada en el Boletín Oficial de Gipuzkoa el 11 de octubre de 2010.

Pero no solo es idéntica la fundamentación jurídica de las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco impugnadas en el recurso de casación 4939/2019 y en el presente recurso, también lo son los motivos de impugnación formulados en los escritos de interposición de los recursos del Abogado del Estado y los escritos de oposición a los recursos de la representación del Ayuntamiento de Aduna, con la única matización de que el escrito de interposición del abogado del Estado presentado en el presente recurso de casación añade un apartado (apartado II.4/) para referirse a la sentencia de esta Sala de 4 de marzo de 2021, recaída en el recurso precedente en relación con la misma Ordenanza, mientras que el escrito de oposición del Ayuntamiento de Aduna en este recurso se limita a reiterar textualmente la oposición formulada en el recurso de casación precedente, sin incorporar crítica o alegación alguna frente a la sentencia de la Sala recaída en dicho recurso.

Al haberse planteado el presente recurso en los mismos términos que el recurso 4939/2019 que acabamos de citar, por razones de unidad de doctrina e igualdad en la aplicación de la ley seguimos ahora los razonamientos de nuestra sentencia precedente, para llegar por tanto a la misma conclusión estimatoria del recurso".

ISSN 2036-7821

"Efectivamente, el artículo 8.1 de la ya citada Ley General de Subvenciones establece:
"1.- Los órganos de las Administraciones públicas o cualesquiera entes
que propongan el establecimiento de subvenciones, con carácter previo, deberán concretar en un plan estratégico de subvenciones los objetivos y efectos que se pretenden con su aplicación, el plazo necesario para su consecución, los costes previsibles y sus fuentes de financiación, supeditándose en todo caso al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria";
De este precepto pueden obtenerse, sin esfuerzo dialéctico, dos conclusiones: el Plan Estratégico tiene carácter previo al establecimiento de cualquier subvención; y el precepto es imperativo y categórico. Consideramos que la dicción del precepto, exigiendo con carácter previo el Plan Estratégico, no es tangencial y no sistemático, como sostiene la sentencia de instancia, sino requisito esencial y previo a la regulación de la subvención, de tal forma que sí requiere una formalización o instrumentalización externa que, aunque no es exigible una determinada formalidad, si una definición específica que pueda ser identificada. Apoya esta interpretación el mismo artículo 8, en su apartado 3, al establecer:
"3. La gestión de las subvenciones a que se refiere esta ley se realizará de acuerdo con los siguientes principios:
a) Publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad igualdad y no discriminación.
b) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante.
c) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos".
Es decir, la propia norma -y de ahí también su imperatividad y no mera tangencialidad- alude a los objetivos de trasparencia, eficacia y eficiencia, que debe presidir la gestión de las subvenciones. Lo que puede relacionarse también con la Disposición Adicional 13ª de la misma ley, para darnos definitiva interpretación de la imperatividad del precepto, de carácter básico como recoge la sentencia de instancia."
Cabe añadir a la cita de sentencias de esta Sala que la línea iniciada por la sentencia de 26 de junio de 2012, que considera que el Pan Estratégico requerido por el artículo 8.1 de la Ley 38/2003 tiene carácter previo al establecimiento de cualquier subvención y que su exigencia es imperativa y categórica, ha sido seguida por otras sentencias de la Sala, de fechas 4 de diciembre de 2012 (recurso 4369/2011), 28 de enero de 2013 (recurso 559/2012) y 16 de abril de 2013 (recurso 1372/2012)".
De acuerdo con lo anterior, considera el Tribunal Supremo que:
"... la sentencia impugnada ha incurrido en error de derecho, al no apreciar que el Plan Estratégico de Subvenciones constituye un instrumento de planificación de políticas públicas que tengan como objetivo el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública, cuya aprobación, con carácter previo a la regulación de la subvención, resulta exigible, de conformidad

ISSN 2036-7821

con lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y el artículo 10 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la citada Ley General de Subvenciones, de donde se infiere que se configura como un requisito esencial del procedimiento subvencional.

En efecto, tal como sostuvimos en las sentencias de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2012 (RC 4271/2011), 4 de diciembre de 2012 (RC 4369/2011) y 16 de abril de 2013 (RC 1372/2012), dado el tenor de los apartados 1 y 3 del artículo 8 y de la disposición adicional decimotercera de la Ley 38/2003, el Plan Estratégico de Subvenciones, al que se refiere dicha disposición, tiene carácter previo al establecimiento de cualquier subvención, constituyendo un requisito esencial cuyo cumplimiento exige que sea formalizado externamente y con un contenido que le haga identificable como tal por reflejar al menos aquello a que alude el apartado 1 de ese artículo 8" (Fundamento Jurídico Tercero).

De este modo, se termina señalando en el Fundamento Jurídico Cuarto que "... Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala, dando respuesta a las cuestiones planteadas en este recurso de casación que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, declara que: 1.- El artículo 8.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, debe ser interpretado en el sentido de que la aprobación de un Plan Estratégico de Subvenciones, con carácter previo al establecimiento de cualquier subvención, constituye un requisito esencial del procedimiento subvencional, de modo que el incumplimiento de esa obligación, por parte de la Administración pública o Ente público convocante de las ayudas públicas, determina la nulidad de la Orden de convocatoria de la subvención...".

Como podemos observar, una reafirmación de la doctrina sentada desde 2012, que sin entrar a determinar el alcance de lo básico de las disposiciones de la LGS y siempre respecto de un tipo concreto de ordenanzas municipales establecedoras de subvenciones para el fin concreto ya visto, considera que la previa aprobación del plan estratégico de subvenciones es condición de validez de la actuación subvencional. Sin matizaciones.

4. *La reacción del legislativo. La reforma de la Ley 38/2003 por la Ley de Presupuestos para 2023.*

Resultando claro que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo toda subvención convocada sin mediar previa aprobación del Plan Estratégico deviene nula ya que ello es condición de validez, por parte del legislador se reaccionó modificando la LGS. Ello se hizo con la aprobación de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, cuya Disposición

ISSN 2036-7821

final décima tercera otorga una nueva redacción al apartado 1 del artículo 8 LGS, añadiendo al precepto un segundo párrafo del siguiente tenor:

"... Las bases reguladoras de cada subvención harán referencia al Plan estratégico de subvenciones en el que se integran, señalando de qué modo contribuyen al logro de sus objetivos; en otro caso, deberá motivarse por qué es necesario establecer la nueva subvención, incluso aun no habiendo sido prevista en el Plan, y la forma en que afecta a su cumplimiento".

El resto del artículo mantiene la misma redacción y, como puede observarse, junto a la formalidad adicional de hacer referencia en cada convocatoria de subvenciones al correspondiente Plan Estratégico, se admite expresamente que una nueva subvención pueda no estar prevista en el Plan, lo que relativiza sin duda la naturaleza de este como "requisito esencial del procedimiento subvencional".

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La tributación de los Tokens No Fungibles (NFTs). Especial referencia al sistema tributario español.

di Antonia Jabalera Rordrìguez

(Profesora de Derecho Financiero y Tributariio, Universidad de Granada)

Sumario

1. Introducción. – 2. Aproximación tecnológica y jurídica al mercado de los tokens. – 2.1. La tecnología de redes distribuidas como fundamento tecnológico de los tokens: criptografía, blockchain y smart contracts. Remisión. – 2.1.1. La criptografía como base de la innovación de la tecnología de redes distribuidas. – 2.1.2. Blockchain y otras tecnologías de redes distribuidas. – 2.1.3. Los denominados contratos inteligentes (smart contracts). – 2.2. Aproximación all'ecosistema de los tokens. Delimitacion de su concepto y tipología. La propuesta de Reglamento mica. – 3. Tokens no fungibles. Delimitación conceptual y algunas implicaciones en el ámbito jurídico. – 4. La tributación de los tokens no fungibles. – 4.1. La creación y comercialización primaria de los nfts y su gravamen en la imposición directa e indirecta. – 4.1.1. La sujeción de las transacciones de nfts en IVA y otros impuestos indirectos. – 4.1.2. El gravamen de los beneficios derivados de la operativa con nfts en los impuestos directos sobre la renta. – 4.2. La inversión en nfts y su tributación. – 5. Control de la operativa con Nfts e informaciòn tributaria. Una breve reflexiòn final.

Abstract

The Non Fungible Tokens market is one of the sector of the crypto-asset market that has grown the most in the recent years. The NFTs are digitat assets based on a Distributed Ledger Techology such as blockchain that present some properties and characteristics that make them unique and non intercahgeable for others that have the same value. In this paper, we wil approach the study of this type of cryto-asset, starting from its concept and the identification of its manin characteristics. We will analyze how the operations with NFTs are taxed, making special reference to the main fiscal difficulties and analhyzing the responses given in the Spanish tax system. As one of the sectors in which the use of NFTs has spread the most is crypto art, we will focucs our attention especially on NFTs linked to the artistic creation. Finallly, we will mention the latest proposals presented at an international, european and nation level to obtain the tax information and control the NFTs transactions, among wich is highlighted the "Crypto-Asset Reporting Framework" published by the OECD.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. *Introducción.*

El pasado mes de octubre causó un gran revuelo e impacto a nivel internacional una noticia relacionada con el mercado de los denominados tokens no fungibles (NFT, por sus siglas en inglés), en conexión también con un determinado objeto físico, una obra de arte, que por su riqueza y significación artística y cultural, debiera ser objeto de una especial salvaguarda y protección (sobre todo, por parte de los poderes públicos); nos referimos a la presunta destrucción de la obra de Frida Khalo, titulada "Fantasmones siniestros", valorada en unos diez millones de dólares, tras haberse creado diez mil NFTs que la representan virtualmente; lo que puede considerarse, en nuestra opinión, una muestra significativa, aunque no necesariamente representativa, de este mercado floreciente del criptoarte vinculado a los activos digitales NFTs, y en particular, del carácter fuertemente especulativo, y en ocasiones, desproporcionado, inverosímil y disparatado que rodea a algunas de las transacciones que se realizan con este tipo específico de tokens.

Uno de los sectores del mercado de criptoactivos que más ha crecido en los últimos años ha sido, precisamente, el de los tokens no fungibles (NFTs), que consisten, a grandes rasgos, en activos digitales basados en la tecnología blockchain que presentan unas propiedades y características que los hacen únicos y no intercambiables por otros que tengan el mismo valor. El antecedente más remoto de este tipo de criptoactivos son las conocidas como monedas de colores (*colored coins*) de la red Bitcoin que surgieron en 2012; si bien, es la obra titulada "Quantum", creada en 2014 por el artista Kevin McCoy, la considerada el primer NFT. Desde su aparición hasta la actualidad este tipo de tokens han experimentado un gran apogeo, pese a los riesgos que lleva aparejados por su volatilidad, complejidad y falta de transparencia, y estamos asistiendo a su acogida masiva por la comunidad digital en sectores como el arte digital, los coleccionables, los videojuegos, el deporte, la música, y la moda, entre otros, gozando en nuestros días de una reconocida popularidad, especialmente a raíz de la publicación de algunas de las transacciones realizadas en relación a determinados NFTs vinculados al mercado del arte digital, como la venta del token representativo de la obra titulada "Everydays: the First 5000 days", creada por el artista digital conocido por el seudónimo Beeple, en la casa de subastas Christie's, por 69 millones de dólares; la transmisión del NFT vinculado al primer tweet (cuyo texto rezaba "Just setting up my twttr") del cofundador de Twitter, Jack Dorsey, por 2,9 millones de dólares[1]; o más recientemente, la

(*) Trabajo realizado en el marco del Proyecto de I+D+i financiado por el MICIN "Economía digital, dinero electrónico y ordenamientos tributarios. medidas nacionales y propuestas de instituciones internacionales" (PID2020-120203RB-I00) y del Proyecto de I+D+i financiado por el MICIN "El derecho privado contractual ante la economía digital" (PID 2020-115355RB-I00).

[1] Según información publicada en varios medios de comunicación el valor recuperable de esta inversión en la actualidad no llega a los 300 dólares, lo que es un indicador de la alta volatilidad de precios de este tipo de

ISSN 2036-7821

mencionada destrucción de una obra de Frida Khalo, tras acuñarse una determinada cantidad de NFTs que la representan virtualmente. A su vez, se ha de tener en cuenta que este tipo de tokens constituyen una herramienta básica para el desarrollo de los metaversos, que se encuentran actualmente en una fase embrionaria de progreso e implementación, y que se espera que en pocos años constituyan una revolucionaria innovación tecnológica con un significativo impacto económico y social.
En las siguientes líneas nos vamos a acercar al estudio de este tipo específico de criptoactivos, partiendo de una breve delimitación conceptual de los mismos e identificación de sus rasgos característicos, y prestando especial atención a algunas de las cuestiones problemáticas que presentan respecto a su tributación. Dado que uno de los sectores en los que su uso se ha extendido más ampliamente es el del arte digital (acuñándose la expresión "criptoarte"), centraremos nuestra atención en los NFTs vinculados a la creación artística, en particular.

2. *Aproximación tecnológica y juridica al mercado de los tokens.*

En su origen a la unidad de cuenta bitcoin se le comenzó a denominar criptomoneda, porque la visión del creador del protocolo Bitcoin era crear una "moneda", esto es, un sistema de pagos descentralizado gestionado por una comunidad, a través de una base tecnológica sustentada en la criptografía, sin necesidad de contar con un ente central, en este caso, un banco central[2]. A partir de entonces han surgido otros protocolos descentralizados o proyectos basados en esta misma base tecnológica, que han dado lugar a un concepto más amplio, el de criptoactivo, en cuanto que pretenden representar digitalmente otros bienes o activos de diversa naturaleza cuya funcionalidad va más allá de ser considerados un mero medio de intercambio y/o pago.

2.1. *La tecnología de redes distribuidas como fundamento tecnológico de los tokens: criptografía, blockchain y smart contracts. Remisión.*

Los *tokens* (o criptoactivos) son activos de diversa naturaleza que se basan en un complejo sistema de criptografía (de ahí su denominación) que descansa sobre tres pilares fundamentales que, si bien han sido desarrollados en un capítulo específico de esta obra, pasamos a delimitar brevemente como punto de partida necesario para una mejor comprensión del propio activo en sí y del mercado en el que operan. Conviene tener presente, además, que el aspecto verdaderamente característico, y en cierta medida revolucionario de los criptoactivos, no reside intrínsecamente en ellos,

activos, y de la fuerte especulación que existe en este mercado. Puede consultarse, entre otras, la noticia en la que se informa de que este NFT ha perdido el 99,99 % de su valor (https://www.elmundo.es/tecnologia/2022/04/14/6258608afc6c837e078b45de.html; última consulta: 08/11/2022)

[2] PASTOR SEMPERE, M.C. (2018b): "Criptomonedas y otras clases de Tokens: aspectos mercantiles", en *Blockchain: aspectos tecnológicos, empresariales y legales*, Aranzadi, Cizur Menor, pág. 152.

ISSN 2036-7821

sino en la tecnología empleada para su creación, transmisión, almacenamiento o registro[3]: la tecnología de redes distribuida (TRD), en la que destaca la conocida como cadena de bloques o *blockchain*.

2.1.1. *La criptografía como base de la innovación de la tecnología de redes distribuidas.*
Un aspecto clave de la denominada tecnología de redes distribuidas es el cifrado de los datos que se registran descentralizadamente. Esta tecnología utiliza la criptografía, que recordemos, es el método de cifrar (encriptar) y revelar (desencriptar) información a través de matemáticas complejas[4]. La criptografía se utiliza en la cadena de bloques de dos maneras distintas. Por un lado, para proteger criptográficamente las transacciones y toda la información relevante relacionada con las mismas y almacenada en los distintos bloques de la cadena; sirviéndose, para ello, de los algoritmos denominados "funciones hash criptográficas", que permiten identificar las direcciones de usuarios y los bloques. Por otra parte, se emplea un sistema de firmas digitales para garantizar la validez de los datos, que se asienta en dos claves que están relacionadas matemática y unívocamente: una clave pública (*public key*) y otra privada o secreta (*secret key*). Se trata de un sistema de criptografía asimétrica o de clave pública. Cuando un usuario emite una transacción, la firma con su clave secreta, de manera que la red, que conoce su clave pública, pueda verificar que dicha transacción fue realmente emitida por él. Se garantiza, de este modo, el pseudoanonimato de los sujetos que intervienen en las transacciones registradas en la cadena de bloques, lo que tendrá una indudable importancia en el ámbito fiscal, como señalaremos a continuación.

2.1.2. *Blockchain y otras tecnologías de redes distribuidas.*
Las tecnologías de redes distribuidas son una clase de tecnologías que permiten el registro descentralizado de datos cifrados. Entre ellas, nos encontramos con la conocida como cadena de bloques o blockchain, la más extendida en la actualidad.
La cadena de bloques o blockchain se configura, en términos generales, como una base de datos digital, inmutable, compartida, descentralizada y sincronizada de transacciones ordenadas cronológicamente que funciona a modo de registro o archivo distribuido y desintermediado que se encuentra almacenado en múltiples ordenadores/dispositivos de usuarios (*nodos*) de una red P2P (*peer-to-peer*) en la que no existe un servidor (autoridad) central que gestione las direcciones de usuarios y enrutamiento del tráfico de la red. En este tipo de redes, por tanto, se lleva a cabo un

[3] LÓPEZ-LAPUENTE, L., NIETO BRACKELMANNS, E., SAINZ DE AJA TIRAPU, B., SEIJO BAR, A., y TEROL CHÁFER, S. (2022): "Non Fungible Tokens (NFT)", en *Blockchain: aspectos jurídicos de su utilización*, Wolter Kluwer, Madrid, pág. 147.
[4] BARRIO ANDRÉS, M. (2021): "Concepto y clases de criptoactivos", en *Criptoactivos. Retos y desafíos normativos*, Wolters Kluwer, Madrid, págs. 43 y 44.

ISSN 2036-7821

intercambio directo de información entre los ordenadores interconectados. Esto determina que la información contenida en la blockchain se encuentra en el dispositivo de cada usuario (nodo), estando protegida criptográficamente, y que sólo podrá ser modificada cuando la información en cuestión reciba el respaldo o validación de la mayoría de los usuarios de la propia blockchain, siguiendo para ello el protocolo de consenso que se haya previamente configurado.
Una transacción en blockchain es un intercambio de valor entre dos usuarios del sistema. El valor intercambiado es protegido criptográficamente, y puede tener relación con un derecho o un bien (físico o digital), o no; tratándose, en el primer caso de un token en sentido estricto, y en el segundo, de una criptomoneda. Las transacciones que se realizan en la red se agrupan en bloques a la hora de ser introducidas en el registro distribuido; de ahí su denominación de cadena de bloques. Para decidir cuál será el siguiente bloque que se incorpore a la cadena, la red utiliza un algoritmo o protocolo de consenso distribuido.
En la tecnología blockchain, además, pueden operar los contratos inteligentes (*smart contracts*).

2.1.3. *Los denominados contratos inteligentes (smart contracts).*
Los contratos inteligentes comenzaron a popularizarse tras la aparición de la blockchain pública Ethereum. Se trata de secuencias de códigos informáticos que ejecutan automáticamente unas instrucciones preestablecidas gracias al uso de funciones algorítmicas (código ejecutable)[5]. Un contrato inteligente viene a ser una herramienta que se utiliza para ejecutar un número determinado de condiciones de un contrato normal haciendo uso de la lógica matemática, quedando registrado en la cadena de bloques, en la que permanece inmutable, y dependiendo su ejecución de si se cumplen las condiciones fijadas en el código, o no[6].
Ethereum ha popularizado el concepto de token, y ha servido como modelo de otras muchas plataformas basadas en una cadena de bloques pública (o blockchain), que tienen en común la capacidad de ejecutar contratos inteligentes (smart contracts, como Hyperledger, Stellar, EOS, Cardano, Iota, Neo y NEM[7], entre otras.
Para estandarizar el proceso de creación de contratos inteligentes y de tokens existen una serie de recomendaciones conocidas en el entorno Ethereum como ERC (*Ethereum Request for Comments*), entre las que destacan, en cuanto que son la base de la mayor parte de los criptoactivos que se encuentran actualmente en circulación, por

[5] GARCÍA TERUEL, R.M. (2020): "Introducción al fenómeno de la "tokenización": estudio de casos", en La *tokenización de bienes en blockchain. Cuestiones civiles y tributarias*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, pág. 1.
[6] HERENCIA ANTÓN, J. (2021): "Fundamentos tecnológicos de los criptoactivos", en *Criptoactivos. Retos y desafíos normativos*, Wolters Kluwer, Madrid pág. 75.
[7] PONCE DE LEÓN, P.J. (2018): "Blockchain, un nuevo patrón tecnológico", en *Blockchain: aspectos tecnológicos, empresariales y legales*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, pág. 60.

ISSN 2036-7821

un lado, el denominado "*ERC-20 Token Standard*", que desde 2015 proporciona una estructura estándar básica para los contratos inteligentes destinados a la creación de criptomonedas u otros tipos de tokens fungibles, en el sentido de que son intercambiables e indistinguibles; asegurándose de este modo la interoperabilidad a nivel de código entre las diferentes aplicaciones que utilicen el estándar. Y, por otro lado, el llamado "*ERC-721 Non Fungible Token*", creado a principios de 2018, para permitir la acuñación de tokens que se caracterizan por su carácter único e irremplazable, esto es, no fungible. Se trata de tokens que representan la propiedad de un bien (digital o físico), e incluso, la existencia de obligaciones contractuales como préstamos, cargas, deudas o gravámenes; y se caracterizan por ser tokens únicos y que no pueden ser sustituidos por otros idénticos, al tener unas características propias y unas propiedades irrepetibles. La principal diferencia de los tokens ERC-721 con respecto a los creados con el estándar ERC-720 reside en que aquéllos son distinguibles entre sí y el contrato debe registrar la propiedad de cada uno por separado[8]. Junto a los anteriores, se ha de destacar más recientemente el estándar ERC-1155, que permite crear un tipo de token estándar que tiene la capacidad de almacenar bajo su control y en un mismo *smart contract*, tokens que pueden actuar como si fueren fungibles (ERC-20) o no fungibles (ERC-721), o ambos al mismo tiempo bajo una misma dirección[9].

2.2. *Aproximación al ecosistema de los tokens. Delimitación de su concepto y tipología. La propuesta de Reglamento MiCA.*

Con el nacimiento de Ethereum, y la generalización de los smart contracts, especialmente a partir de 2017, comenzaron a hacerse populares los denominados *tokens*, y desde entonces se han extendido en todas las economías, dando lugar a lo que podemos considerar la segunda generación de criptoactivos; frente a Bitcoin y el resto de criptomonedas que surgieron tras su aparición, que conforman la que podríamos denominar la primera generación.

En términos generales se suele utilizar el término "token" como sinónimo de "criptoactivo". Así parece inferirse, como veremos, de la propuesta de reglamento MiCA. En un sentido más estricto, se emplea con un significado más restringido con el objetivo de destacar la diferencia entre las dos generaciones de criptoactivos mencionadas: los criptoactivos nativos (las criptomonedas) y los criptoactivos de

[8] Uno de los primeros tokens desarrollados a partir del estándar ERC-721 fue del de "CryptoKitties", una simulación de un mercado de compraventa de gatos digitales que se pueden cruzar entre sí para generar ejemplares únicos, y en el que cada gato está representado por un token ERC-721 (*Vid*., PONCE DE LEÓN, P.J., *cit*., págs. 69 y 71).

[9] Véase, respecto del estándar ERC-1155, las consideraciones realizadas por EGEA PÉREZ-CARASA, I. (2022): "Guía del tratamiento tributario de los NFTs (tokens no fungibles) en España (Parte I)", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 77, pág. 71.

ISSN 2036-7821

segunda generación (los tokens). Las criptomonedas (o criptodivisas) son criptoactivos que han sido concebidos para desempeñar las funciones propias de la moneda, esto es, para funcionar como un medio de intercambio de uso general, depósito de valor, y unidad de cuenta. Pretenden ser una alternativa a las monedas de curso legal, sin tener, no obstante, un subyacente físico que las respalde ni tampoco gozar de un reconocimiento legal como dinero. Entre las criptomonedas, podemos diferenciar, a su vez, dos subcategorías adicionales, de gran relevancia en la actualidad; de un lado, las criptomonedas tradicionales sin respaldo, entre las que se sitúan Bitcoin y Litecoin; y, de otro, aquellas que son referenciadas a un activo subyacente que estabiliza su valor, conocidas como *stablecoins*. Por su parte, los tokens vienen a ser una representación digital protegida criptográficamente de bienes digitales o físicos, derechos o servicios. Este tipo de criptoactivos se emiten con una funcionalidad específica o con un propósito singular, ofreciendo a sus titulares determinados derechos económicos, de gobernanza o consumo. Como señala BARRIO ANDRÉS, "mientras los tokens representan típicamente un derecho a cierto activo o prestación, las criptomonedas –o al menos, las criptomonedas tradicionales sin respaldo público- generalmente no incorporan derechos o facultades intrínsecas"[10].

En puridad "token" (que en español ha sido traducido por ficha o vale) es un término del ámbito informático con el que se viene a designar un "conjunto de datos no desencriptados que representan, por referencia, datos sensibles o secretos"[11]. De este modo, la "tokenización", en términos de seguridad de datos informáticos, supone la "aplicación de un proceso de sustitución de un elemento de datos sensible por otro equivalente no sensible, el *token*, que no tiene por sí mismo un valor extrínseco o explotable, y que puede revertirse al sistema a través de un identificador que únicamente funciona en dicho sistema"[12]. Los *tokens* vienen a ser, por tanto, códigos informáticos registrados en una *blockchain* cuya principal característica reside en su capacidad de representar algo (activos físicos, activos virtuales, o derechos)[13]. Al tratarse de códigos informáticos, los tokens son acuñados a través del desarrollo y ejecución de Smart contracts inscritos en dicha cadena, los cuales siguen unos determinados estándares técnicos que definen sus características técnicas y que han sido aceptados por la comunidad de cada blockchain en particular. En el caso de Ethereum, ya hemos hecho referencia a los tres estándares técnicos más representativos que posibilitan que los tokens que se definan tengan unas

[10] BARRIO ANDRÉS, M., *cit*., pág. 53.

[11] MIRAS MARÍN, N. (2022): "Régimen tributario de los tokens no fungibles", en *Retos de la sociedad digital. Regulación y fiscalidad en un contexto internacional*, Reus, Madrid, pág. 205

[12] GARCÍA DEL POYO VIZCAYA, R. (2021): "Algunos casos de uso", en *Criptoactivos. Retos y desafíos normativos*, Wolters Kluwer, Madrid, pág. 87.

[13] EGEA PÉREZ-CARASA, I., *cit*., págs. 70 y 71.

ISSN 2036-7821

propiedades comunes y sean interoperables entre ellos (ERC-20; ERC-721, y ERC-1155).

Desde una perspectiva jurídica, no tenemos aún una definición normativa, aunque sí existe un consenso generalizado acerca de que un token puede representar un activo, ya sea físico o digital, o un derecho, e incluso, obligaciones, cargas o gravámenes. En función del activo o derecho representado, se tienen a diferenciar diferentes tipos de criptoactivos para, una vez individualizados, aplicarles el correspondiente régimen jurídico. De este modo, podemos encontrar tokens que representan un activo físico (*asset token*); tokens de inversión que representan valores o activos financieros (*security tokens*); tokens que otorgan a su titular una parte del capital del emisor y se asemejan a las acciones o participaciones sociales tradicionales (*equity tokens*); tokens que reconocen al usuario la posibilidad de interactuar y realizar transacciones en una determinada plataforma (*utility tokens*); tokens de gobernanza que facultan a su titular a participar en la toma de decisiones de un determinado proyecto (*govenance token*), entre otros. Junto a los anteriores, podemos encontrar tokens híbridos que no encajan en una única categoría de las citadas, sino en varias al mismo tiempo, presentando problemas normativos particulares que vienen motivados fundamentalmente por la complicada delimitación de su naturaleza jurídica.

Un paso relevante en la delimitación jurídica de lo que pueda considerarse un criptoactivo y la diferenciación entre los distintos tipos de criptoactivos se ha dado con la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al mercado de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (conocida como Propuesta de Reglamento MiCA –*Markets in Crypto-Assets*-)[14], en la que se define criptoactivo (*crypto-asset*) como "*una representación digital de valor o derechos que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, mediante la tecnología de registro descentralizado o una tecnología similar*" (artículo 3, apartado 1, punto 2 MiCA). Se trata de una definición pretendidamente amplia y flexible con el fin de abarcar todos aquellos criptoactivos que actualmente quedan fuera del ámbito de aplicación de la legislación europea en materia de servicios financieros, y también con el objeto de integrar aquellos otros que puedan surgir en el futuro y que compartan esta misma tecnología u otra similar. Asimismo, de esta definición podemos inferir los dos elementos característicos que configuran cualquier criptoactivo (incluidos, por tanto, los NFTs):

a) Es un activo basado en la tecnología de registro distribuido (TRD) o similar. A estos efectos, se incorpora también en la Propuesta de Reglamento una definición amplia de este tipo de tecnología, considerando como tal "*una clase de tecnologías que*

[14] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, de 24 de septiembre de 2020 [COM (2020) 593 final].

ISSN 2036-7821

permiten en registro descentralizado de datos cifrados"[15]. No podemos entender la existencia y circulación de los criptoactivos sin conectarlos con blockchain o cualquier otra TRD, siendo esta la tecnología subyacente en la que se basan y el ecosistema en el que se crean y circulan este tipo de activos digitales[16]. Resulta evidente que este aspecto de la definición de criptoactivo constituye una excepción al principio de neutralidad tecnológica, en cuanto que, insistimos, se une inexorablemente la delimitación conceptual de criptoactivo con una determinada tecnología, y ello pese a que en el Considerando 6º de la Propuesta de Reglamento se aluda implícitamente a dicho principio al afirmar que "la legislación de la Unión en materia de servicios financieros no debe favorecer ninguna tecnología concreta". La inclusión de la referencia explícita a una tecnología "similar" denota la pretensión del legislador europeo de garantizar que se puedan incluir dentro de este concepto aquellos activos que surjan en el futuro y que operen tecnológicamente de una manera semejante a los actuales.

b) Es un activo que representa un determinado valor o derecho. Lo relevante a estos efectos es determinar la naturaleza del valor o derecho representado a través del criptoactivo para, a continuación, proceder a su calificación jurídica conforme a la citada naturaleza y poder determinar su régimen jurídico y, en nuestro caso, el correspondiente tratamiento fiscal.

Los criptoactivos, en definitiva, consisten en representaciones digitales de valor o derechos transferidos o almacenados mediante la tecnología de registro distribuido.

Conviene destacar, por otra parte, que aunque esta definición opera a nivel europeo, lo cierto es que presenta un gran similitud con la definición de "activos virtuales" establecida en las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI); así como, con la ofrecida recientemente por la OCDE, en el "Marco internacional para el intercambio de información sobre criptoactivos y enmiendas al CRS" (conocido por el acrónimo CARF, *Crypto-Asset Reporting Framework*[17]), en la que se ha definido como una representación digital de valor que se basa en una tecnología criptográfica de registro distribuido o similar para validar y asegurar las transacciones[18].

---

[15] En estos mismos términos se define este tipo de tecnologías, como no podía ser de otro modo, en el art. 2 apartado 1 del Reglamento (UE) 2022/858 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 sobre un régimen piloto de las infraestructuras del mercado basadas en la tecnología de registro descentralizado y por el que se modifican los Reglamentos (UE) nº 600/2014 y (UE) nº 909/2014 y la Directiva 2014/65/UE.

[16] Véase EGEA PÉREZ-CARASA, I., *cit.*, pág. 67.

[17] OCDE (2022), Crypto-Asset Reporting Framework and Amendments to the Common Reporting Standard, OECD, París (disponible en: https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/crypto-asset-reporting-framework-and-amendments-to-the-common-reporting-standard.pdf; última consulta: 26/10/2022)

[18] En concreto, "*a digital representation of value that relies on a cryptographically secured distributed ledger or a similar technology to validate and secure transactions*"". Vid. OCDE (2022), Crypto-Asset Reporting Framework and Amendments to the Common Reporting Standard, OECD, París (disponible en:

ISSN 2036-7821

La amplitud de la definición de criptoactivo incluida en MiCA nos podría hacer pensar que esta disposición reglamentaria europea alcanza a cualquier activo digital que pueda calificarse como criptoactivo conforme a la misma; aunque en realidad no es así. No se incluyen dentro de su ámbito objetivo de aplicación todos los criptoactivos que se encuentran actualmente en circulación. En efecto, al delimitar su ámbito objetivo de aplicación se aclara, en primer lugar, que determinados criptoactivos quedan excluidos del mismo, en cuanto que, al tener la consideración de instrumentos financieros, se encuentran ya regulados en la legislación europea vigente en materia de servicios financieros[19], junto a aquellos que sean emitidos por los bancos centrales, principalmente[20]; de tal modo que esta disposición normativa resultará de aplicación , fundamentalmente, a aquellos criptoactivos que se integren en una de las tres subcategorías que se catalogan en MiCA (las denominadas "fichas de dinero electrónico", "fichas referenciadas a activos", y "fichas de utilidad"), sujetándolos a unos requisitos específicos.

A estos efectos, se entiende por fichas de dinero electrónico (*electronic money token, e-money token*), aquel criptoactivo "*cuyo activo principal es el de ser usado como medio de intercambio y que, a fin de mantener un valor estable, se referencia al valor de una moneda fiat de curso legal*" (artículo 3, apartado 1, punto 4 de la Propuesta de Reglamento MiCA); y por fichas referenciadas a activos (*asset-referenced tokens*), "*un tipo de criptoactivo que, a fin de mantener un valor estable, se referencia al valor de varias monedas fiat de curso legal, una o varias materias primas, una o varios criptoactivos, o una combinación de dichos activos*" (artículo 3, apartado 1, punto 3 de la Propuesta de Reglamento MiCA). La principal función tanto de las fichas de dinero electrónico como de las referenciadas a activos es la de convertirse en medios de pago; de ahí que en MiCA se ponga el acento en la necesidad de impedir que los emisores y los proveedores de servicios de este tipo de tokens concedan a los titulares algún tipo de remuneración (intereses, principalmente) en función del tiempo durante el que se mantengan[21]. Por otra parte, ambos tipos de tokens o fichas entran dentro de la categoría de las conocidas como "criptomonedas estables" (*stablecoins*), que han surgido con el propósito de paliar algunos de los principales obstáculos que presentan las criptomonedas tradicionales sin respaldo (o de primera generación, como bitcoin, ether, litecoin, entre otras), que, recordemos, no representan ningún activo, derecho o pasivo subyacente, lo que las hace propensas a una alta volatilidad

https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/crypto-asset-reporting-framework-and-amendments-to-the-common-reporting-standard.pdf; última consulta: 26/10/2022)

[19] Se trata de los conocidos como *security tokens*, y en algunos casos, *equity tokens*.

[20] Quedan fuera de la propuesta MiCA los criptoactivos emitidos por los bancos centrales que actúen en calidad de autoridad monetaria o por las autoridades públicas (considerando 7 MiCA). Las monedas digitales emitidas por un banco central (*Central Bank Digital Currencies*) pueden ser consideradas como monedas de curso legal.

[21] Véanse los Considerandos 37 y 46 de la Propuesta de Reglamento MiCA.

ISSN 2036-7821

de precios, y dificulta que puedan ser aceptadas como un medio de pago y depósito de valor. Las monedas estables, por tanto, constituyen una variante o subcategoría de las criptomonedas que se caracterizan por estar vinculadas al precio de otro activo o a un conjunto de activos subyacentes que garantizan y respaldan su emisión y la estabilidad de su valor. Se encuentran, en consecuencia, diseñadas para mantener un valor estable a lo largo del tiempo[22].

Por último, las fichas de servicio (*utility tokens*) son definidas como "*un tipo de criptoactivo usado para dar acceso digital a un bien o un servicio, disponible mediante TRD, y aceptado únicamente por el emisor de la ficha en cuestión*" (art. 3, apartado 1, punto 5) Propuesta de Reglamento MiCA). Este tipo específico de criptoactivo, con carácter general, tiene fines no financieros relacionados con la explotación de una plataforma digital y de servicios digitales[23]. A través de este tipo de criptoactivos se reconoce a su titular el derecho de acceso a una aplicación, un producto o un servicio específico que se proporciona a través de una infraestructura desarrollada en tecnología TRD; de tal modo que, por lo general, no se aceptan como medio de pago de otros productos o servicios[24]. De la definición propuesta parecen excluirse aquellos supuestos en los que a través del *token utility* se facilita el acceso a un servicio no digital, como pueda ser los servicios de un hotel, la entrada a un espectáculo musical o deportivo, entre otros supuestos cada vez más frecuentes en la actualidad.

Por último, una vez vistas las tres subcategorías de criptoactivos contemplados en la Propuesta de Reglamento MiCA, parece que algunos de los activos digitales protegidos criptográficamente que gozan de una mayor popularidad en la actualidad, aunque pueden ser calificados como "criptoactivos" conforme a la definición genérica incorporada en esta disposición europea, tienen difícil encaje en alguna de las tres subcategorías mencionadas, tal y como sucede con las que podríamos denominar criptomonedas de primera generación o sin respaldo público subyacente, junto a otros criptoactivos representativos de activos digitales o físicos, incluidos los NFTs. Está claro que los anteriores activos digitales cifrados no pueden ser considerados fichas de dinero electrónico ni tampoco fichas referenciadas a activos. En su caso, podrían ser calificados, con una interpretación un tanto forzada, como fichas de servicio, lo que nos podría llevar a considerar que ésta es una categoría que se define por exclusión de las anteriores[25], y que opera a modo de cajón de sastre que aglutina al resto de criptoactivos que no pueden ser considerados *stricto sensu* como monedas estables (*stablecoins)*.

---

[22] BARRIO ANDRÉS, M., *cit*., pág. 57.

[23] Considerando 9 de la Propuesta de Reglamento MiCA.

[24] Véase BARRIO ANDRÉS, M., *cit*., pág. 59; quien cita como ejemplos de tokens de utilidad o de servicio, Golem (GNT) y Filecoin (FL)

[25] Como ponen de manifiesto LÓPEZ-LAPUENTE, L., NIETO BRACKELMANNS, E., SAINZ DE AJA TIRAPU, B., SEIJO BAR, A., y TEROL CHÁFER, S., *cit*., pág. 169.

ISSN 2036-7821

3. *Tokens no fungibles. Delimitación conceptual y algunas implicaciones en el ámbito jurídico.*

A pesar del uso cada vez más frecuente de los NFT, no existe aún una definición generalmente aceptada de lo que puede considerarse como tal. Desde un punto de vista técnico, un NFT es un código informático que se genera y almacena en una red blockchain conforme a un determinado estándar que permite identificar de manera unívoca un archivo digital. En la blockchain de Ethereum el estándar técnico más común es el ERC-721, seguido del estándar multitoken ERC-1155, que permite administrar y almacenar múltiples tipos de tokens. En el estándar ERC-721, que ha servido de base para la creación de la mayor parte de los NFTs que se encuentran actualmente en circulación, el token non fungible resultado de su aplicación consta, al menos, de dos elementos mínimos que lo convierten en único: el "token ID" y la "dirección de contrato" (*contract address*). Junto a los anteriores, se pueden añadir otros que permiten la identificación del archivo digital asociado al NFT (como puede ser un enlace a la URL del sitio donde está almacenado el archivo original –en el caso de que se vincule el NFT a un activo digital- o bien mediante un hash –activo digital o físico-) o la identificación del monedero (*wallet*) del autor original[26], entre otros.

Un NFT, por tanto, en sí, es simplemente un conjunto de metadatos (un archivo de datos expresados en formato digital) no intercambiable, que identifica a un derecho o a un activo único, que puede ser una activo (archivo) digital (como una imagen, audio, vídeo, texto, etc.) o un activo físico (a título ejemplificativo, una obra de arte)[27], que se encuentra almacenado en una red blockchain y es transmisible a través de la misma. Se ha de diferenciar, en consecuencia, el NFT en sentido estricto (entendido, insistimos, como ese conjunto de metadatos generados de forma automatizada) del propio activo que reproduce (si se trata de una activo digital como pueda ser una obra de arte digital) o referencia (si contiene un enlace a la dirección de internet en la que se aloja dicho archivo específico o un hash que la identifica). Lo habitual en estos casos es que al crear el NFT en la blockchain no se incluya el propio archivo digital, debido a los elevados costes que tiene acuñar y registrar datos en la cadena de bloques.

Desde una perspectiva jurídica, no existe hasta la fecha ninguna definición normativa de lo que puede considerarse un NFT, lo cual no quiere decir que este tipo de criptoactivos sean desconocidos para el Derecho. En la Propuesta de Reglamento MiCA se hace referencia expresa a los criptoactivos "únicos o no fungibles" (esto es, a los NFTs), de tal modo que podemos entender que entran dentro de su ámbito de aplicación, pese a las dificultades de integrarlos en alguna de las tres subcategorías

[26] *Ibídem*, pág. 149.
[27] *Ibídem*, pág. 149.

ISSN 2036-7821

delimitadas en MiCA (encontrándose más próximos a los *tokens utility* o fichas de servicio) y, en consecuencia, quedan sujetos a su regulación, aunque reciben un tratamiento particular dado su carácter no fungible. En concreto, se indica en MiCA que no será necesario elaborar y publicar un libro blanco de criptoactivos, cuando se trate de tokens que sean "únicos y no fungibles respecto de otros criptoactivos"[28], y ello a diferencia de las otras categorías de criptoactivos incluidos en su ámbito aplicativo.

En términos generales, los NFT pueden ser considerados criptoactivos, en cuanto que constituyen una representación digital de un derecho o activo único transferido o almacenado mediante la tecnología de registro distribuido (conforme a la delimitación conceptual de MiCA), y más concretamente, un tipo especial de criptoactivo que se singulariza por su "no fungibilidad". En su propia denominación, por tanto, se contienen los dos elementos esenciales que permiten su identificación: son tokens, entendidos en sentido estricto (esto es, una representación digital protegida criptográficamente de un concreto bien digital o físico, derecho o servicio, que incorpora determinados derechos o facultades intrínsecas en relación con los mismos), y además, se trata de tokens "no fungibles", y ésta es, precisamente, la característica principal que permite individualizarlos y distinguirlos del resto de criptoactivos (su "no fungibilidad"). Al respecto, conviene recordar que, en nuestro ordenamiento jurídico, se consideran bienes fungibles "*aquéllos de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman*". En efecto, conforme al art. 337 del Código Civil, los bienes muebles pueden ser "fungibles o no fungibles", considerándose fungibles, como acabamos de mencionar, aquellos cuya utilización implica el "consumo" del propio bien (asimilándose de este modo la noción de fungible con la de "consumible"[29]), y no fungibles "los demás". Conforme a esta delimitación *a contrario sensu*, podemos considerar bienes no fungibles aquellos que pueden ser utilizados conforme a su naturaleza sin que se consuman por ello. El bien fungible por excelencia es, sin duda, el dinero, y en consecuencia, la mayor parte de las criptomonedas, que han sido diseñadas para desempeñar las funciones propias de las monedas de curso legal, pueden ser consideradas, igualmente, fungibles. En el otro lado, se sitúan los NFTs, que presentan unas características únicas e irrepetibles, de modo que no puede intercambiarse por otros elementos idénticos, de la misma especie y calidad[30]. Junto a ésta, los NFTs también se diferencian por su singularidad,

[28] Véase art. 4, apartado 2, letra c), y Considerando 15, de la Propuesta de Reglamento MiCA.

[29] MIRAS MARÍN se refiere a la confusión que se infiere del art. 337 del Código Civil entre la noción de consumible y fungible, que es posteriormente corregida en los arts. 1196.2 y 1452.2 y 3 del Código Civil, y especialmente en el art. 1470 Código Civil, para diferenciar entre el contrato de comodato y el de préstamo o mutuo (*cit*., pág. 206).

[30] LÓPEZ-LAPUENTE, L., NIETO BRACKELMANNS, E., SAINZ DE AJA TIRAPU, B., SEIJO BAR, A., y TEROL CHÁFER, S., *cit*., pág. 147.

ISSN 2036-7821

rareza y escasez[31], y comparten con el resto de tokens, las características de trazabilidad, seguridad y programabilidad que confiere a todo criptoactivo, en cualquier caso, el uso de la tecnología blockchain.

Los NFT, en resumen, son activos digitales únicos, irremplazables e insustituibles. En la práctica, el NFT se utiliza generalmente como un "certificado digital" para representar la propiedad, o la tenencia de determinados derechos, sobre un activo único e indivisible, ya sea físico o intangible (generalmente, un activo intangible digital). Así lo ha entendido la Dirección General de Tributos en la primera consulta tributaria resuelta en relación con este tipo específico de tokens (Consulta V0486-22, de 10 de marzo de 2022), en la que afirma que los NFT "son certificados digitales de autenticidad que, mediante la tecnología blockchain (la misma que se emplea en las criptomonedas) se asocia a un archivo digital. Por tanto, los NFT actúan como activos digitales únicos que no se pueden cambiar entre sí, ya que no hay dos iguales y cuyo subyacente puede ser todo aquello que pueda representarse digitalmente tales como una imagen, un gráfico, un vídeo, música o cualquier otro contenido de carácter digital incluso obras de arte"[32]. Se trata, no obstante, de una delimitación estricta de los NFTs, en cuanto que únicamente admite la *tokenización* de activos digitales únicos, y parece descartarla respecto de los activos físicos. En la actualidad, no obstante, se admite con carácter general la posible tokenización de activos materiales o físicos, teniendo en cuenta que a través de su tokenización se está aludiendo a la ficción de crearles una representación en el mundo digital a través de un símbolo o signo que los representa, el token[33].

Por otra parte, conviene diferenciar el NFT del activo subyacente al que hace referencia (ya sea físico o digital) o reproduce (en este último caso, únicamente digital). Como ya hemos indicado, en puridad, el NFT es un archivo de metadatos que contiene información codificada que hace referencia al activo o derecho que se está *tokenizando*. El NFT, por tanto, no es el activo subyacente en sí mismo. Ello determina que, en ocasiones, el titular del NFT no coincida con el titular del derecho o activo subyacente[34], ni tampoco que la venta del NFT conlleve la transmisión de la propiedad del activo subyacente. Como ha indicado la DGT, en la Consulta V0486-22, "parecen existir dos activos digitales con entidad propia, esto es, por un lado, el

[31] Como han puesto de manifiesto, LOPEZ LAPUENTE y otros, pág. 147, y EGEA PÉREZ-CARASA, I., *cit*., pág. 76.

[32] PÉREZ POMBO duda de que un NFT pueda ser considerado un "certificado digital de autenticidad", sino que más bien se trata de un "título digital que le da derecho a su tenedor a determinados derechos personales y reales sobre el activo subyacente", asimilándose, en su opinión, "más al título o documento público, en formato digital, vinculado a un asiento registral" (PÉREZ POMBO, E.: "El IVA en las operaciones de venta de NFT's", en FiscalBlog, disponible en: https://fiscalblog.es/?p=7566; última consulta: 08/11/2022).

[33] BARRIO ANDRÉS, M., *cit*., pág. 46.

[34] Tal y como han puesto de manifiesto, LÓPEZ-LAPUENTE, L., NIETO BRACKELMANNS, E., SAINZ DE AJA TIRAPU, B., SEIJO BAR, A., y TEROL CHÁFER, S., *cit*., pág. 147.

ISSN 2036-7821

archivo digital subyacente, y por otro, el "token no fungible" o NFT que representaría la propiedad digital del archivo digital subyacente", y añade que "lo que va a ser objeto de transmisión, a través de las correspondientes plataformas en línea, es el propio NFT y no el archivo digital subyacente"; siendo así, al menos, cuando concurran circunstancias semejantes o similares a las planteadas en el supuesto de hecho de esta consulta, en el que el consultante se dedica a la creación y comercialización a través de marketplaces de NFTs que representan imágenes digitales transformadas por él mismo, sin que la transferencia del NFT implique la traslación de la propiedad sobre el activo digital subyacente del que sigue siendo titular su creador; de tal modo que el adquirente del NFT sólo obtiene determinadas facultades de uso y explotación sobre el referido activo.

A su vez, se ha de tener en cuenta que en un gran número de ocasiones los NFTs se encuentran referenciados a activos o derechos que se encuentran protegidos por la normativa sobre propiedad intelectual (como sucede con las creaciones artísticas, vídeos, música, videojuegos, entre otros). Así sucede en el caso de NFTs acuñados en relación a obras de arte. En tal caso, conviene recordar que en nuestro ordenamiento jurídico "*son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro*", tal y como se reconoce en el art. 10.1 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, LPI). En consecuencia, el hecho de que una obra sea creada de manera totalmente digital, y esté disponible exclusivamente en el entorno virtual, no significa que dicha obra no goce de la protección que le otorga la legislación de propiedad intelectual, siempre que, eso sí, dicha obra pueda considerarse una creación "original"[35]. Resulta sabido que esta normativa confiere al autor de la obra dos tipos de derechos: de un lado, los derechos morales, que son irrenunciables e inalienables; y de otro, los denominados derechos de explotación, que sí pueden ser objeto de transmisión, y que integran, entre otros, el derecho a la reproducción de la obra, distribución, comunicación pública o transformación[36]. De ahí que, tal y como se ha reconocido, resulte fundamental diferenciar entre la titularidad del NFT, como token único, de la titularidad de los derechos de propiedad intelectual sobre el contenido al que dicho NFT puede estar asociado[37]. Respecto de los NFTs asociados a activos protegidos por derechos de propiedad intelectual, lo ideal es que el creador del token detente los derechos de explotación del activo protegido, si bien es cierto que no siempre, ni necesariamente,

[35] JOVER GARCÍA, F. (2021): "NFT y derechos de autor: cuestiones legales a tener en cuenta", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 979, pág. 1 (versión electrónica).

[36] Véase los arts. 18 a 21 de la Ley de Propiedad Intelectual.

[37] EGEA PÉREZ-CARASA, I., *cit.*, pág. 98.

ISSN 2036-7821

sucede así; pudiendo llegar a encontrarnos en la práctica con supuestos de evicción, como se ha puesto de manifiesto por parte de algunos autores[38].

Por otra parte, la transmisión de un NFT vinculado a un contenido protegido por derechos de autor, no implica necesariamente, y en todo caso, la transmisión de los derechos de propiedad intelectual (esto es, los derechos de explotación) subyacentes de dicho contenido. Para que ello sea sí resulta necesario que en la propia configuración del smart contract registrado en la blockchain se especifiquen los derechos de explotación sobre el activo subyacente que se transmiten con la transacción, junto a otros eventuales obligaciones que puedan recaer sobre el nuevo adquirente, como pueda ser la de abonar un canon al creador, como veremos. Al respecto, nuestra legislación nacional sobre propiedad intelectual señala, respecto de las transmisiones *inter vivos* de los derechos de explotación de la obra, que dicha cesión quedará limitada al "*derecho o derechos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen*" (art. 43.1 LPI); debiendo tales aspectos, como decimos, quedar configurados en el propio contrato inteligente. En el caso de que no se incorporen dichas menciones, y tratándose de obras protegidas por la normativa específica española, se entenderá que "*la falta de mención del tiempo limita la transmisión a cinco años y la del ámbito territorial al país en el que se realice la cesión. Si no se expresan específicamente y de modo concreto las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo*" (art. 43.2 LPI). Lo de limitar la transmisión territorialmente "*al país en el que se realice la cesión*" se nos antoja complicado, tratándose de NFTS cuyo hábitat es el mundo virtual, y además, se encuentran almacenados en una red blockchain en la que la información es compartida por dispositivos (nodos) situados en cualquier lugar del mundo.

Se requiere, asimismo, que la cesión se formalice necesariamente por escrito (art. 45 LPI), y éste es quizá uno de los principales obstáculos que dificulta la transmisión de los derechos de explotación de una creación artística tokenizada a través de la cadena de bloques, al menos, en nuestro ordenamiento jurídico; planteándose el interrogante de si, conforme a nuestra normativa interna, *blockchain* cumple con esta exigencia legal de que el contrato se formalice por escrito, especialmente si tenemos en cuenta que, por la propia configuración de esta tecnología, los sujetos intervinientes en este negocio jurídico aparecen identificados por un pseudónimo a través de una dirección *blockchain*, sin que se conozca, en principio, su identidad real. En nuestra opinión, resulta admisible la posible utilización de medios digitales, incluidas la propia tecnología de redes distribuidas, para la celebración de dicho contrato, siempre y cuando se garantice la autoría y autenticidad del activo artístico protegido en

[38] LÓPEZ-LAPUENTE, L., NIETO BRACKELMANNS, E., SAINZ DE AJA TIRAPU, B., SEIJO BAR, A., y TEROL CHÁFER, S., *cit*., pág. 152.

ISSN 2036-7821

cuestión y el consentimiento del titular de los derechos de explotación. Esta cuestión se pone de manifiesto, en cualquier caso, las dificultades que se presentan en la práctica para que la cesión de los derechos de autor se lleve a cabo en el entorno digital de la cadena de bloques, especialmente en aquellos ordenamientos jurídicos que, como el nuestro, exigen que dicha cesión se formalice por escrito con la firma del titular de los citados derechos.

Otro aspecto potencialmente conflictivo relacionado con la creación y comercialización de NFTs, deriva del hecho de que, en ocasiones, en el propio activo subyacente puede haber contenidos datos que tengan la consideración de datos personales conforme al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante, RGPD), que habrá de ser igualmente tenido en cuenta a la hora de configurar el NFT, de tal modo que el activo digital subyacente que se representa o reproduce a través de su tokenización respete los principios y normas relativos a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos de carácter personal; si bien es cierto que, resultará más complicado velar por la correcta aplicación de esta disposición normativa europea, teniendo en cuenta las propias características de la red *blockchain*. Tal y como se ha puesto de manifiesto por algunos autores, la mayoría de las disposiciones establecidas en el RGPD parten de la asunción de que los datos personales serán tratados por –y controlados en- una red centralizada, por un único responsable (o, en su caso, un número limitado de corresponsables), mientras que los NFTs (o los criptoactivos, en general) se registran y comercializan en una red descentralizada y a través de una pluralidad de emisores, plataformas y participantes[39]. Éstos son, no obstante, algunos de los interrogantes que plantea el uso y comercialización de NFTs desde una perspectiva jurídica; pasamos, a continuación, a analizar aquéllos que se suscitan en el ámbito estrictamente tributario.

4. *La tributación de los tokens no fungibles*.

Vamos a mencionar algunas de las cuestiones problemáticas que se presentan en relación a la creación y comercialización de NFTs en el ámbito tributario, tomando como referencia los principales sujetos que intervienen en estas operaciones.

4.1. *La creación y comercialización primaria de los NFTs y su gravamen en la imposición directa e indirecta*.

[39] LÓPEZ-LAPUENTE, L., NIETO BRACKELMANNS, E., SAINZ DE AJA TIRAPU, B., SEIJO BAR, A., y TEROL CHÁFER, S., *cit*., pág. 178.

ISSN 2036-7821

Al intentar determinar el régimen fiscal aplicable a los NFTs se han de tomar en consideración varios elementos concurrentes en su creación y que influyen decisivamente sobre su tributación. En ocasiones, las menos frecuentes, podemos encontrarnos con NFTs que han sido acuñados incorporando el activo digital subyacente, que sí aparece, por tanto, registrado en la propia cadena de bloques, de tal manera que, cuando se transmite el NFT se está transfiriendo el propio activo digital. Lo habitual, no obstante, es que el NFT se referencie a un activo subyacente, sin que el mismo se encuentre almacenado en blockchain; en tal caso, el NFT consiste en una serie de metadatos vinculados a dicho activo subyacente. En este segundo supuesto, además, tratándose de activos digitales protegidos por los derechos de propiedad intelectual, y en concreto, de obras artísticas, no siempre coincide la identidad del creador del propio NFT en su aspecto más técnico, con el autor del activo digital protegido. Como vemos, las posibilidades que podemos encontrar en la práctica son variadas, y las implicaciones jurídico-tributarias que se derivan, en cada caso, distintas. De ahí que, ante la imposibilidad de abordar en toda su extensión y matices las diferentes posibilidades en un trabajo de estas características, advirtamos al lector de que vamos a ceñir nuestro análisis en este apartado al supuesto en el que el creador del NFT es el propio autor del contenido digital protegido, principalmente.

4.1.1. *La sujeción de las transacciones de NFTs en IVA y otros impuestos indirectos.*

A efectos de su tributación en el ámbito de la imposición indirecta, se ha de tener en cuenta si el creador del NFT y del contenido digital objeto de comercialización, actúa como empresario o profesional a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, o no.

A) *La operación de venta del NFT por el creador empresario o profesional.*

En relación al IVA se ha de recordar que quedan sujetas al mismo "*las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del Impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan a favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen*"[40]. A estos efectos, se consideran empresarios y profesionales a quienes lleven a cabo una actividad empresarial o profesional, entendiéndose como tal "*las que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales o humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios*"[41]. Concurriendo los anteriores requisitos, cabe entender que el creador del NFT tiene la condición de empresario o profesional, y estarán sujetas a IVA las entregas de bienes o prestaciones de servicios que realice en el territorio de aplicación del impuesto en el

[40] Art. 4 apartado 1 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, LIVA).

[41] Art. 5 apartado 2 LIVA.

ISSN 2036-7821

ejercicio de su actividad económica, siempre que, eso sí, perciba una contraprestación a cambio. En este sentido, no resulta relevante, como veremos, que dicha contraprestación consista en la entrega de criptomonedas, como suele ser habitual en este tipo de transacciones realizadas en la red blockchain. Lo usual, asimismo, es que estas transacciones se lleven a cabo a través de una plataforma que actúa como intermediaria (*marketplace*), resultando fundamental determinar si dicha intermediación se lleva a cabo en nombre propio o en nombre ajeno, como veremos a continuación.

a) Calificación de la operación de venta del NFT.

El primer paso en la determinación del régimen fiscal aplicable en el IVA a esta operación de venta del NFT por parte de su creador, consiste en dilucidar si nos encontramos ante una entrega de bienes, o en su caso, una prestación de servicios; para lo cual resulta imprescindible analizar la operación realizada, y en concreto, determinar la naturaleza del propio NFT y proceder a su calificación tributaria. Ya hemos afirmado que el NFT puede ser considerado un activo digital único y no intercambiable, que se utiliza generalmente como un certificado digital para representar la propiedad, o la titularidad de determinados derechos, en relación con un activo único, que puede ser físico o inmaterial, y especialmente activos intangibles digitales. En este sentido, resulta evidente que los NFTs no participan de la naturaleza de las criptomonedas y demás divisas virtuales, al no configurarse como divisas ni tratarse de bienes fungibles, y en consecuencia, no resulta trasladable a los mismos el controvertido tratamiento fiscal que la Administración tributaria dispensa a este tipo de criptoactivos (*currency tokens*), conforme a la calificación jurídica que de los mismos ha realizado el TJUE[42], y la Dirección General de Tributos[43], considerándolos como dividas, y que ha motivado que las operaciones de entrega de criptomonedas se consideren sujetas y exentas de IVA de conformidad con lo dispuesto en el art. 20.Uno.18 LIVA.

Cabe descartar, por otro lado, que nos encontremos ante una entrega de bienes, en cuanto que no se produce la "*transmisión del poder de disposición sobre un bien corporal con las facultades atribuidas a su propietario*" (art. 8 LIVA), dejando a salvo los supuestos en los que el activo subyacente del NFT sea un bien físico, y con la transmisión del NFT se entienda realizada la transmisión de dicho activo. En tales supuestos, la cadena de bloques vendría a ser el medio elegido por las partes intervinientes en esta transacción para la transmisión del activo físico subyacente, quedando registrado el contrato y la nueva titularidad en blockchain. Éste, no obstante, sigue siendo un supuesto poco frecuente a día de hoy. Lo habitual es que el

[42] Sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, *Skatteverket contra David Hedqvist*, C-264/14.

[43] Consulta de la DGT V1885-21, de 16 de junio.

ISSN 2036-7821

activo subyacente reproducido o representado a través del NFT sea intangible o inmaterial.

Si partimos de que los NFTs son representaciones digitales que confieren determinados derechos a sus titulares sobre un determinado activo subyacente, podemos alcanzar la conclusión de que su transmisión entra dentro del concepto de prestación de servicios, de conformidad con los apartados 3.º y 4.º del art. 11.Dos de la Ley IVA. Recordemos, en este sentido, que la legislación sobre IVA ofrece un concepto de prestación de servicios en sentido excluyente, en cuanto que se califica como tal "*toda operación sujeta al citado tributo que, de acuerdo con esta Ley, no tengan la consideración de entrega, adquisición intracomunitaria o importación de bienes*"[44], y en particular, se consideran prestaciones de servicios "*el ejercicio independiente de una profesión, arte u oficio*"[45], "*las cesiones de uso o disfrute de bienes*"[46] y las "*cesiones y concesiones de derechos de autor, licencias, patentes, marcas de fábrica y comerciales y demás derechos de propiedad intelectual e industrial*"[47]. Resulta, por tanto, evidente que cualquier transmisión de NFTs, y especialmente, aquellos que representan activos digitales protegidos por derechos de autor, entra dentro del concepto de prestación de servicios. Cabría plantearse, a continuación, si el hecho de que la transmisión se lleve a cabo a través de un medio digital como *blockchain* la convierte, automáticamente, en una prestación de servicios electrónica a efectos IVA, conforme a la delimitación que de la misma se lleva a cabo en la propia normativa de este impuesto. Al respecto, la Dirección General de Tributos, en la Consulta V0486-22, ya citada, no duda en calificar la entrega de los NFTs sobre los que versa esta consulta (fotografías transformadas en piezas únicas) a través de blockchain como una prestación de servicios electrónica.

Los servicios prestados por vía electrónica son definidos como "*aquellos servicios que consistan en la transmisión enviada inicialmente y recibida en destino por medio de equipos de procesamiento, incluida la comprensión numérica y el almacenamiento de datos, y enteramente transmitida, transportada y recibida por cable, radio, sistema óptico u otros medios electrónicos y, entre otros, los siguientes:*

a) El suministro y alojamiento de sitios informáticos.
b) El mantenimiento a distancia de programas y de equipos.
c) El suministro de programas y su actualización.
d) El suministro de imágenes, texto, información y la puesta a disposición de bases de datos.
e) El suministro de música, películas, juegos, incluidos los de azar o el dinero, y de emisiones y manifestaciones políticas, culturales, artísticas, deportivas, científicas o de ocio.
f) El suministro de enseñanza a distancia

[44] Art. 11. Uno LIVA.
[45] Art. 11. Dos 1º LIVA.
[46] Art. 11. Dos 3º LIVA.
[47] Art. 11. Dos 4º LIVA.

ISSN 2036-7821

A estos efectos, el hecho de que el prestador de un servicio y su destinario se comuniquen por correo electrónico no implicará, por sí mismo, que el servicio tenga la consideración de servicio prestado por vía electrónica" (artículo 69. Tres. 4º LIVA[48]).

Se está haciendo referencia, básicamente, a servicios que se prestan a través de internet u otra red electrónica, y que por su naturaleza se llevan a cabo de manera automatizada y sin apenas intervención humana, circunstancias que podríamos decir concurren en general en el proceso de creación y comercialización de los NFTs (y no tanto respecto del activo subyacente) sin que lo anterior permita concluir, sin más, que las transacciones de NFTs se califican en cualquier caso como una prestación de servicios electrónica a efectos IVA. Si así lo hiciéramos, estaríamos primando la naturaleza jurídica propia del *token* en su acepción técnica, como conjunto de metadatos generados de manera automatizada que identifican un derecho o activo único y que se encuentran almacenados (y resultan transmisibles) en una red blockchain, sobre la propia naturaleza jurídica del derecho o activo subyacente. En nuestra opinión, al calificar esta operación de subasta o venta de NFTs debería tenerse en cuenta la naturaleza jurídica del NFT, sin olvidar, además, que éste incorpora determinados derechos respecto a un determinado activo subyacente. Es precisamente ese conjunto de facultades o derechos que se reconocen en relación al activo subyacente lo que nos ayuva a calificar la operación desde una perspectiva tributaria, e identificar, en consecuencia, el régimen fiscal aplicable. En este sentido, conviene recordar que las obligaciones tributarias deben exigirse conforme a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o la denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez (de conformidad con el art. 13 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria). En consecuencia, prescindiendo de la propia denominación que le hayan dado las partes intervinientes en la emisión y/o transmisión (ya sea el propio emisor, casa de cambios, inversor, etc.), lo relevante es determinar la naturaleza jurídica del criptoactivo que se encuentra ligada a las facultades que confiere a su titular. Como ha reconocido la DGT, "los elementos determinantes para realizar una calificación fiscal de estos activos virtuales han de buscarse, con independencia de la denominación que se les dé, en las facultades o derechos que otorguen a su titular frente al emisor, los cuales, a la vista de su configuración informática, se encontrarán incluidos en la programación que se haya efectuado de tales activos, sin que incida en dicha calificación su forma atípica de

[48] Esta definición de servicios prestados por vía electrónica incorporada en el citado precepto de la LIVA es resultado de la transposición a nuestro ordenamiento interno de lo dispuesto en el Anexo II de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre, relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido, y que, como resulta sabido, incorpora un listado no cerrado de servicios electrónicos. Podemos encontrar también una definición de servicios prestados por vía electrónica en el art. 7 del Reglamento 282/2011 del Consejo, de 15 de marzo, por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/112/CE.

ISSN 2036-7821

representación, tenencia y transmisión, a través de la tecnología informática de registro distribuido, denominada "blockchain" o "cadena de bloques""[49].

En cualquier caso, como decimos, la DGT en la Consulta V0486-22 afirma que la entrega del NFT constituye una prestación de servicios electrónica, fundamentando esta decisión en la definición normativa que de este tipo de servicios se incorpora en la normativa IVA (recogida *supra*), y además, teniendo en cuenta que en el caso planteado no existe un encargo por parte del cliente o comprador del NFT que implique la personalización de un determinado diseño, fotografía u obra. En su contestación, la DGT indica que, en base a la información facilitada por el consultante, "se trata de fotografías que, en su caso, son objeto de transformación por el artista mediante un programa informático y que son objeto de venta si bien, por la propia tecnología blockchain utilizada, se convierten en bienes digitales únicos y originales, puesto que no existe otro activo digital idéntico, siendo objeto de transmisión, además, no el propio archivo digital de la fotografía, sino el certificado digital de autenticidad que representa el NFT".

En el caso de que el consultante realizase prestaciones de servicios consistentes en el diseño personalizado de fotografías que son enviadas por correo electrónico u otro medio electrónico (incluido, por tanto, la red blockchain), al cliente una vez realizadas, no procedería calificarlas como "prestaciones de servicios por vía electrónica", tal y como se infiere, entre otras, de las Consultas V0716-16, de 23 de febrero de 2016, V2689-19, de 1 de octubre de 2019, y V0025-21, de 14 de enero de 2021. En tal supuesto, resultaría de aplicación la exención prevista en el art. 20 Uno 26º LIVA en el que se declaran exentos de IVA "*los servicios profesionales, incluidos aquéllos cuya contraprestación consista en derechos de autor, prestados por artistas plásticos, escritores, colaboradores literarios, gráficos y fotográficos de periódicos y revistas, compositores musicales, autores de obras teatrales y de argumento, adaptación, guión y diálogos de las obras audiovisuales, traductores y adaptadores*". Según la doctrina de la DGT, por tanto, resultan exentos "los servicios profesionales que, teniendo por objeto sus creaciones artísticas originales, presten a terceros las personas físicas que sean autores de esculturas, pinturas, dibujos, grabados, litografías, historietas gráficas, tebeos o cómics, así como, sus ensayos y bocetos y las demás obras plásticas originales, sean o no aplicables"[50]. Y, a estos efectos, se consideran autores, no sólo los creadores de obras originales, sino también quienes realizan obras derivadas o compuestas a partir de obras preexistentes, como traducciones, adaptaciones, revisiones, actualizaciones, anotaciones, y cualesquiera otras transformaciones de obras científicas, literarias o artísticas o en cuanto suponga una aportación personal y distinta de la obra preexistente. Aclara, asimismo, la DGT que esta exención sólo

[49] Consulta DGT V0766-21, de 31 de marzo de 2021.
[50] Consulta V0716-16, de 23 de febrero de 2016.

ISSN 2036-7821

resulta aplicable cuando estos servicios profesionales sean prestados por personas físicas, y no por personas jurídicas u otro tipo de entidades, ya que la propiedad intelectual sólo corresponde a los autores, y por tanto, los derechos derivados de la misma. Esta exención se limita a la actuación profesional de los autores, ya que "el objetivo de esta exención es el de fomentar la creación cultural, no así el tráfico mercantil derivado de la misma"[51]. En consecuencia, si la acuñación del NFT deriva de un encargo realizado al autor de la creación artística, podríamos entender que resulta de aplicación la referida exención recogida en el art. 26 Uno 26ª LIVA. En caso contrario, se considerará una prestación de servicios electrónica sujeta y no exenta.

b) Localización de la operación y determinación de la cuota IVA.

El que la venta del NFT que representa la obra artística digital se considere una prestación de servicios electrónica, determina que resulte de aplicación el régimen fiscal específico previsto en la normativa IVA para este tipo de operaciones; de tal modo que, en el caso de que estos servicios se entiendan realizados en el territorio de aplicación del impuesto[52], deberán tributar al tipo general del 21 por ciento.

Con carácter general, los servicios prestados por vía electrónica se ubican en la residencia del destinatario, tanto si tiene la condición de empresario o profesional, o se trata de un consumidor final; salvo que resulte de aplicación la "regla de cierre" de consumo efectivo, que permite gravar en el territorio de aplicación del impuesto los servicios electrónicos que sean objeto de consumo y utilización efectiva en el mismo, cuando concurran determinadas circunstancias[53]. Más específicamente, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 Uno de la LIVA en relación con el lugar de realización de los servicios prestados por vía electrónica, en conexión con los arts. 70 y 73 LIVA, se ha de diferenciar:

- En las operaciones en las que el adquirente del NFT sea un empresario o profesional (*Business to Business*, B2B), se localizará la operación en función de la sede o establecimiento del destinatario. Estaremos ante una operación sujeta y no exenta al IVA cuando el destinatario esté establecido en el territorio de aplicación del impuesto. En caso contrario, con carácter general, la prestación del servicio electrónico no estará sujeta al IVA.
- En las operaciones en las que el adquirente del NFT sea un particular (*Business to Consumer*, B2C), nuevamente estaría en función de la localización o residencia del consumidor final (destinatario de la operación). Si el adquirente se encuentra establecido o tiene su residencia o domicilio habitual en el territorio de aplicación del impuesto, los servicios se encontrarán sujetos al IVA español. Si el adquirente se encuentra en otro Estado miembro de la UE, la operación quedará sujeta al IVA

[51] Consulta V0716-16, de 23 de febrero de 2016.

[52] El territorio de aplicación del impuesto es el territorio español, conforme a la delimitación que del mismo se realiza en el art. 3 LIVA, y con la salvedad de las Islas Canarias, Ceuta y Melilla.

[53] Véase, en este sentido, el art. 70 Dos LIVA.

ISSN 2036-7821

español, cuando el importe total de los servicios prestados por el contribuyente a dichos destinatarios no haya excedido durante el año anterior la cantidad de 10.000 euros (o su equivalente en su moneda nacional)[54], siempre que, eso sí, no se hubiera optado por la tributación en dichos Estados miembros (tributación en destino) aunque no se supere ese límite. Por tanto, en tales supuestos, cabe aplicar el IVA español, o en su caso, el IVA del país de residencia del destinatario-consumidor final, a opción del propio contribuyente[55]. En el supuesto de que el destinatario se encuentre en otros Estados miembros de la UE y se supere el umbral mencionado de los 10.000 euros, se aplicará la regla general referente al lugar de realización de estas operaciones y, en consecuencia, se deberá aplicar el IVA debido en cada Estado miembro de consumo. Cuando el contribuyente deba tributar en destino (ya sea porque ha superado el citado umbral, o en su caso, por el ejercicio de la opción mencionada anteriormente), se le reconoce la posibilidad de acogerse, y registrarse, en el régimen de la Unión[56]. A efectos de poder aplicar el citado umbral de 10.000 euros, y teniendo en cuenta que en las transacciones relativas a NFTs, la contraprestación se suele fijar en criptomonedas, entendemos que resulta obligado convertir el importe total percibido por los servicios prestados en el año natural anterior y cobrados en monedas virtuales, a euros (o en su caso en la moneda fiat nacional de la que se trate), con la complejidad y dificultad añadida de que para este tipo de activos digitales no hay un mercado oficial al que acudir para realizar dicha conversión.

Finalmente, en el caso de que el destinatario, consumidor final, esté establecido o tenga su domicilio o residencia habitual en un país o territorio tercero a efectos del IVA, los servicios prestados por vía electrónica no estarían sujetos al IVA, salvo que

[54] Cuando el destinatario esté domiciliado en otro Estado miembro de la UE, los servicios electrónicos se localizan en el Estado miembro de residencia del consumidor final. En tal caso, el contribuyente debe liquidar e ingresar el IVA en dicho Estado miembro, si bien puede optar por aplicar el Régimen Especial de la Unión. Ahora bien, se establece una regla especial (a la que hemos hecho referencia en el texto), en virtud de la cual se entiende que estos servicios se localizan en el TAI, cuando se cumplan los siguientes requisitos: que el prestador –contribuyente- esté establecido únicamente en el TAI, que el destinatario sea un consumidor final, y que el importe total de las prestaciones de servicios, excluido el impuesto, no supere en el año natural anterior la cifra de 10.000 euros (o su equivalente en la moneda nacional); debiéndose tener en cuenta a efectos de la cuantificación de este límite los importes percibidos tanto por los servicios electrónicos como por las ventas intracomunitarias de bienes. Con esta regla especial se permite que los contribuyentes puedan declarar e ingresar el IVA en el territorio en el que están establecidos, en nuestro caso, en el TAI español, sin que resulte necesario determinar el territorio en el que residen sus clientes. Por último, se da la opción al contribuyente de tributar en destino, aunque no se haya superado el citado límite cuantitativo.

[55] Tal y como se infiere del art. 70 Uno 8º LIVA, y se desarrolla en el art. 22 del Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido.

[56] El régimen de la Unión está previsto en la Sección 3ª del Capítulo XI del Título IX de la LIVA, y comprende los arts. 163 unvicies a 163 quatervicies. La opción por la aplicación de este régimen se desarrolla en el art. 61 terdecíes del Reglamento IVA.

ISSN 2036-7821

fuera de aplicación la regla de cierre prevista en el art. 70 Dos LIVA mencionada *supra*.

Como vemos, un aspecto esencial para poder determinar el lugar de realización del hecho imponible de este tributo y aplicar, en consecuencia, las reglas de localización de la operación, reside en conocer la ubicación (sede, establecimiento, domicilio o residencia) del destinatario de la operación, y éste es, sin duda, un impedimento que dificulta la correcta aplicación y exacción del IVA ante la dificultad de averiguar la identidad del adquirente del NFT, y su residencia/localización, y que deriva de la propia configuración y funcionamiento de la tecnología blockchain. Tal y como reconoce la DGT, en la actualidad, a los transmitentes de NFTs les resulta prácticamente imposible identificar al comprador, con el objeto de poder aplicar, en este caso, la normativa IVA. Afirma, en este sentido que, "el consultante plantea la problemática existente en las transacciones objeto de consulta en relación con la determinación del lugar donde está establecido el cliente dado que dichas transacciones se llevan a cabo a través de plataformas on line de forma anónima toda vez que dichos clientes se identifican únicamente mediante sus "nicks" o alias". Resulta evidente que la DGT es conocedora de la problemática que suscita la identificación del comprador de criptoactivos (NFTs, en este supuesto); si bien, no ofrece, en nuestra opinión, una respuesta satisfactoria a la misma, en cuanto que se limita a transcribir, sin añadir comentario alguno, el contenido de los artículos 24 bis y 24 ter del Reglamento de Ejecución (UE) n.º 282/2011, del Consejo, de 15 de marzo de 2011, por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, que recogen las reglas de determinación de la ubicación del cliente en los servicios tecnológicos[57]. En nuestra opinión, estas normas de localización deberían ser tenidas

[57] El Reglamento de Ejecución (UE) 282/2011, incorpora una serie de reglas para determinar la ubicación del cliente de los servicios tecnológicos. En los arts. 24 *bis*, 24 *ter* y 24 *quater* se incluyen las referidas al lugar de establecimiento del destinatario que no tenga la condición de empresario o profesional. Se establecen, en este sentido, una serie de presunciones en relación al lugar en el que el cliente (consumidor final) se encuentra establecido, tiene su domicilio o residencia. En el caso de prestaciones de servicios electrónicos en ubicaciones como una cabina telefónica, una zona de acceso inalámbrico WIFI, un cibercafé, un restaurante o el vestíbulo de un hotel, en las que el prestador requiera la presencia física en ese lugar del destinatario de los servicios, se presume que el cliente está establecido en dicha ubicación y que es allí donde se produce el uso y disfrute del servicio. Cuando la ubicación esté situada a bordo de un buque, avión o tren que lleve a cabo un transporte de pasajeros dentro del territorio europeo, el país de ubicación es el de partida del transporte de pasajeros (art. 24 bis). En el caso de que los servicios electrónicos se presten a través de una línea fija terrestre, se presume que el cliente (consumidor) se encuentra establecido en el lugar de instalación de la línea fija terrestre; si se prestan a través de redes móviles, en el país identificado por el código de teléfono móvil nacional de la tarjea SIM utilizada para la recepción de los servicios; si se prestan a través de un dispositivo decodificador o similar o una tarjeta de televisión, en los que se utilice una línea fija terrestre, en el lugar en el que se encuentre dicho descodificador o dispositivo similar, o en su defecto, a aquél al que se envíe la tarjeta de televisión. En el supuesto de que no concurran las circunstancias anteriores, se presume que el cliente está establecido en el lugar designado por el

ISSN 2036-7821

en cuenta por la plataforma que intermedia en las transacciones con NFTs, o cualquier criptoactivo en general, para comunicar esta información, junto con los datos específicos de la operación, al transmitente, en este caso, a efectos IVA. Son los operadores de plataforma los que, en su caso, podrían tener acceso a esta información, y no así los obligados tributarios. Como se ha dicho gráficamente, esta circunstancia no le preocupa a la DGT, sencillamente, porque es un problema para el sujeto pasivo del IVA que transmita los NFTs[58], olvidándose, no obstante, que con esta problemática se topa igualmente la propia Administración tributaria.

De este Reglamento Europeo mencionado por la DGT, podemos inferir, por otro lado, que cuando el adquirente no se identifique como empresario o profesional, se entiende que el destinatario es un consumidor final (aspecto éste no referido por la DGT en su contestación)[59]; de tal modo que, en el caso de la venta del NFT, al desconocer la identidad del adquirente, podríamos presumir, con carácter general, que éste es un consumidor final, apelando para ello a lo dispuesto en el art. 19 del Reglamento de Ejecución. En cualquier caso, lo anterior no resuelve el problema de identificar el país o territorio en el que el adquirente del NFT esté establecido, a efectos de poder aplicar la normativa IVA correspondiente.

Otro aspecto relevante sobre el que no se pronuncia la DGT en su Consulta V0486-22 relacionado con la cuantificación del impuesto, es el relativo a la determinación del importe de la contraprestación cuando nos encontramos ante prestaciones de servicios relacionadas con criptoactivos. Lo habitual es que en la transmisión del NFT la contraprestación consista en la entrega de una determinada cantidad de criptomonedas (generalmente, las vinculadas con la propia red blockchain). En tal caso, resulta bastante complejo cuantificar la base imponible a la que aplicar el tipo de gravamen correspondiente para determinar la cuota a ingresar. Ya sabemos que la base imponible de este impuesto está constituida "*por el importe total de la contraprestación de las operaciones sujetas al mismo procedente del destinatario o de terceras personas*" (art. 78 Uno LIVA), y que la contraprestación ha de expresarse, en nuestro caso, en euros. De conformidad con el art. 79 Uno de la LIVA "*en las operaciones cuya contraprestación no consista en dinero se considerará como base imponible el importe, expresado en dinero, que se hubiera acordado entre las partes*", y añade "*salvo que se acredite lo contrario, la base imponible coincidirá con los importes que resulten de aplicar las reglas previstas en los apartados tres y cuatro siguientes*", esto es, las reglas específicas previstas

prestador del servicio electrónico en base a dos elementos de prueba no contradictorios aportados por dicho prestador (art. 24 ter).

[58] PÉREZ POMBO, E.: "El IVA en las operaciones de venta de NFT's", en FiscalBlog, ya citado.

[59] En el art. 19 del Reglamento de Ejecución (UE) 282/2011 se indica que "*salvo que se disponga de información que indique lo contrario, como la relativa a la naturaleza de los servicios prestados, el prestador podrá considerar que los servicios están destinados a los fines de la actividad económica del cliente cuando, para la operación en cuestión, el cliente le haya comunicado su número de identificación individual a efectos IVA*". A contrario sensu, si el cliente no comunica dicho número identificativo, cabe entender que los servicios se destinan a fines privados o particulares.

ISSN 2036-7821

para los supuestos de determinados autoconsumos y transferencia de bienes, y de autoconsumo de servicios. Ahora bien, las criptomonedas han sido calificadas por la DGT, de conformidad con lo señalado por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su conocida Sentencia de 22 de octubre de 2015, *Skatteverket contra David Hedqvist*, C-264/14[60], como divisas. En este sentido, la DGT afirma en la Consulta V1885-21, de 16 de junio, que "bitcoins, criptomonedas y demás monedas digitales son divisas", y añade, "por lo que los servicios financieros vinculados con las mismas están exentos del Impuesto sobre el Valor Añadido en los términos establecidos en el artículo 20.Uno.18 de la Ley 37/1992".

Si se respeta esta controvertida calificación, y se equipara las criptomonedas a las divisas, al intentar determinar el importe de la contraprestación entregada a cambio del NFT tendríamos que aplicar la regla especial prevista en el apartado once del artículo 79 LIVA, conforma a la cual "*en las operaciones cuya contraprestación se hubiese fijado en moneda o divisa distintas de las españolas, se aplicará el tipo de cambio vendedor, fijado por el Banco de España, que esté vigente en el momento del devengo*"; en realidad, en la actualidad, el tipo de cambio oficial será el que publique para el euro el Banco Central Europeo. De este modo, las operaciones que se lleven a cabo en una unidad monetaria distinta del euro deben convertirse en la moneda nacional aplicando el tipo de cambio oficial publicado por el Banco Central Europeo y comunicado al Banco de España, en el momento del devengo, y si en dicha fecha no se hubiera publicado oficialmente el tipo de cambio, se toma el último tipo de cambio oficial publicado con anterioridad[61]. Ahora bien, respecto de las criptodivisas no existe, a

[60] El TJUE considera las criptomonedas como divisas; afirmando que, "el artículo 2, apartado 1, letra c) de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido, debe interpretarse en el sentido de que constituyen prestaciones de servicios realizadas a título oneroso, en el sentido de esta disposición, unas operaciones como las controvertidas en el litigio principal, consistentes en un intercambio de divisas tradicionales por unidades de divisa virtual "bitcoin", y viceversa, y realizadas a cambio del pago de un importe equivalente al margen constituido por la diferencia entre, por una parte, el precio al que el operador de que se trate compre las divisas y, por otra, el precio al que las venda a sus clientes" (apartado 31), y, además, añade que "el artículo 135, apartado 1, letra e) de la Directiva 2006/112 debe interpretarse en el sentido de que constituyen operaciones exentas del IVA con arreglo a dicha disposición unas prestaciones de servicios como las controvertidas en el litigio principal, consistentes en el intercambio de divisas tradicionales por unidades de divisa virtual "bitcoin", y viceversa, y realizadas a cambio del pago de un importe equivalente al margen constituido por la diferencia entre, por una parte, el precio al que el operador de que se trate compre las divisas y, por otra, el precio al que se venda a sus clientes" (apartado 57). Debemos recordar, en este sentido, que el art. 135 apartado 1, letra e) se refiere a la exención en IVA de "*las operaciones, incluidas la negociación, relativas a las divisas, los billetes de banco y las monedas que sean medios legales de pago, con excepción de las monedas y billetes de colección, a saber, las monedas de oro, plata u otro metal, así como los billetes, que no sean utilizados normalmente para su función de medio legal de pago o que revistan un interés numismástico*". Por último, se descarta expresamente por el TJUE que este intercambio de divisas tradicionales por bitcoins puedan equipararse a "*operaciones… relativas a depósitos de fondos, cuentas corrientes, pagos, giros, créditos, cheques y otros efectos comerciales, con excepción del cobro de créditos*" (art. 135.1.d) Directiva 2006/112/CE) y a "*operaciones… relativas a acciones, participaciones en sociedades o asociaciones, obligaciones y demás títulos-valores*" (art. 135.1.f) Directiva 2006/112/CE).

[61] Memento Todo IVA, Francis Lefebvre, apartado 1931 (versión electrónica).

ISSN 2036-7821

día de hoy, un tipo de cambio oficial que resulte aplicable en las operaciones en las que se utilicen como medio de pago, y ello, pese a que han sido calificadas a efectos IVA por el TJUE como "divisas virtuales" y equiparadas, como hemos visto, a las "divisas tradicionales". Además, el tipo de cambio de la criptomoneda puede ser distinto dependiendo de la plataforma de cambio o *exchanger* que se utilice o del *marketplace* en el que se efectúe la transacción. Estamos nuevamente ante un problema aplicativo del impuesto derivado, en este caso, de falta de referencia y homogeneidad valorativa, lo que obligará a los contribuyentes a buscar los medios de prueba que sean oportunos para acreditar la valoración en el mercado de las criptomonedas. Para evitar esta situación se sugerido la posibilidad de que la Administración tributaria pueda publicar un listado de valores o módulos de valoración que facilite la declaración de este tipo de activos y evite una litigiosidad innecesaria, al igual que sucede con otro tipo de bienes (como los vehículos o embarcaciones, por ejemplo)[62]. En cualquier caso, no cabe duda de que esta problemática es una consecuencia indirecta y colateral de la calificación otorgada a las criptomonedas a efectos del IVA. Evidentemente, no se presentarán estas dificultades cuando la transmisión del NFT se haya realizado a cambio de dinero (esto es, entregando como contraprestación monedas fiat).

A) La operación de venta del NFT por el creador no empresario o profesional.

En el caso de que el creador del NFT y del activo digital subyacente objeto de comercialización actúe como un particular, la transmisión del mismo será considerada una operación no sujeta a IVA (art. 4 LIVA); quedando, en cambio, sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, en el que, recordemos, se somete a gravamen, entre otras, "*las transmisiones onerosas por actos "inter vivos" de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de personas físicas o jurídicas*" (art. 7.1.A) del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados), y al que haremos alusión en el apartado siguiente, en cuanto que se considera sujeto pasivo al adquirente del NFT.

4.1.2. *El gravamen de los beneficios derivadas de la operativa con NFTs en los impuestos directos sobre la renta.*

Ante todo, debemos poner de manifiesto, en primer lugar, las dificultades para dirimir en el ámbito de la imposición directa, al igual que hemos visto sucede en la tributación indirecta, si nos encontramos ante una operación puramente interna, o en su caso, internacional; y, en consecuencia, para determinar, de partida, la normativa que resulta aplicable. Ya hemos mencionado los obstáculos con los que se encuentra

[62] CEDIEL, A., y PÉREZ POMBO, E. (2020): *Fiscalidad de las criptomonedas*, Ateliler, Barcelona, pág. 93.

el transmitente del NFT para identificar al comprador y su localización. En el caso de que las operaciones con NFTs se produzcan en un contexto internacional se ha de acudir (si lo hay) al Convenio para evitar la doble imposición que resulte aplicable al caso, para lo cual resultará imprescindible conocer, al menos, el Estado de residencia de las dos partes que intervienen en la operación. Los ingresos que percibe el titular del NFT en la primera transmisión, y también en sucesivas transmisiones, se podrán calificar en el ámbito del Convenio como rentas empresariales[63], o en su caso, como ganancias de capital[64]. En el supuesto de que el NFT represente un activo subyacente protegido por derechos de autor, y en la configuración del *smart contract* se haya incorporado la opción de que en cada transmisión sucesiva se pagará al creador un canon o regalía, dicha cantidad tributará en el Estado de residencia del beneficiario efectivo, esto es, en el que se sitúe el titular de los derechos de explotación del citado activo digital protegido[65].

Descendiendo a nuestro ordenamiento jurídico interno, y a efectos de poder determinar la tributación de las rentas obtenidas por el titular del NFT a raíz de su transmisión, debemos tomar en consideración, como punto de partida, si se trata de una persona física, o una persona jurídica o entidad, con residencia fiscal en nuestro país; estando sujetas dichas rentas al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) o al Impuesto sobre Sociedades (IS), respectivamente; o, en su caso, si se trata de una persona física o una entidad no residente, y las rentas derivadas de la operativa con el NFT se consideran obtenidas en territorio español, al concurrir alguno de los criterios de conexión mencionados en el art. 13 del Real Decreto legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes (TRLIRNR).

En el ámbito del IRPF para delimitar cómo tributan las rentas obtenidas por la transmisión del NFT por parte de su creador, debemos tener en cuenta si dicha transmisión se produce en el ejercicio de una actividad económica, en los términos definidos en el art. 27 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de la Personas Físicas (LIRPF), en cuanto suponen "*la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de*

[63] Según el art. 7 del MCOCDE los beneficios empresariales, incluidos los derivados de la operativa con NFTs, tributarán en el Estado de residencia del sujeto que desarrolla la actividad económica, salvo que se ejerza dicha actividad a través de un establecimiento permanente en el Estado de la fuente. En tal caso, se podrán someter a gravamen los beneficios obtenidos por el establecimiento permanente en el Estado de la fuente.

[64] En el caso de las ganancias de capital obtenidas por la enajenación del NFT, de conformidad con el art. 13 del MCOCDE, que, recordemos, es el seguido por nuestro país al negociar y suscribir la mayoría de sus convenios para evitar la doble imposición, deberán tributar exclusivamente en el Estado de residencia del vendedor de dicho activo virtual. Se aplica, en este supuesto, la regla de cierre en virtud de la cual tratándose de la enajenación de cualquier otro bien distinto de los expresamente mencionados en el citado art. 13 (acciones, buques o aeronaves, entre otros) se reconoce la potestad tributaria exclusiva al Estado de residencia del vendedor.

[65] Véase el art. 12 del MC OCDE.

ISSN 2036-7821

intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios" (art. 27.1 LIRPF). En el resto de los supuestos, las transmisiones de NFTs realizadas al margen de una actividad económica darán lugar a la obtención de rentas que se calificarán como ganancia o pérdida patrimonial, en cuanto que se produce una variación en el valor del patrimonio del contribuyente puesta de manifiesto a partir de una alteración en su composición, de conformidad con el art. 33.1 LIRPF.

Los NFTs se pueden vender en los mercados de criptoactivos a cambio de criptomonedas, otros tokesn o de moneda fiduciaria, mediante subastas u ofertas a precio fijo; si bien, lo más frecuente es que se entreguen criptomonedas a cambio de la transmisión del NFT. Lo anterior tendrá incidencia al cuantificar la posible ganancia (o pérdida) patrimonial obtenida por la transmisión del NFT. En el caso de que se produzca una transmisión del NFT a cambio de moneda fiat, se aplicará la regla general para las transmisiones onerosas, calculándose la posible ganancia o pérdida patrimonial, por la diferencia entre el valor de transmisión (importe real obtenido por la enajenación del que se deducen los gastos y tributos satisfechos por el transmitente) y el valor de adquisición (importe real de la adquisición del NFT, incorporando el coste de inversiones y mejoras realizadas y los gastos y tributos inherentes a la adquisición)[66]. A estos efectos, se dispone que el importe real del valor de enajenación será el efectivamente satisfecho, siempre que no sea inferior al normal de mercado, en cuyo caso prevalecerá éste. Entra en juego el valor de mercado del NFT, con las dificultades que veremos conlleva su determinación tratándose de este tipo de activos digitales.

En el caso de que la transmisión del NFT se realice a cambio de criptomonedas, la operación deberá calificarse, siguiendo la doctrina administrativa, como una permuta[67]. Ello es así porque las criptomonedas en el ámbito de la imposición directa mutan su naturaleza jurídica, con respecto a la que se le reconoce en relación a los impuestos indirectos, al menos, respecto del IVA[68]. Ya hemos señalado que en el ámbito de este impuesto indirecto las criptomonedas se asimilan a las divisas y se

[66] Art. 35 LIRPF.

[67] Se muestra disconforme con esta calificación VILLARROIG, 2018, págs. 197 y 232, que se muestra partidario del establecimiento de un régimen fiscal específico para las criptomonedas que atienda a la función con que se utilizan. En el caso de que se usen como un activo, una propiedad, una inversión, la compraventa de estas criptomonedas deberá tributar como una ganancia o pérdida patrimonial. Por su parte, si se emplean para adquirir bienes o derechos de consumo, en su opinión, debería establecerse un tipo de gravamen especial e incrementado sobre el IVA. Aclara, a su vez, que este régimen debe limitarse a las pequeñas ventas, con lo que a partir de un determinado importe sí que debería ser obligatorio cuantificar la ganancia o pérdida patrimonial (VILARROIG MOYA, R. (2018): "Criptomonedas y otras clases de tokens: aspectos tributarios", en *Blockchain: aspectos tecnológicos, empresariales y legales*, Aranzadi, Cizur Menor, pág. 232).

[68] Se han mostrado especialmente críticos con esta doble naturaleza jurídico-tributaria que se reconoce por la doctrina administrativa a las criptomonedas, CEDIEL, A, y PÉREZ POMBO, E., *cit.*, pág. 75 y 76. Sobre esta específica cuestión, puede consultarse: MONTESINOS OLTRA, S. (2022): "La pragmática incoherencia de la calificación de las criptomonedas a efectos tributarios", *Crónica tributaria*, núm. 183.

ISSN 2036-7821

consideran medios de pago. En cambio, en relación al IRPF, esas mismas criptomonedas dejan de ser consideradas como medios de pago, y pasan a ser calificadas como bienes inmateriales[69]; de tal modo que, cuando se produce una transacción entre NFTs y criptomonedas, esta operación ha de calificarse como una permuta a efectos del IRPF. En tal caso, el art. 37.1. h) LIRPF dispone que se gravará la ganancia derivada de la diferencia entre el coste de adquisición del bien entregado y el mayor de los dos valores siguientes: el valor de mercado del bien o derecho entregado o el valor de mercado del bien o derecho que se recibe a cambio. Está claro que en este supuesto se está procediendo al intercambio entre dos tipos de criptoactivos diferentes: NFTs y criptomonedas. Igual calificación habría que otorgar a la transmisión de NFTs a cambio de otro tipo de tokens (esto es, otros criptoactivos que no sean considerados criptomonedas). En los supuestos planteados, y siguiendo a la DGT[70], nos encontramos ante una permuta, conforme a la definición contenida en el art. 1538 del Código Civil, que dispone que "*la permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra*". Dicho intercambio da lugar a una alteración en la composición del patrimonio del contribuyente, ya que se sustituye un criptoactivo digital único (NFT) por una determinada cantidad de monedas virtuales (criptomonedas) u otro tipo de tokens (criptoactivos), y como consecuencia de esta alteración se pone de manifiesto una variación en el valor del patrimonio materializada en el valor de la moneda virtual, o en su caso, del token que se adquiere, en relación con el valor al que se obtuvo el NFT que se entrega a cambio. En consecuencia, el intercambio entre diferentes tipos de criptoactivos realizado por el contribuyente al margen de una actividad económica da lugar a la obtención de una renta que se califica como ganancia o pérdida patrimonial, conforme al mencionado art. 33.1 LIRPF, que se cuantificará conforme a lo previsto en los arts. 34.1.a), 35 y 37.1 h) LIRPF y que pasará a formar parte de la base imponible del ahorro, según los arts. 46 y 49 LIRPF.

En relación a la problemática fijación del valor de mercado de este tipo de activos digitales, la DGT se pronunció en su Consulta V0999-18, de 18 de abril[71], relacionada

[69] En la Consulta V1149-18, de 8 de mayo de 2018, la DGT afirma que "las monedas virtuales son bienes inmateriales, computables por unidades o fracciones de unidades, que no son moneda de curso legal, que pueden ser intercambiados por otros bienes, incluyendo otras monedas virtuales, derechos o servicios, si se aceptan por la persona o entidad que transmite el bien o derecho o presta el servicio, y que pueden adquirirse o transmitirse generalmente a cambio de moneda de curso legal. Atendiendo a que cada moneda virtual tiene su origen en un protocolo informático específico, distinto ámbito de aplicación, distinta liquidez, valor y denominación, las distintas monedas virtuales son bienes diferentes"; de ahí que, la DGT concluya que el intercambio entre dos criptomonedas distintas (bitcoin y ether) debe calificarse como una permuta.

[70] Nos referimos a la Consulta V1149-18, de 8 de mayo de 2018, en la que la DGT analiza un supuesto de intercambio de una moneda virtual por otra moneda virtual diferente, si bien, como hemos afirmado en el texto, podemos trasladar las consideraciones realizadas a los intercambios de NFTs por criptomonedas, u otros tokens.

[71] El supuesto de hecho planteado en esta Consulta venía referido a la permuta de diferentes criptomonedas (bitcoin, ether, y ripple, básicamente).

ISSN 2036-7821

con la permuta entre diferentes criptomonedas, que dicho valor "es el que correspondería al precio acordado para su venta entre sujetos independientes en el momento de la permuta. En cualquier caso, la fijación de dicho valor es una cuestión de hecho, ajena por tanto a las competencias de este Centro Directivo y que podrá acreditarse a través de los medios de prueba admitidos en derecho, cuya valoración corresponderá efectuar a los órganos de gestión e inspección de la Administración tributaria, teniendo en cuenta que en los procedimientos tributarios habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 106.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que dispone que "*En los procedimientos tributarios serán de aplicación las normas sobre los medios y valoración de la prueba que se contienen en el Código civil y en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, salvo que la ley establezca otra cosa*"".
Por otro lado, si tenemos en cuenta las afirmaciones realizadas por la DGT en esta Consulta, podemos entender que resulta posible la integración de las posibles pérdidas virtuales que se originen en el intercambio entre diferentes criptoactivos (incluidos NFTs), siempre que la operación de permuta que origina dicha pérdida patrimonial y su cálculo se justifique, es decir, siempre que se puedan acreditar a través de los medios de prueba generalmente admitidos en Derecho.
Por otra parte, conviene aclarar que las comisiones que cobran las plataformas que se dedican a la gestión de las transacciones con criptoactivos, por las subastas o compras y ventas en las que intervienen, podrán ser tenidas en cuenta a efectos de determinar los valores de adquisición y de transmisión en el cálculo de la ganancia patrimonial, siempre que estos gastos (comisiones) se originen por la realización de dichas operaciones con las que tienen una vinculación directa y, además, sean satisfechos por el sujeto pasivo[72]. Esta misma solución lógicamente debería aplicarse a cualquier otro gasto inherente y directamente vinculado a la compraventa de criptoactivos, sin que exista impedimento alguno para que ello sea sí, en cuanto que la normativa se refiere a los gastos inherentes a la adquisición o transmisión satisfechos por el adquirente o transmitente, respectivamente, sin limitación alguna en función de la tipología de gasto.
Por último, algunas plataformas de NFTs permiten a los creadores incluir un derecho de remuneración autoejecutable cada vez que se produzca una ulterior transmisión del NFT, de tal modo que con cada transacción se realizará una transferencia de un porcentaje, o en su caso, importe predeterminado en la criptomoneda acordada (raramente en moneda fiat) al monedero (*wallet*) del creador del NFT. Estas rentas se calificarán como *royalties* o cánones, tributando, como ya hemos mencionado en el contexto internacional en el Estado de residencia del autor del contenido protegido

[72] Tal y como ha puesto de manifiesto la DGT, en su Consulta V1604-18, de 11 de junio, respecto de las comisiones cobradas por las casas de cambio o *exchangers* en relación a las operaciones en las que intervienen en relación a las criptomonedas.

ISSN 2036-7821

(art. 12 MC OCDE). En nuestro ordenamiento jurídico, estas rentas tributarán como un ingreso de la actividad económica en IRPF, cuando las perciban los propios autores (art. 27 LIRPF), o en su caso, como un rendimiento del capital mobiliario, cuando el contribuyente no sea el autor (art. 25.4.a) LIRPF).

En relación al Impuesto sobre Sociedades, el tratamiento que reciba el NFT dependerá de la calificación y la contabilización realizada por el sujeto pasivo. Su contabilización, a su vez, dependerá de factores como la finalidad con la que se acuña o adquiere, la función que desempeñe dentro de la actividad de la empresa y su naturaleza[73]. Al respecto, podemos entender que en el caso de entidades que se dediquen a la creación y comercialización de activos digitales únicos e insustituibles (NFTs) como actividad ordinaria de la empresa, dichos activos podrán ser contabilizados como existencias. Por su parte, cuando se vinculen a la entidad de manera permanente se les podrá considerar inmovilizado intangible, en cuanto activos no monetarios sin apariencia física susceptibles de valoración económica, siempre y cuando cumplan los requisitos recogidos en la Norma de Valoración 5ª del Plan General de Contabilidad[74]. En este último supuesto, pueden ser objeto de amortización, conforme a lo dispuesto en el art. 39.4 del Código de Comercio y art. 12.3 LIS[75], sin que las posibles pérdidas por deterioro que se doten por parte del contribuyente sean fiscalmente deducibles, según lo establecido en el art. 13.2 en conexión con el art. 20 LIS.

Por último, respecto del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes, la principal dificultad estriba en determinar cuándo la renta derivada de la operativa con NFTs puede considerarse localizada y obtenida en territorio nacional. Esta renta puede ser calificada como rendimiento de la actividad económica, en cuanto que proceda del ejercicio de una actividad de este tipo, a través de un establecimiento permanente o sin él; o, en su caso, como una ganancia o pérdida patrimonial, fundamentalmente; pero el inconveniente, no reside tanto en la calificación de la renta, como en la aplicación de los criterios de sujeción que respecto de cada una de ellas se prevén en el TRLIRNR. Al respecto, si tenemos en cuenta la propia configuración tecnológica de la cadena de bloques, y especialmente, que las transacciones se realizan y almacenan simultáneamente en una red informática de dispositivos de usuario (nodos) P2P de alcance global, podríamos entender que existe un vínculo o nexo con nuestro

[73] VILLARROIG afirma que "es necesario establecer un tipo de contabilidad específico para las criptomonedas, con unos criterios de valoración bien definidos", dado que "los conceptos vigentes no están diseñados para encajar en la heterogeneidad de los criptoactivos" (*cit.*, págs. 196 y 197).

[74] Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

[75] Podríamos plantearnos, no obstante, siguiendo a VILLARROIG si son realmente amortizables o no, analizando si se deprecian efectivamente por el paso del tiempo, o en su caso, si sería más conveniente que se permitiese el cómputo como gasto fiscal de las pérdidas por deterioro. En relación a las criptodivisas, este autor considera que no son amortizables, y sí deteriorables, atendiendo a que tienen una vida útil indefinida (*cit.*, 2018, pág. 198).

ISSN 2036-7821

territorio en la medida en que existen nodos que puedan entenderse ubicados en él, lo cual permitiría, siguiendo este razonamiento, sujetar a gravamen prácticamente cualquier transacción con tokens. Lo anterior sería, sin duda, un despropósito. Es necesario que exista un nexo físico con el territorio, al menos, mientras no se lleve a cabo una modificación normativa que adapte los criterios de conexión tradicionales al entorno digital. Esta cuestión ha sido tratada por la DGT respecto de las criptomonedas a efectos de la determinación de la vinculación territorial de las ganancias o pérdidas patrimoniales derivadas de su operativa; siendo, en nuestra opinión, dicho criterio aplicable a las posibles plusvalías derivadas de cualesquiera otro tipo de criptoactivos, que recordemos, son calificados en el ámbito de la imposición directa como bienes inmateriales. Al respecto, el art. 13.1. i) TRLIRNR se refiere a las ganancias patrimoniales "*cuando se deriven de otros bienes muebles, distintos de los valores, situados en territorio español o de los derechos que deban cumplirse o ejercitarse en territorio español*". A estos efectos, señala la DGT que "aun cuando los "bitcoin" están representados por registros incluidos en una cadena global compartida en una red P2P, la posibilidad, (…) de que las claves que permiten la gestión y disposición de los "bitcoin" por su titular se pueden encontrar almacenadas a través de la página web de un tercero que ofrezca dicho servicio de almacenamiento, permitiría concluir que, a los exclusivos efectos de la aplicación del IRNR, la citada moneda virtual se encuentra situada en territorio español cuando en dicho territorio radique la entidad con la cual se realiza dicho servicio de almacenamiento, ya que el acceso a los "bitcoin" requerirá el acceso a la página web de la entidad, y por tanto, la necesaria participación de esta última"[76]. En consecuencia, podemos entender que la ganancia o pérdida patrimonial derivada de la transmisión de un NFT por un no residente se someterá a gravamen en el IRNR cuando el NFT se considere situado en territorio español, entendiéndose que concurre esta circunstancia cuando alguno de los prestadores de servicios relacionados con este NFT (como proveedores de carteras o monederos digitales, plataformas de comercio y exchanges, intermediarios financieros, etc) es residente en nuestro país, de conformidad con los criterios fijados en el art. 8 Ley del Impuesto sobre Sociedades.

4.2. *La inversión en NFTs y su tributación*.

Cuando nos encontremos ante una trasmisión de NFTs entre dos particulares, la operación quedará sujeta al ITPAJD, en su modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas. Como ya hemos mencionado, se consideran sujetas a este impuesto, entre otras, "*las transmisiones onerosas por actos "inter vivos" de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de personas físicas o jurídicas*" (art. 7.1.A) del

[76] Consulta de la DGT V1069-19, de 20 de mayo de 2019.

ISSN 2036-7821

Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en adelante, TRLITPAJD). A estos efectos, el NFT puede ser considerado un bien inmaterial o intangible que forma parte de la masa patrimonial de una persona física o jurídica. Ello determina que la Administración tributaria competente (en este caso, la autonómica, al tratarse de un impuesto cedido) puede exigir el gravamen del ITPAJD, en su modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, por cada operación de compraventa de NFTs en la que el transmitente no actúe en el ejercicio de una actividad económica, y por ende, no tenga la condición de contribuyente del IVA. El sujeto pasivo contribuyente, en este caso, será el adquirente del NFT, quien dispondrá de un plazo de un mes desde la realización de la compraventa para presentar la correspondiente autoliquidación por este impuesto. A estos efectos, podemos entender que el devengo se sitúa en el momento en el que se ha validado el bloque que contiene esta operación conforme al protocolo de consenso establecido en la correspondiente cadena de bloques. La cuota será el resultado de aplicar a la base imponible el tipo de gravamen general del 6%, salvo que la Comunidad Autónoma de residencia del comprador haya fijado un porcentaje distinto. Al respecto, la base imponible estará constituida por "*el valor del bien transmitido o del derecho que se constituya o ceda*"; considerándose a efectos de este impuesto que el valor de los bienes y derechos es su "*valor de mercado*", y se aclara, además, que "*se entenderá por valor de mercado el precio más probable por el cual podría venderse, entre partes independientes, un bien libre de cargas*" (art. 10.1 TRLITPAJD).

Así tendría que suceder cada vez que se lleve a cabo una transmisión de cualquier criptoactivo, incluidos también los NFTs, entre particulares. Ahora bien, somos conscientes de que, tal y como se ha puesto de manifiesto, esta eventual tributación o gravamen pende como una amenaza de dudoso cumplimiento y control[77], pues, para empezar en la mayoría de las ocasiones, el adquirente del NFT no conocerá la identidad del transmitente ni tampoco la condición con la que interviene en esta operación, en el sentido de que ignorará si es empresario o profesional, o actúa a título particular; de tal modo que, resultará difícil deslindar si esta operación de compraventa de NFTs se encuentra sujeta a IVA, o en su caso, a ITP. Cierto es, no obstante, que si se trata de una operación sujeta a IVA, y no exenta, el contribuyente IVA debe repercutir al adquirente del NFT, el IVA, y entregarle la correspondiente factura. A su vez, resultará complicado determinar el nexo territorial y las normas de localización de la operación, especialmente para la Administración tributaria, que no dispondrá de los datos identificativos de los sujetos intervinientes en la operación, salvo que éstos se los facililten. Teniendo en cuenta que nos encontramos ante un impuesto cedido, el punto de conexión territorial en los supuestos de adquisición de

[77] Tal y como han puesto de manifiesto CEDIEL, A. y PÉREZ POMBO, E., *cit*., pág. 63.

ISSN 2036-7821

NFTs, o en su caso, de constitución y cesión de derechos reales sobre los mismos, se sitúa en la Comunidad Autónoma donde el adquirente tenga su residencia habitual, si es persona física, o en su caso, su domicilio fiscal, si se trata de una persona jurídica.

La tenencia del NFT será objeto de gravamen en el Impuesto sobre el Patrimonio. No cabe duda de que los criptoactivos, y en particular, los NFTs, atendiendo a su naturaleza esencial de representación digital de valor, con un evidente contenido económico, deben considerarse incluidos en el ámbito de aplicación objetivo de este Impuesto que, recordemos, grava el patrimonio neto de las personas físicas, entendido como el "*conjunto de bienes y derechos de contenido económico de que sea titular, con deducción de las cargas y gravámenes que disminuyan su valor, así como de las deudas y obligaciones personales de las que deba responder*" (artículo 1 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, en adelante, LIP). De este modo, la titularidad de los criptoactivos deberá declararse en este Impuesto en la medida en que son bienes o derechos de contenido económico. Se considera sujeto pasivo, por obligación personal, la persona física que tenga su residencia habitual en territorio español, exigiéndose el IP por la totalidad de su patrimonio neto con independencia del lugar donde se encuentren situados los bienes o puedan ejercitarse los derechos. Tratándose de una persona física no residente se exigirá el impuesto por obligación real "*por los bienes y derechos de que sea titular cuando los mismos estuvieran situados, pudieran ejercitarse o hubiera de cumplirse en territorio español*"[78]. En consecuencia, en el caso de que el titular de los NFTs o cualquier otro criptoactivo, sea residente fiscal en nuestro país, deberá incluir, en su declaración de IP, todos los activos digitales de los que sea propietario. Más complicado resulta determinar el punto de conexión en los supuestos en los que el titular de los NFTs sea una persona física no residente, dada la dificultad de fijar, precisar y averiguar si el NFT se encuentra situado en territorio español, o en su caso, si los derechos o facultades que reconoce respecto del activo subyacente que representa o reproduce pueden ejercitarse o han de cumplirse en territorio español; teniendo en cuenta que, en base a la propia configuración de la infraestructura y tecnología blockchain, la información aparecerá almacenada en todos los nodos que conforman esta red P2P. Para solventar esta problemática podríamos trasladar aquí la misma propuesta de solución comentada en relación al IRNR, y que encuentra su justificación en la Consulta V1069-19, de 20 de mayo.

Superado el anterior obstáculo, al proceder a cuantificar el impuesto, se ha de tener en cuenta que la base imponible viene constituida por el valor del patrimonio neto del sujeto pasivo, y éste se determinará por la diferencia entre el valor de los bienes y derechos de los que sea titular, y las cargas y gravámenes de naturaleza real, cuando disminuyan el valor de los respectivos bienes o derechos, y las deudas u obligaciones

[78] Art. 5 LIP.

ISSN 2036-7821

de las que deba responder (art. 9 LIP). A estos efectos, para calcular el valor de los NFTs, debemos acudir, con carácter general, a la norma residual de valoración que se refiere a los demás bienes y derechos de contenido económico que resulten atribuibles al contribuyente (art. 24 LIP), y que no se mencionen en el resto de normas específicas de valoración, determinando, en consecuencia, su precio de mercado a la fecha del devengo. La base imponible, por tanto, vendrá determinada por el valor de mercado del NFT a 31 de diciembre del año natural. De manera similar, la DGT en su Consulta V2834-21, de 16 de noviembre de 2021, al intentar determinar el criterio de valoración de un "*utility token*" en el Impuesto sobre el Patrimonio, señala que, atendiendo a la naturaleza, y consecuente calificación fiscal, de este activo virtual (cuya tenencia ofrece a su titular determinadas ventajas en la operativa de la plataforma de la entidad emisora cuando contrate determinados servicios o realice determinadas operaciones, sin que dicho activo constituya una participación en fondos propios de la entidad emisora ni de ninguna otra entidad, ni una cesión a terceros de capitales propios); dicho token o activo virtual no se corresponde con ninguna de las categorías de valores a las que se refieren los artículos 13 a 16 de la LIP, y por tanto, deben declararse conforme a lo establecido en el art. 24 de la misma ley, es decir, por su valor de mercado en el momento del devengo del impuesto. Nada dice la DGT acerca de cómo pueda determinarse el valor de mercado de este *utility token* en particular, y ésta es, como venimos diciendo, una de las principales dificultades con las que se encuentran los contribuyentes titulares de este tipo de activos digitales, ya se trate de NFTs, *utility tokens*, o cualquier otro criptoactivo, cuya valoración a efectos fiscales se referencia al valor de mercado, ante la inexistencia de un mercado organizado de este tipo de activos, y teniendo en cuenta, además, que en las plataformas a través de las que se adquieren y transmiten los tokens (que no pueden ser considerados mercados organizados), el valor de estos activos suele diferente en cada uno de ellas. Por último, en el ccaso de que, con el NFT se hayan adquirido los derechos derivados de la propiedad intelectual en relación al activo subyacente representado a través del token, el titular del NFT incluirá estos derechos en su declaración de IP valorándolos por su valor de adquisición, conforme al art. 22 LIP.

5. *Control de la operativa con Nfts e informaciòn tributaria. Una breve reflexiòn final*.

Uno de los principales desafíos que la operativa con criptoactivos plantea a las Administraciones tributarias viene representado por su enorme dificultad, pese a las propias herramientas tecnológicas de las que disponen, para acceder a la información con trascendencia tributaria relacionada con dichos activos digitales protegidos criptográficamente, y que viene motivada, a grandes rasgos, por la falta de transparencia de la propia tecnología en la que se sustentan. La configuración de la

ISSN 2036-7821

tecnología de redes distribuidas que permite registrar transacciones con criptoactivos de manera descentralizada, sin intermediarios, en varios lugares y al mismo tiempo, y además, lo hace con seguridad criptográfica; complica sobremanera que la Administración tributaria pueda conocer la operativa de los sujetos con estos activos, y acceder a los datos esenciales que le permitan cuantificar y exigir las correspondientes obligaciones tributarias.

Para hacer frente a estas dificultades de control se han puesto en marcha en los últimos años diversas iniciativas a nivel internacional, europeo y nacional, con un objetivo común: poner fin a la opacidad de criptomonedas y, en menor medida, tokens. A día de hoy, estos activos virtuales se sitúan (especialmente las criptomonedas de primera generación sin respaldo) en una zona de inadmisible privilegio fiscal provocado por esa falta de información, constituyendo, en nuestra opinión, un significativo exponente de la que podríamos considerar economía sumergida virtual. Hasta la fecha se han alcanzado resultados vinculantes, en cuanto que se han traducido en normas jurídicas (*hard law*), únicamente a nivel interno. En este sentido, en nuestro ordenamiento jurídico tributario se han incorporado dos nuevas obligaciones informativas referidas a la tenencia y operativa con monedas virtuales, con la finalidad de reforzar el control tributario de los hechos imponibles relacionados con este tipo de activos[79]. Estos deberes de información ciñen su ámbito objetivo de aplicación a las monedas virtuales, de tal modo que sólo afectan a las criptomonedas, en cuanto que pueden ser consideradas una especie dentro del género de las monedas virtuales (*virtual currencies*), dejando fuera al resto de criptoactivos, incluidos los NFTs.

En cambio, sí que podemos encontrar una referencia explícita a los NFTs en el documento "Marco internacional para el intercambio de información sobre criptoactivos y enmiendas al CRS", conocido por el acrónimo CARF, *Crypto-Asset Reporting Framework*[80], que ha publicado recientemente la OCDE, con el propósito de

[79] En concreto, se ha establecido una obligación a cargo de los prestadores de servicios de custodia de claves criptográficas privadas, y de los proveedores de servicios de tenencia y cambio de estas monedas, que sean residentes en nuestro país u operen a través de un establecimiento permanente, de informar sobre los saldos que mantienen los titulares de dichas monedas virtuales; así como, de informar sobre las operaciones de adquisición, transmisión, permuta, transferencia, cobros y pagos, relacionadas con monedas virtuales, en las que intervengan (Apartados 6 y 7 de la Disposición Adicional decimotercera de la LIRPF). Igualmente, se establece una obligación a cargo del propio obligado tributario de informar sobre las monedas virtuales situadas en el extranjero de las que sea titular, o tenga la condición de autorizado o beneficiario u ostente algún poder de disposición, y se encuentren custodiadas por personas o entidades que proporcionen servicios de custodia de claves privadas, así como, servicios de mantenimiento, almacenamiento y transmisión de dichas monedas (Apartado 1 de la Disposición Adicional decimoctava de la LIRPF, tras su modificación por la citada Ley 11/2021, de 9 de julio). A estos efectos, podemos entenderlas situadas en el extranjero, cuando la entidad prestadora o proveedora de los referidos servicios no sea residente en territorio español.

[80] OCDE (2022), Crypto-Asset Reporting Framework and Amendments to the Common Reporting Standard, OECD, París (disponible en: https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/crypto-asset-reporting-framework-and-amendments-to-the-common-reporting-standard.pdf; última consulta: 26/10/2022)

ISSN 2036-7821

establecer un nuevo marco global de transparencia fiscal que permita la presentación de informes e intercambio de información en relación a los criptoactivos, y que funcione de un modo similar al estándar de intercambio automático de información sobre cuentas financieras (CRS)[81]. A estos efectos, se aporta una definición de criptoactivo amplia y flexible, que integra cualquier representación digital de valor que se fundamente en una tecnología de registro distribuido o similar para validar y asegurar transacciones, incluidos los tokens no fungibles. En este sentido, se aclara en este documento que el término criptoactivo integra cualesquiera tokens, fungibles o no fungibles, y en consecuencia, se hace alusión expresa a la inclusión de los tokens no fungibles (NFT) que representan derechos sobre coleccionables, juegos, obras de arte, propiedad física o activos financieros que pueden ser negociados o transferidos a otras personas o entidades de manera digital[82].

Al encontrarse los NFTs directamente dentro del ámbito de aplicación de este nuevo estándar internacional de intercambio de información sobre criptoactivos, los proveedores y prestadores de servicios relacionados con tokens no fungibles deberán cumplir los requisitos de recopilación de datos y comunicación de los mismos en relación a las transacciones sujetas a información, así como los procedimientos de diligencia debida para identificar a los usuarios de estos NFTs y las jurisdicciones fiscales pertinentes en las que han de presentarse los correspondientes informes. Se consideran transacciones relevantes a estos efectos: los intercambios entre criptoactivos (incluidos los NFTs) y las monedas fiat; los intercambios entre uno o más tipos de criptoactivos; y las transacciones relacionadas con los denominados "critpoactivos relevantes" [83]; considerándose como tales, aquellos criptoactivos que no sean moneda digital de un banco central, dinero electrónico específico o cualquier otro activo criptográfico que no pueda ser utilizado como medio de pago o inversión[84]. Es cierto en este último sentido que, como reconoce la OCDE, los NFTs pueden ser utilizados en ocasiones como meros artículos de colección y no tanto como medios de pago o activos de inversión; quedando, en tal caso, fuera del ámbito

[81] El *Common Reporting Standard* (CRS) fue aprobado por el Consejo de la OCDE, el 15 de julio de 2014, e insta a las jurisdicciones a obtener información sobre sus instituciones financieras para intercambiar posteriormente dicha información con otras jurisdicciones anualmente. Puede consultarse más información al respecto en: https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/estandar-para-el-intercambio-automatico-de-informacion-sobre-cuentas-financieras-segunda-edicion-9789264268074-es.htm (última consulta: 10/11/2022).

[82] OCDE (2022): *Crypto-Asset Reporting Framework,* cit., pág. 47.

[83] Se definen estos criptoactivos relevantes como "any Crypto-Asset thtat is not a Central Bank Digital Currency, a Specified Electronica Money Product or any Crypto-Asset for which the Rerporting Crypto-Asset Service Provider has adquately determined thta it cannot be usued for payment or inverstment purposes" (OCDE (2022): *Crypto-Asset Reporting Framework,* cit., pág. 19).

[84] En otras palabras, se dejan fuera de este nuevo Marco internacional de intercambio automático de información sobre criptoactivos a los tres tipos de activos digitales mencionados *supra*; esto es, los que representen monedas digitales emitidas por un banco central; los que se consideren dinero electrónico; y, por último, aquellos que no puedan ser utilizados como medios de pago o de inversión.

ISSN 2036-7821

de aplicación de CARF. Ahora bien, antes de llegar a dicha conclusión, es preciso analizar la naturaleza del NFT y su función en la práctica, más allá de la terminología que se utilice, o de las propias estrategias de marketing que haya detrás de los mismos. Cualquier NFT que pueda ser utilizado como medio de pago o como un activo de inversión ha de ser considerado un criptoactivo relevante a estos efectos, de tal modo que los proveedores de servicios relacionados con estos tokens deberán cumplir con los estándares de recogida y comunicación de información y los correspondientes procedimientos de diligencia debida. Es más, parece afirmar la OCDE que el mero hecho de que los NFTs sean objeto de negociación en mercados específicos, permite considerar su uso con fines de pago o inversión[85]. En nuestra opinión, aún en los casos en los que el NFT se haya adquirido como un afán coleccionista, es, sin duda, un activo digital que representa un valor y puede ser negociable o transferible, y en consecuencia, del que se podría obtener un rendimiento en el futuro; en otras palabras, incluso en estos supuestos puede ser considerado un activo de inversión.

En cuanto a la información que ha de ser comunicada por parte de los proveedores de servicios de NFTs en relación a cada usuario, ésta comprende datos identificativos del propio usuario, en función de si es persona física (nombre, dirección, jurisdicción de residencia, Número de Identificación Fiscal, y fecha y lugar de nacimiento, fundamentalmente), o una entidad (nombre social, dirección, jurisdicción(es) de residencia y Número(s) de Identificación Fiscal, entre otros) ; datos identificativos del propio proveedor (como su denominación, dirección y número de identificación, en su caso); y, por último, datos relativos a cada NFT con el que se hayan realizado operaciones en el año natural anterior (como la identificación completa del criptoactivo, el importe total satisfecho, el número total de unidades y el número de transacciones en las adquisiciones a cambio de moneda fiat; idéntica información respecto de las transmisiones a cambio de moneda fiat; el valor de mercado, número de unidades y transacciones realizadas en las adquisiciones, o en su caso, transmisiones de criptoactivos a cambio de otros criptoactivos, entre otros). Con la recopilación, y posterior intercambio de esta información a las jurisdicciones implicadas, se logrará dar una mayor visibilidad al mercado de los NFTs, y criptoactivos, en general.

Resulta evidente que, este nuevo estándar de intercambio automático de información, una vez sea implementado, constituirá un significativo avance en la lucha contra la falta de transparencia de las operaciones realizadas con criptoactivos a nivel internacional. Estamos a la espera de ver cómo es acogido por las distintas jurisdicciones, y por los principales sujetos implicados: los emisores y desarrolladores de criptoactivos, los proveedores y prestadores de servicios respecto

[85] OCDE (2022): *Crypto-Asset Reporting Framework*, cit., pág. 47

de los mismos, y los propios usuarios de este mercado; si bien, compartimos el optimismo de la OCDE, y creemos que gozará de tan buena aceptación como su predecesor, el Estándar CRS[86].

Estamos convencidos de que con este nuevo estándar sobre intercambio automático de información, y el resto de medidas que sucesivamente se adopten, resultarán *beneficiados* no sólo los organismos supervisores y las distintas administraciones (en nuestro caso, la Administración tributaria), sino también los propios usuarios del sistema, especialmente aquellos que se han acercado a este mercado con el propósito de aprovechar las ventajas económicas que pueda ofrecer, y sin un fin ilícito como el blanqueo de capitales, o el fraude y evasión fiscales. Hemos hecho referencia en varias ocasiones a lo largo de este trabajo a las dificultades con las que se encuentra tanto la Administración tributaria, como los propios obligados tributarios para acceder a la información con relevancia fiscal que les permita cumplir con sus obligaciones tributarias, y en particular, a los datos que le permitan identificar al otro sujeto interviniente en el negocio jurídico a efectos de determinar la normativa aplicable y criterios de conexión. Basta recordar, a título ejemplificativo, la Consulta V0486-22, en las que quedan fielmente reflejados los obstáculos con los que se topa el sujeto pasivo de IVA que se dedica a la comercialización de NFTs a través de una plataforma de subastas y ventas para identificar a los adquirentes, aplicar las reglas de localización de las operaciones y proceder a su valoración. En este sentido, somos partidarios de que la información que sea recopilada por el proveedor o prestador de servicios relacionados con criptoactivos a efectos de cumplir con el CARF, se encuentre igualmente a disposición del propio usuario afectado (al que se refieren dichos datos) para que pueda utilizarla, en su caso, para acreditar sus operaciones con criptoactivos frente a terceros, incluida la Administración tributaria. El que exista una mayor transparencia *ad extra* proporcionará una mayor confianza y seguridad a todos los actores implicados, quizá también a quienes recelan de este mercado por su volatilidad, complejidad y opacidad, y tal vez constituya un desincentivo para quienes se acercan al mismo con un interés meramente especulativo, y en ocasiones, ilegítimo.

[86] En el siguiente enlace se puede visualizar el grado de implementación del Estándar CRS por los distintos países:https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/crs-implementation-and-assistance/crs-by-jurisdiction/#d.en.345489 (última consulta: 08/11/2022).

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La responsabilità del Comune inerte per danno da *movida*

di Angelo Piazza

(Professore associato di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Roma "Foro Italico")

Sommario

1. Il caso. – 2. Il quadro normativo. – 3. La legittimazione passiva del Comune. – 4. Il nesso causale tra la politica di gestione del territorio e i danni patiti dai residenti. – 5. Il danno non patrimoniale da immissioni intollerabili. – 6. La prova del danno. – 7. Conclusioni

Abstract

It is known that often from specific events that pertain to the daily life of every city big questions arise, which in reality pertain to the basic principles of a civil coexistence, as well as to the relationships between rights - different and sometimes apparently irreconcilable - of citizens, and finally again to the relationship between administration and the administered, between authority and citizenship.

Our cities are places of life and work, but also of leisure and entertainment for the young people who live there and for tourists. In the historic centres, often charming but with spaces adapted to the needs of many centuries ago, there are often the busiest and most fashionable clubs.

Often then there is a tendency to have fun in the evening hours, in which those who work actually begin to enjoy rest and sleep. It is the "nightlife" that - disappeared during the lockdown periods due to the health emergency - has forcefully returned to the fore with the return to normal life.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

Premessa.

E' noto che spesso da specifiche vicende che attengono alla quotidianità della vita di ogni città sorgono grandi questioni, che attengono in realtà ai principi di base di una civile convivenza, nonché ai rapporti tra diritti – diversi e talora apparentemente inconciliabili - dei cittadini, e infine ancora alla relazione tra amministrazione e amministrato, tra autorità e cittadinanza.

Le nostre città sono luogo di vita e di lavoro, ma anche di svago e divertimento per i giovani che vi abitano e per i turisti. Nei centri storici, spesso affascinanti ma con spazi modulati su esigenze di molti secoli fa, si trovano sovente i locali più frequentati e più alla moda.

Spesso poi si tende al divertimento nelle ore serali, in cui chi lavora in realtà inizia a godersi il riposo e il sonno. E' la "*movida*" che – scomparsa durante i periodi di *lockdown* dovuti alla emergenza sanitaria – è ritornata prepotentemente alla ribalta con il ritorno alla normalità della vita.

In un mondo ideale, tutti gli interessati troverebbero il modo di individuare il rispetto degli spazi di ognuno; in un mondo semi-ideale la autorità detta le regole e i titolari dei locali con i loro avventori le rispettano; nel mondo reale le regole – quando dettate – non vengono seguite e il cittadino che le invoca ne pretenderebbe il rispetto tramite la autorità che latita.

Su questo tema è sorto quindi un rilevante contenzioso, che prevalentemente è stato attivato da cittadini disturbati nelle loro attività e nel loro riposo, nei confronti dei titolari dei locali che non rispettano le regole su orari di apertura/chiusura, sulle modalità di somministrazione, sulle misure di mitigazione dei rumori e delle altre emissioni moleste.

Qui intendiamo peraltro occuparci di un tema parallelo ma con sue peculiarità: la tutela del cittadino, a fronte di intollerabili fenomeni di "*movida*" che ledono i loro diritti, anche quelli inviolabili come la salute, nei confronti però delle autorità che non pongono regole adeguate a regolare e contemperare il fenomeno, o non ne curano adeguatamente il rispetto. Muovendo da un esame di una sentenza di tribunale di merito, che affrontando la tematica costituisce la occasione per affrontare alcuni degli aspetti del tema.

1. Il caso.

Con la decisione n. 1261 del 15 marzo 2021, il Tribunale di Torino ha avuto l'occasione di affrontare un tema di stretta attualità, pronunciandosi su un controversia avente ad oggetto una situazione purtroppo piuttosto comune, che, peraltro, già si ripropone nello scenario post pandemico: la movida notturna e i disagi patiti dai residenti.

ISSN 2036-7821

La peculiarità del caso specifico sta nel fatto che i ricorrenti non hanno agito, come accaduto in altre fattispecie sottoposte al vaglio della giurisprudenza, nei confronti di uno o più locali, bensì nei confronti della Amministrazione comunale interessata[1].
Precisamente, i residenti di un quartiere di Torino - popolato da diversi locali molto frequentati - si rivolgevano all'autorità giudiziaria lamentando il continuo disturbo determinato dalle immissioni rumorose causate dalla *movida* che si svolgeva sotto le loro finestre e intorno alle loro case, con conseguente compromissione della loro serenita`, del riposo e della vivibilita` dell'abitazione. Chiedevano, dunque, al Tribunale di condannare il Comune a far cessare le turbative e a risarcire i danni non patrimoniali derivanti dalle immissioni rumorose illecite, anche indipendentemente dalla prova di un pregiudizio alla salute.
Dal canto suo, il Comune si difendeva deducendo di aver fatto la propria parte, e nello specifico di aver sanzionato tutti gli esercenti che non avevano rispettato i limiti acustici o adottato le prescrizioni imposte, di aver fatto monitorare la situazione dall'ARPA annualmente, e infine di aver adottato vari provvedimenti per garantire la quiete pubblica.
Il Tribunale, espletata l'istruttoria, ha riconosciuto ai ricorrenti il risarcimento del danno non patrimoniale, liquidandolo in via equitativa. In ordine, invece, ad eventuali misure di contenimento della rumorosità, come l'adozione di un piano di risanamento o la decurtazione degli orari di apertura dei locali, il giudice torinese ha rilevato di non poter intervenire in quanto trattasi scelte discrezionali proprie dell'Ente locale nel governo del suo territorio; spetta, pertanto, al Comune fare un'analisi approfondita della situazione complessiva, intervenendo con misure d'urgenza piu` pregnanti di quelle in precedenza adottate.

[1] Un precedente analogo si rinviene nella decisione del Tribunale di Brescia del 26 settembre 2017, n. 2621, con nota di P. GATTO, *Responsabilità del Comune in caso di immissioni sonore provenienti dalla strada pubblica*, in *Ridare.it*, 6 agosto 2018.
In quel caso, il Tribunale aveva condannato il Comune a far cessare le turbative e a risarcire agli attori il danno non patrimoniale; nonostante l'assenza di danno biologico, era stato valorizzato il diritto al normale svolgimento della vita familiare all'interno della propria abitazione. Il Comune, inoltre, era stato condannato al rimborso delle spese sostenute dagli attori per l'insonorizzazione dei propri immobili; venivano, invece, respinte sia la domanda di risarcimento per deprezzamento dell'immobile, sia la perdita della caparra per non aver potuto cedere l'appartamento.
Si segnala un'altra interessante pronuncia, successiva a quella in commento, adottata dal Tar Lombardia il 19 maggio 2021, n. 1214, che ha visto anche in questo caso riconosciute le ragioni del condomino ricorrente che aveva agito per l'ottemperanza di due precedenti pronunce già favorevoli emesse dal Tar lombardo, la 1979 del 16 novembre 2019 e la 2054 del 2 novembre 2020. Nella precedente sentenza 2054/2019, il Tar aveva accolto l'impugnazione avverso il silenzio dell'amministrazione comunale a fronte dell'istanza di adozione di ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare la situazione di intollerabile inquinamento acustico, con conseguente ordine all'amministrazione di provvedere.

ISSN 2036-7821

2. Il quadro normativo.

Nel caso affrontato dalla sentenza in commento, la tutela richiesta dai ricorrenti è doppia: la prima, garantita dall'art. 844 cod. civ., preordinata all'inibizione del protrarsi delle immissioni e al ripristino dello *status quo ante*; la seconda, *ex* art. 2043 cod. civ., volta ad ottenere il risarcimento del danno.

Invero, le immissioni illecite, come affermato in più occasioni dalla giurisprudenza di legittimità, costituiscono un fatto illecito perseguibile, in via cumulativa, sia con l'azione diretta a farle cessare (avente carattere reale e natura negatoria), che con quella intesa ad ottenere il risarcimento del pregiudizio che ne sia derivato (di natura personale)[2].

Sul concetto di "illiceità" delle propagazioni, occorre partire dal dettato dell'art. 844 cod. civ.[3], che dichiara lecite le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino, se non superano la normale tollerabilità, avuto anche riguardo alla condizione dei luoghi[4].

La valutazione della sopportabilità delle immissioni ruota quindi intorno al criterio della "normale tollerabilità" che si propone come spartiacque tra immissioni tollerabili ed intollerabili, e, dunque, tra immissioni lecite e illecite.[5]

Nel caso in esame, è indubbio che ci si trovi in presenza di immissioni intollerabili; il superamento della soglia di normale tollerabilità fissata in via generale dal legislatore è dimostrato dall'istruttoria svolta, e in particolare dalla perizia fonometrica del CTU, ove si osserva che i rilievi fonometrici *"...dimostrano e confermano che il limite*

---

[2] Cass. civ., Sez. II, 2 giugno 2000, n. 7420, in *Giur. It.*, 2001, 2, 242.

[3] Per una ricognizione in materia di immissioni, v., tra i vari, M.C. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *La proprietà*, Milano, 2017, 159 ss.; A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, Milano, 2017, 272 ss.; M.A. MAZZOLA, *Le immissioni*, in *Proprieta` e diritti reali*, a cura di R. Clarizia, Torino, 2016, 373 ss.; C. SALVI, *Immissioni*, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, 8; G. VISINTINI *Immissioni (Dir. Civ)*, in *Noviss. Dig. It.*, Appendice, III, Torino, 1982, 1220.

[4] E' importante sottolineare quanto precisato dalla giurisprudenza di legittimità, la quale afferma che "*Il limite di tollerabilita' delle immissioni rumorose non e', invero, mai assoluto, ma relativo proprio alla situazione ambientale, variabile da luogo a luogo, secondo le caratteristiche della zona e le abitudini degli abitanti, e non puo' prescindere dalla rumorosita' di fondo, ossia dalla fascia rumorosa costante, sulla quale vengono ad innestarsi i rumori denunciati come immissioni abnormi (c.d. criterio comparativo), sicche' la valutazione ex articolo 844 c.c., diretta a stabilire se i rumori restino compresi o meno nei limiti della norma, deve essere riferita, da un lato, alla sensibilita' dell'uomo medio e, dall'altro, alla situazione locale. Spetta, pertanto, al giudice di merito accertare in concreto il superamento della normale tollerabilita' e individuare gli accorgimenti idonei a ricondurre le immissioni nell'ambito della stessa, supponendo tale accertamento un'indagine di fatto (…)*". Così, Cass. civ., Sez. II, sentenza 20 gennaio 2017, n. 1606, *in Repertorio Foro Italiano* 2017, *Proprietà*, n. 30 , *in Mass.* 2017, 69.

[5] Sembra opportuno rammentare che, a tale criterio principale, se ne aggiungono altri due previsti dal secondo comma dell'art. 844 cod. civ., di cui uno obbligatorio e uno facoltativo e sussidiario.

Il primo consiste nel contemperamento, da parte del giudice, delle esigenze della produzione con le ragioni della proprieta`; il criterio facoltativo, invece, è quello della priorità di un determinato uso, di cui il giudice "può" e non "deve" tener conto.

L'intento perseguito dalla norma appare chiaro, la proprietà deve essere tutelata ma non a discapito dello sviluppo economico ed industriale del Paese, anche se pyre tali ultime esigenze vanno contemperate con quelle del proprietario: un equilibrio affidato anche al saggio esercizio della discrezionalità del giudicante.

ISSN 2036-7821

differenziale notturno, all'interno delle abitazioni degli attori a finestre aperte, risulta sempre superato".

Merita attenzione, quindi, il successivo passaggio logico compiuto dal giudice torinese, il quale, una volta accertata l'intollerabilità delle immissioni, osserva tuttavia – in accordo con le considerazioni svolte dal resistente – che cio` che accade nelle strade e nelle piazze del quartiere non dipende da eventi organizzati o autorizzati dal Comune, ma dalla libera aggregazione di un numero eccessivo e incontrollato di persone, attirate dalla presenza dei numerosissimi esercizi commerciali. Pertanto, le "propagazioni" che raggiungono le case dei ricorrenti si situano al di fuori di una condotta positiva del Comune, essendo riconducibili – inequivocabilmente – alla *movida*.

L'indagine – si legge nella decisione – attiene dunque a un profilo diverso: occorre stabilire se davvero il Comune abbia posto in essere tutto quanto era in suo potere/dovere per ricondurre le immissioni rumorose entro i limiti previsti per ciascuna zona, secondo la sua classificazione acustica, e, in generale, per evitare o contenere gli altri effetti nocivi della *movida*. Il nesso causale tra i danni patiti dai ricorrenti e le azioni o le omissioni del Comune è da ricercarsi, dunque, secondo la norma generale dell'art. 2043 cod. civ.

E ovviamente a tal fine occorre valutare la natura di responsabilità diretta derivante dalla condotta anche omissiva della Ammnistrazione, alla luce della lesività della stessa condotta.

3. La legittimazione passiva del Comune.

Un aspetto centrale della questione giuridica sottoposta al vaglio del Tribunale riguarda la legittimazione passiva del Comune per i danni subiti dai residenti a causa della *movida*.

Per sostenere il difetto di legittimazione passiva, la amministrazione municipale resistente rileva che "*il principale elemento di disturbo proviene dagli esercizi commerciali e dal comportamento abnorme degli avventori e di coloro che, in genere, popolano le strade della movida*". Pertanto, il Comune non potrebbe essere chiamato a rispondere per l'illecita condotta di terzi.

Ebbene, a parere del Tribunale, non può escludersi la legittimazione passiva del Comune per aver intrapreso e mantenuto una politica errata di gestione del territorio, per aver adottato provvedimenti privi della dovuta efficacia contenitiva dei rumori e per aver omesso di vigilare sull'area comunale interessata dalla *movida*.

Benchè la genesi dei rumori sia evidentemente addebitabile a terzi, si deve quindi stabilire se davvero il Comune abbia posto in essere tutto quanto era in suo potere – meglio e più precisamente ancora in suo dovere - per ricondurre le immissioni

ISSN 2036-7821

rumorose entro i limiti previsti per ciascuna zona, secondo la sua classificazione acustica, e, in generale, per evitare o contenere gli altri effetti nocivi del fenomeno.
Se tale analisi giunge a conclusioni negative, può ricostruirsi una diretta responsabilità dell'Ente locale, quantomeno sul piano di condotta omissiva.

4. Il nesso causale tra la politica di gestione del territorio e i danni i danni patiti dai residenti.
Nell'indagine circa la sussistenza di una responsabilità in capo al Comune per le immissioni acustiche, il Tribunale di Torino parte dall'analisi delle fonti normative che attribuiscono specifiche competenze in capo all'Ente locale.
In particolare, si fa riferimento alla legge n. 447 del 26 ottobre 1995 (legge quadro sull'inquinamento acustico), la quale individua, all'art. 6, le specifiche competenze dei Comuni; vengono in rilievo l'adozione di regolamenti per l'attuazione della disciplina statale e regionale e i piani di risanamento acustico, disciplinati dal successivo art. 7. L'art. 14, richiamato dall'art. 6, regola la materia dei controlli, e l'art. 9 prevede l'adozione di ordinanze contingibili e urgenti per il ricorso temporaneo a forme di contenimento e di abbattimento delle emissioni sonore, inclusa l'inibizione totale o parziale di determinate attività. I piani di risanamento devono individuare la tipologia e l'entità dei rumori e l'individuazione delle priorità, delle modalità e dei tempi necessari per raggiungere l'obiettivo, anche attraverso l'adozione di misure cautelari a carattere d'urgenza.
Viene richiamata, inoltre, la legge n. 52 del 20 ottobre 2000 della Regione Piemonte che ha ripreso gli stessi temi, attribuendo ai Comuni la competenza rispetto ai piani di risanamento acustico, agli interventi in caso di superamento dei valori di attenzione e, in generale, a ogni attività di controllo, contenimento e abbattimento dell'inquinamento da rumore.
Nel caso che ci occupa, il Comune ha utilizzato i poteri di cui dispone *ex lege* con una serie di interventi.
Osserva, tuttavia, il giudice torinese che si tratta di interventi che si sono rilevati insufficienti. Il Comune, pur non ignorando il problema della *movida*, non ha adottato alcun piano di risanamento acustico, non ha controllato il flusso delle persone e non ha regolato in modo adeguato gli orari delle attività.
Il Comune avrebbe dovuto procedere a "*un'analisi approfondita della situazione complessiva, verosimilmente quella richiesta dal piano di risanamento acustico, intervenendo, nel frattempo, con misure d'urgenza assai più pregnanti di quelle fin qui adottate*".
In particolare, nella decisione si evidenzia che "*Se c'è gente ovunque significa che nessuno degli esercenti ha rispettato l'obbligo di controllarne l'afflusso nelle proprie adiacenze: dunque, assai piu` locali avrebbero dovuto essere sanzionati o chiusi. Se un numero imprecisato di* dehors *ha invaso il suolo pubblico e vi si svolgono attività, non consentite, di somministrazione di alimenti e bevande, il Comune avrebbe dovuto revocare i relativi atti*

ISSN 2036-7821

autorizzativi, sino a liberare le strade e a concentrare le consumazioni all'interno dei locali (…)".

Centrale è, poi, la questione dei limiti orari piuttosto ampi; il che, rileva il giudicante, "*equivale a permettere tutto: nella sostanza, l'assembramento degli avventori puo` continuare fino a notte fonda e, verosimilmente, protrarsi, prima che la folla si diradi, ben oltre gli orari pur permissivi*".

Sulla base di tali elementi, conclude il Tribunale che non si puo` negare che sussista il nesso di causalita` tra cio` che accade nel quartiere e le scelte (o anche le non scelte o inerzia) del Comune. L'eccessivo e persistente affollamento del quartiere, con i conseguenti pregiudizi a danno di residenti, è fatto dipendere dalle misure carenti o insufficienti poste in essere dal Comune.

La fattispecie in esame diverge dai consueti dibattiti sulle immissioni che tradizionalmente trattavano, in prevalenza, questioni relative alla misura delle immissioni ma, in ogni caso, sempre in ragione di responsabilità commissiva, affrontando, al contrario, una ipotesi di responsabilità omissiva della Pubblica Amministrazione.

Ebbene è noto che, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale[6], la responsabilità della Pubblica Amministrazione per il risarcimento dei danni causati da una condotta omissiva sussiste non soltanto nel caso in cui questa si concretizzi nella violazione di una specifica norma, istitutiva dell'obbligo inadempiuto, ma anche quando detta condotta si ponga come violazione del principio generale di prudenza e diligenza, di cui è espressione l'art. 2043 cod. civ.

Nella fattispecie in esame si può ritenere che il Comune abbia violato non solo il generale principio del *neminem laedere*, ma anche lo specifico obbligo di prevenire, reprimere e sanzionare le condotte che integrano la fattispecie del disturbo alla quiete pubblica prevista dall'art. 659 c.p.

Si evidenzia di certo in tema un delicato problema, attinente al limite della discrezionalità della amministrazione e alla sindacabilità in sede giurisdizionale delle sue scelte (o non scelte).

Appare chiaro inoltre che la generalizzazione del suddetto principio rischierebbe di rendere responsabile l'Amministrazione nel caso di condotte illegittime, poste in essere da un *quisque de populo*. Quindi si tratta di fattispecie da valutare con particolare rigore ricostruttivo ed interpretativo.

In proposito va rilevato che le norme indicate dal Tribunale pongono in capo alla amministrazione comunale una serie di obblighi specifici, inerenti alla adozione di misure anche provvedimentali, la cui emanazione può al più essere ritenuta discrezionale (e solo in limitata parte, dovendosi muovere da verifiche e accertamenti tecnici) in ordine al contenuto precettivo, ma non per quanto riguarda l'*an* della

[6] *Inter alia* Cass. civ., Sez. III, 19 dicembre 2013, n. 28460, in *Danno e responsabilità*, 2014, 8-9, 809.

ISSN 2036-7821

doverosa adozione. E correttamente la sentenza accerta appunto una omissione precisa in capo all'Ente locale convenuto dai cittadini.
Ne inferisce, quindi, la sentenza che nel caso in esame risulta evidente che i provvedimenti e le attività poste in essere dal Comune sono stati del tutto carenti, così come la complessiva azione amministrativa intesa alla gestione e repressione del fenomeno della *movida* molesta.
Evidenzia il Tribunale che la condotta del Comune manifesta la scelta, nel contemperamento tra il bisogno di sonno dei residenti da un lato, e dall'altro quello dei commercianti di ottenere i loro guadagni e quello dei giovani di divertirsi, di privilegiare senz'altro le ultime due esigenze a scapito della prima.
Ora, può osservarsi che, ove la norma lasciasse alla piena valutazione dell'Ente tale contemperamento, si potrebbe porre un tema delicato di rispetto dell'area di insindacabilità del merito amministrativo; ma quando – come nella fattispecie ha valutato il Tribunale – risulta uno specifico inadempimento della Amministrazione rispetto ad obblighi normativi che hanno a monte compiuto la scelta di fondo di tale contemperamento, la violazione può *ex se* determinare il presupposto per il sorgere della responsabilità civile del Comune per i danni subiti dai cittadini.

5. Il danno non patrimoniale da immissioni intollerabili.
Nel riconoscere il risarcimento del danno non patrimoniale da immissioni, il giudice torinese si è conformato all'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione secondo cui "*... va data continuità all'indirizzo interpretativo di recente espresso in sede di legittimità, in forza del quale il danno non patrimoniale conseguente a immissioni illecite è risarcibile indipendentemente dalla sussistenza di un danno biologico documentato, quando sia riferibile alla lesione del diritto al normale svolgimento della vita familiare all'interno della propria abitazione e al diritto alla libera e piena esplicazione delle proprie abitudini quotidiane, trattandosi di diritti costituzionalmente garantiti, la cui tutela è ulteriormente rafforzata dall'art. 8 della convenzione europea dei diritti dell'uomo, norma alla quale il giudice interno è tenuto a uniformarsi*"[7].
Dalla decisione in esame emerge dunque – in linea con la più recente giurisprudenza di legittimità – l'affermazione di nuovi diritti "inviolabili", come quello al riposo notturno, al sonno, al tranquillo svolgimento delle normali attività e al godimento dell'habitat domestico e di quartiere.
Sembra opportuno evidenziare che, sebbene le immissioni rumorose non siano di regola fonte di danni materiali, bensì di un calo di qualità della vita di chi vive nel fondo vicino, la risarcibilità del danno non patrimoniale da immissioni indipendentemente dal danno alla salute non è stata sempre ammessa.

[7] Cass. civ., Sez. Un., 1 febbraio 2017, n. 2611, in *Resp. Civ. e prev.*, 2017, 3, 821, con nota di A. DINISI, *Immissioni intollerabili e danno non patrimoniale da lesione del diritto al godimento dell'abitazione*.

ISSN 2036-7821

Il tema, come si può facilmente intuire, si pone all'interno del percorso evolutivo – interpretativo che ha caratterizzato la categoria del danno non patrimoniale, di cui è impossibile qui ripercorrere tutte le tappe[8]. E' sufficiente, tuttavia, richiamare brevemente le sentenze gemelle del 2008, una delle quali proprio in materia di immissioni di rumori, ove si è affermato che «*non vale, per dirli risarcibili, invocare diritti del tutto immaginari, come il diritto alla qualità della vita, allo stato di benessere, alla serenità: in definitiva il diritto ad essere felici. Al di fuori dei casi determinati dalla legge ordinaria, solo la lesione di un diritto inviolabile della persona concretamente individuato è fonte di responsabilità risarcitoria non patrimoniale*"[9]. Si rammenta che, in tale occasione, la Suprema Corte ha precisato altresì che il danno non patrimoniale è categoria

[8] L'approdo giurisprudenziale sulla risarcibilità del danno non patrimoniale è di certo lontano dai rigorosi limiti imposti dall'art. 2059 c.c. che concepivano il solo danno morale, il c.d. *pretium doloris*, inteso come sofferenza psichica transitoria conseguente al pregiudizio subito, con esclusione delle lesioni all'integrità ed alla salute della persona considerati danni materiali, risarcibile ex art. 185 c.p. in presenza di una fattispecie di reato, anche se accertato in astratto e sulla base di semplici presunzioni legali. Tuttavia, questa concezione economica del diritto privato è stata gradualmente abbandonata in favore della preminenza dei valori della persona e della tesi che riteneva inadeguata l'impostazione tradizionale secondo la quale non erano risarcibili le lesioni dei diritti fondamentali. Con le note sentenze della Cassazione, terza sezione civile, nn. 8827 e 8828 del 31 maggio 2003 (in *Rassegna di diritto civile*, 2005, 1112 ss., con nota di G. CAIAFFA, *L'art. 2059 c.c.: profili riparatori (e risarcitori?) del danno alla persona*) viene superato il principio che faceva coincidere il danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. con il solo danno morale soggettivo, giungendo ad un sistema risarcitorio del danno alla persona bipolare, contraddistinto solo dal danno patrimoniale e dal danno non patrimoniale.

In tale sistema è dunque compreso il danno morale soggettivo, il danno biologico e il danno da lesione di altri interessi di rango costituzionale inerenti alla persona, o anche detto esistenziale, sempre nei limiti dell'art. 2059 c.c. In questo quadro sono intervenute le sezioni unite della Cassazione con le quattro sentenze gemelle nn. 26972, 26973, 26974 e 26975 dell'11 novembre 2008 (tutte in *Rivista di diritto civile*, 2009, II, 97), rivisitando alcuni dei più importanti tasselli della responsabilità civile e le questioni più dibattute in materia di danno non patrimoniale. In particolare queste pronunce, hanno chiarito che la formula "danno morale" non individua una autonoma sottocategoria di danno, ma descrive, tra i vari possibili pregiudizi non patrimoniali, un tipo di pregiudizio, costituito dalla sofferenza soggettiva, che consegue alla ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona, costituzionalmente garantito e che, per essere risarcito, non è soggetto al limite derivante dalla riserva di legge correlata all'art. 185 c.p. Dopo le sentenze delle sezioni unite del novembre 2008 si è aperto un ampio dibattito in seno ai Tribunali italiani in ordine ai criteri di determinazione del punto delle tabelle normalmente utilizzate per la liquidazione del danno biologico. Sulla evoluzione del danno non patrimoniale si rinvia, senza pretesa di esaustività, a: M. FRANZONI, *Il danno alla persona*, Milano, 1995; E. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali - Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2004; U. GRASSI, *I danni non patrimoniali ed il "doppio" art. 2043 c.c.*, in *Rassegna di diritto civile*, 2008, 943 ss.; G. PONZANELLI, *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, Padova, 2004; ID, *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, Padova, 2007; C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 342.

[9] Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Giur.it.*, 2009, 10, 2196.

Sulla stessa linea vedi anche Cass. civ., Sez. II, 19 agosto 2011, n. 17427, *La responsabilità civile*, 2012, 8-9, 610, con nota di G. BELLI, *Immissioni intollerabili e serenità personale: quale interesse è meritevole di tutela*. Nella decisione, si afferma che per la riparazione del danno non patrimoniale da immissioni intollerabili è necessaria la dimostrazione della sussistenza di un fatto illecito che costituisce reato o, quantomeno, la lesione di un valore della persona tutelato dalla Costituzione. Ne consegue che sono immeritevoli di tutela, qualora non arrechino nocumento all'integrità psicofisica, quei pregiudizi consistiti in disagi, fastidi, disappunti, ansie ed insoddisfazioni concernenti gli aspetti più disparati della vita quotidiana, nè possono essere qualificati come diritti risarcibili del tutto immaginari, come il diritto alla qualità della vita o allo stato di benessere e serenità.

ISSN 2036-7821

generale non suscettibile di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate, abbandonando quindi le sottocategorie del danno esistenziale, danno estetico, danno alla vita di relazione etc., le quali non possono essere considerate fattispecie autonome di risarcimento.

Soltanto più tardi si è assistito a un ampliamento dell'area giustiziabile del danno da immissione intollerabili che abbiano arrecato nocumento a nuovi interessi rilevanti come il diritto al rispetto della vita privata e familiare[10].

Tale orientamento, seguito dalla decisione in commento, appare discostarsi dalle direttive delle Sezioni Unite nelle sentenze di S. Martino, riammettendo la possibilita` che si configuri un pregiudizio di tipo esistenziale indipendente dalla lesione del diritto alla salute da cui generalmente si fa discendere. Nel caso che ci occupa, il fondamento di tale danno e` stato rinvenuto nella lesione del diritto al normale svolgimento della vita familiare all'interno della propria abitazione e al diritto alla libera e piena esplicazione delle proprie abitudini quotidiane, quali diritti costituzionalmente garantiti.

Significativo è, poi, il riferimento del giudice torinese, in continuità con la più recente giurisprudenza di legittimità, all'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, che sancisce l'inviolabilita` del diritto umano al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza.

E' opportuno rilevare che la norma e` stata piu` volte richiamata dalla Corte di Strasburgo in pronunce relative al tema delle immissioni, ove è stato evidenziato che il diritto al rispetto del domicilio deve essere inteso non solo come diritto ad un mero spazio fisico, ma come facolta` di godimento, in tutta tranquillita`, di detto spazio; di conseguenza le relative lesioni non si limitano a violazioni materiali o fisiche, ma comprendono anche violazioni immateriali, come il rumore, le emissioni, gli odori, o altre forme di interferenze allorchè queste impediscono alla persona di godere del proprio domicilio[11].

---

[10] V. Cass. civ., Sez. II, 31 ottobre 2014, n. 23823, *Foro it.*, 2015, I, 2109, con nota di P. PARDOLESI, *La matrice degli strumenti rimediali da immissioni intollerabili*, dove si evidenzia come attraverso lo strumento di cui all'art. 844 c.c. si possa ottenere la cessazione del comportamento lesivo, oltre, ovviamente, al risarcimento del danno patrimoniale conseguente alla lesione del diritto dominicale, nonche` il risarcimento del danno non patrimoniale ove siano stati lesi i valori della persona, in particolare della salute di chi ha il diritto di godere il bene compromesso dall'immissione.

Vedi anche Cass. civ., Sez. III, 5 febbraio 2018, n. 2668; Cass. civ., Sez. II, 28 agosto 2017, n. 20445; Cass. civ., Sez. II, 4 luglio 2017, ord. n. 16408; Cass. civ., Sez. Un., 1° febbraio 2017, ord. n. 2611, tutte in *Danno e responsabilità*, 2018, 4, 478, con nota di A. L. BITETTO MURGOLO, Nuisance *e danni non patrimoniali.*

[11] C. Europea Dir. Uomo, 2 novembre 2006, Giacomelli c. Italia, in *Cass., pen.*, 2007, 1341 ss.

Si osserva che, tuttavia, Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, ha affermato che «*ai diritti predicati dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo [...] non spetta il rango di diritti costituzionalmente protetti, poichè la Convenzione, pur essendo dotata di una natura che la distingue dagli obblighi nascenti da altri Trattati internazionali, non assume, in forza dell'art. 11 Cost., il rango di fonte costituzionale, ne´ può essere parificata, a tali fini, all'efficacia del diritto comunitario nell'ordinamento interno*». La sentenza della Corte Suprema richiama C. Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Foro it.*, 2008, I, c. 40, per la quale la CEDU «*non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e*

ISSN 2036-7821

6. La prova del danno.

Il giudice torinese ammette la risarcibilità del danno non patrimoniale conseguente a immissioni illecite "indipendentemente dalla sussistenza di un danno biologico documentato", configurando in sostanza un pregiudizio di tipo esistenziale indipendente dalla lesione del diritto alla salute.

I ricorrenti non hanno allegato alcuna compromissione della salute che sia sfociata in malattia, parametrando la loro richiesta di risarcimento ai criteri tabellari del Tribunale di Milano: riferimento, quest'ultimo, che non è stato condiviso dal Tribunale di Torino, il quale ha fatto ricorso a una liquidazione equitativa del danno, non potendo lo stesso essere provato nel suo preciso ammontare.

E' opportuno soffermarsi, a questo punto, sulla dimostrazione della lesione patita dai ricorrenti.

Secondo il giudice torinese "*Che i ricorrenti siano stati lesi nel loro diritto al riposo, al sonno, al tranquillo svolgimento delle normali attività e al godimento dell'habitat domestico e di quartiere non richiede particolari dimostrazioni*".

Si rammenta che, secondo l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di legittimità, il danno non patrimoniale subito in conseguenza di immissioni di rumore superiore alla normale tollerabilità non può ritenersi sussistente *in re ipsa*, atteso che tale concetto giunge a identificare il danno risarcibile con la lesione del diritto, e quindi a creare una sovrapposizione tra danno-evento e danno-conseguenza, configurando un vero e proprio danno punitivo, per il quale non vi è copertura normativa. Ne consegue che il danneggiato che ne chieda il risarcimento è tenuto a provare di avere subito un effettivo pregiudizio in termini di disagi sofferti in dipendenza della difficile vivibilità della casa, potendosi a tal fine avvalere anche di presunzioni gravi, precise e concordanti sulla base però di elementi indiziari diversi dal fatto in sé dell'esistenza di immissioni di rumore superiori alla normale tollerabilità[12].

Sempre la giurisprudenza di legittimità precisa che l'allegazione del radicale cambiamento di vita, dell'alterazione della personalità e dello sconvolgimento dell'esistenza del soggetto deve essere circostanziata e riferirsi a fatti specifici e

non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale[...]da cui derivano ''obblighi'' per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, omisso medio, *per tutte le autorità interne degli Stati membri".*

[12] Cass. civ., Sez. VI, 18 luglio 2019, ord. n. 19434, in *Danno e responsabilità*, 2019, 6, 768 ss., con nota di A. VOLPATO, *Il danno non patrimoniale subito in conseguenza di immissioni di rumore intollerabili non puo` ritenersi sussistente* in re ipsa.

ISSN 2036-7821

precisi, non potendo risolversi in mere enunciazioni di carattere generico, astratto, eventuale ed ipotetico[13].

La risarcibilita` del danno non patrimoniale è quindi disconnessa dalla prova del pregiudizio biologico; una volta riscontrata l'esposizione ad immissioni sonore intollerabili, la prova della lesione al diritto al riposo notturno e alla vivibilita` della propria abilitazione può essere fornita anche mediante presunzioni. Pertanto, alla luce di un giudizio di probabilita` basato sull'*id quod plerumque accidit*, il giudice può desumere da un "fatto noto" - allegato dall'interessato e dato dall'insieme di tutte le circostanze fattuali da cui deriva il danno (si pensi, al contesto sociale, alle condizioni abitative, lavorative ed economiche del soggetto leso) - il "fatto ignoto", consistente nel pregiudizio subito[14].

Appare opportuno evidenziare che la Suprema Corte, nell'escludere ogni automatismo risarcitorio, non manca di evidenziare la differenza fra danno presunto e prova presuntiva di danno. Invero, nel primo caso vi è un'inversione dell'onere della prova, in virtù del quale spetta al danneggiante provare il contrario; nel secondo caso, la "presunzione" del danno e` invece solo il risultato finale della valutazione da compiere, è un "convincimento basato su ragionamento probatorio di tipo presuntivo, ex art. 2729 c.c.", il quale pero` non puo` mancare e deve poter essere verificabile[15].

7. Conclusioni.

L'analisi della pronuncia in commento evidenzia l'intento che muove la decisione del Tribunale, volta a far ricadere la responsabilità risarcitoria per i danni derivanti dalla *movida* sul Comune che non abbia adeguatamente amministrato il bene pubblico. Il giudice torinese, dimostrando grande sensibilità all'argomento sotteso al caso *de quo* e alle posizioni espresse dai cittadini danneggiati, ha offerto una interpretazione ampia sia delle ipotesi di responsabilità omissiva della Pubblica Amministrazione, sia del concetto di prova presuntiva del danno.

Per un verso, infatti, il Tribunale ha riconosciuto una responsabilità del Comune sia per la mancata adozione di atti e provvedimenti dovuti, sia più in generale per

[13] Cass. civ., Sez. II, 9 novembre 2018, n. 28742, in *Giustizia Civile Massimario 2018*. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva rigettato la domanda di risarcimento del danno esistenziale, conseguente a immissioni intollerabili di rumori e polveri, in assenza di allegazioni specifiche e circostanziate sul punto.

[14] Così, A. VOLPATO, *Il danno non patrimoniale subito in conseguenza di immissioni di rumore intollerabili non puo` ritenersi sussistente* in re ipsa, nota a Cass. civ., Sez. VI, 18 luglio 2019, ord. n. 19434, in *Danno e responsabilità*, 2019, 6, 774, il quale osserva che tale congegno presuntivo, opportunamente integrato, assurge in definitiva a strumento di contemperamento di due interessi parimenti meritevoli di considerazione: la necessita` di ovviare alle oggettive difficolta` di prova, restituendo al danneggiato maggiori *chance* di ristoro, senza sacrificare al contempo la struttura normativa dell'illecito aquiliano.

[15] In questi termini, la già citata Cass. civ., Sez. VI, 18 luglio 2019, ord. n. 19434.

ISSN 2036-7821

l'inefficacia della attività amministrativa funzionale al contenimento delle immissioni sonore. Il Comune avrebbe, dunque, anche violato i canoni di diligenza e prudenza nella gestione dei propri beni non impedendo il protrarsi della rumorosa *movida*.
Per altro verso, la decisione del Tribunale appare riconoscere il risarcimento del danno agli attori pur in assenza di una prova rigorosa del danno non patrimoniale subito.
Invero, come anticipato, la giurisprudenza di legittimità ha ormai chiarito quali siano i requisiti per la risarcibilità del danno non patrimoniale derivante dalla lesione dei diritti inviolabili della persona, e precisamente è necessario che: l'interesse leso abbia rilevanza costituzionale; che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi la soglia minima di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale; che il danno non sia futile, ovvero non consista in meri disagi o fastidi e che, infine, vi sia specifica allegazione del pregiudizio, non potendo assumersi la sussistenza del danno *in re ipsa*[16]. Diversamente, la riconoscibilità del danno da immissioni *in re ipsa* finirebbe con l'identificare il danno risarcibile con la lesione del diritto, nella specie quello al normale svolgimento della vita familiare all'interno della propria abitazione ed alla libera e piena esplicazione delle proprie abitudini di vita quotidiane, e a configurare un vero e proprio danno punitivo, per il quale non vi è copertura normativa.
Tuttavia, le difficoltà connesse alla prova del danno non patrimoniale derivante da immissioni che superino la normale tollerabilità hanno indotto i tribunali a riconoscere uno spazio crescente al ricorso a presunzioni gravi, precise e concordanti per la prova del danno sulla base, però, di elementi indiziari che non vanno oltre il fatto in sé dell'esistenza di immissioni di rumore superiori alla normale tollerabilità.
A tale proposito, è stato correttamente osservato che la linea di confine tra danno presunto e prova del danno per presunzioni, ben tracciata a livello teorico, tende ad essere più sfumata nella prassi applicativa[17].
Ebbene, la decisione in commento ne è un esempio. Invero, non si può fare a meno di osservare come il giudice torinese, al fine evidentemente di tutelare il danneggiato e ovviare alle oggettive difficoltà di prova, ha concesso il risarcimento del danno pur in assenza di allegazioni specifiche e di elementi indiziari diversi rispetto al mero fatto lesivo.

[16] Cass. civ., Sez. VI, 12 novembre 2019, ord. n. 29206; Cass. civ., Sez. Lavoro, 24 febbraio 2020, n. 4886, in Responsabilità civile e previdenza, 2021, 1, 2, 218 , con nota di C. MAZZANTI, Il danno da ritardato pensionamento e gli ostacoli nell'onere probatorio.
[17] Sempre A. VOLPATO, *cit.*, 774, il quale rimanda alle riflessioni di C. Salvi, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 517 ss.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il giurista tra accademia e società.

di Guido Clemente di San Luca

(Professore ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università della Campania Luigi Vanvitelli)

Sommario

1. Premessa. – 2. Ruolo del giurista nel rapporto fra scienza e politica: i valori ed il metodo scientifico. – 3. L'Università e le Scuole. I Maestri, gli allievi, gli studenti e la comunità. La cooptazione e i concorsi. La valuta-zione. – 4. Università e Associazioni (AIPDA e San Martino). – 5. Università e territorio. – 6. Università e profes-sioni: pecunia non olet, ma … Ancora sulla valutazione. – 7. Considerazioni conclusive.

Abstract

The theme of the meeting requires us to think about how the role of the jurist should be understood, both within the Academy and in its relationship with society. In the opinion of the writer, the two things can, and indeed must, be held together. In fact, it is a matter of reasoning on whether and how the jurist's way of being within the Academy influences the relationship he maintains with society. And viceversa.

With respect to the lines of presentation of the meeting, therefore, it is firmly believed that we should not go "beyond the usual distinctions between jurists-professors and professors-lawyers, or between jurists-academics and jurists-consultants", but we must remain inside them. For the university 'mission', in fact, it does not seem primary to ask oneself about «where and how the scholar can carry out an important and recognized function for the development of society

* *La decisione di pubblicazione del presente lavoro è stata assunta dalla Direzione scientifica della Rivista, considerata l'autorevolezza dell'autore, l'originalità e lo spessore del contributo.*

1. *Premessa.*

Il tema dell'incontro richiede di ragionare su come si debba intendere il ruolo del giurista, tanto in seno all'Accademia, quanto nel suo *rapporto con la società*. Ad avviso di chi scrive le due cose possono, e anzi debbono, esser tenute insieme. Si tratta infatti di ragionare sul se e come il *modo di essere* del giurista in seno all'Accademia[1] influenzi il *rapporto* che intrattiene *con la società*[2]. E viceversa.

Rispetto alle linee di presentazione dell'incontro[3], quindi, si ritiene convintamente che non si debba andare «al di là delle consuete distinzioni tra giuristi-professori e professori-avvocati, o tra giuristi-accademici e giuristi-consulenti», ma si debba restare dentro ad esse. Per la 'missione' universitaria, infatti, non sembra primario interrogarsi sul «dove e come lo studioso possa svolgere una funzione importante e riconosciuta per lo sviluppo della società». Anzi, va considerato un problema – se non proprio una iattura – che siano «sempre più numerosi i casi di studiosi che mutano in maniera consistente il proprio itinerario di formazione e ricerca, dedicandosi ad attività integralmente diverse, nella magistratura come nell'amministrazione». Sia chiaro, non c'è dubbio che vi sia «un bisogno di presenza giuridica altamente qualificata in snodi cruciali della più alta dimensione istituzionale». Ma è sempre stato così.

(*) Testo rivisto, e corredato di note, della relazione svolta all'incontro del San Martino, su "Il ruolo del giurista tra accademia e società", tenutosi all'Università del Sannio, Benevento, venerdì 13 maggio 2022

[1] Se è studioso a tempo pieno, ovvero *part-time*; se è paludato, o alla mano; se è proiettato su di sé e sul suo successo, oppure ad ottenere il progresso della conoscenza, e così via.

[2] Se guarda a questa come il luogo in cui far ricadere con profitto gli effetti dei suoi studi, oppure come l'ambito di riferimento per il suo successo, personale e professionale.

[3] Il tema dell'incontro era introdotto dalle seguenti linee di presentazione: «L'argomento allude, evidentemente, a un interrogativo che non è certo nuovo nella nostra comunità e che corrisponde all'istanza, a suo modo tradizionale, di comprendere dove e come lo studioso possa svolgere una funzione importante e riconosciuta per lo sviluppo della società. Si tratta di un interrogativo che oggi si fa sempre più stringente e che va anche al di là delle consuete distinzioni tra giuristi-professori e professori-avvocati, o tra giuristi-accademici e giuristi-consulenti. In parte, infatti, sono sempre più numerosi i casi di studiosi che mutano in maniera consistente il proprio itinerario di formazione e ricerca, dedicandosi ad attività integralmente diverse, nella magistratura come nell'amministrazione. È un fenomeno che senz'altro registra un bisogno di presenza giuridica altamente qualificata in snodi cruciali della più alta dimensione istituzionale. Al contempo, però, non si può non constatare la sostanziale rarefazione della presenza e della valorizzazione dell'expertise giuridica nel dibattito pubblico: un elemento, questo, che per certi versi è assai sorprendente, visto il carattere cruciale dei tanti problemi giuridici che sono posti dai profondi processi di transizione, ecologica e tecnologica, attualmente in corso. A questi profili di riflessione se ne aggiunge un altro. All'interno della dimensione puramente universitaria il giurista è coinvolto nelle grandi mutazioni che stanno investendo metodi, tempi e orizzonti della didattica e della ricerca, e che lo vedono dunque impegnato non solo nelle sfide, aggiuntive e spesso pionieristiche, della cd. "Terza missione", ma anche in una piena ridefinizione della sua attività di docente e di scienziato. "Schiacciato", se così si può dire, tra gli imperativi del servizio all'utenza e quelli dell'interdisciplinarità, il giurista vive un momento storico di significativo disorientamento, sul quale è quanto mai opportuno meditare. Tanto più che, non solo nello studio del diritto, il professore universitario è sempre più esposto a moltissimi condizionamenti (economici, sociali, culturali e talvolta politici...) che mettono in crisi le convinzioni più radicate sulla libertà della scienza e dell'insegnamento, intese non solo come prerogative individuali, ma anche come interessi fondamentali della collettività tutta».

ISSN 2036-7821

Il punto è capire se, ed in che misura, questo influisca sullo status di professore, di accademico. O se implichi, invece, un cambiamento di 'mestiere', che impone una torsione radicale del ruolo da svolgere. Il giurista studioso ben può fare il consulente. Ma – senza equivoci – mentre lo fa non è funzionale all'interesse pubblico specifico primario, ch'è causa e finalità del suo compito istituzionale. Questo resta e deve restare la *ricerca funzionalizzata alla didattica*.

D'altronde non pare che si rilevi una «sostanziale rarefazione della presenza e della valorizzazione dell'*expertise* giuridica nel dibattito pubblico»[4]. Non v'è media (stampa, radio e TV) che non registri la presenza di un giurista (non di rado, peraltro, con indicazione di qualifica inappropriata). Piuttosto a lasciare perplessi è altro. Ci si dovrebbe domandare, forse, come mai siano sempre gli stessi, e soprattutto se la scelta di coinvolgerli sia sempre giustificata da ragioni culturali, o spesso non derivi, piuttosto, dal far parte di 'giri di influenza', partitici o professionali. Il che impone di riflettere sulla reale libertà nello svolgimento del ruolo.

Vi si tornerà. Ma non è revocabile in dubbio che il professore universitario – «non solo nello studio del diritto» – sia «sempre più esposto a moltissimi condizionamenti (economici, sociali, culturali e talvolta politici ...) che mettono in crisi le convinzioni più radicate sulla libertà della scienza e dell'insegnamento»[5].

Non si tornerà invece – se non per indicare i rischi che si corrono – sull'altro profilo individuato nelle linee di presentazione: i *nuovi impegni* cui lo studioso accademico è chiamato. Da un lato, la cd. "Terza missione", che peraltro continua a restare di difficile comprensione[6], se non ascrivendole il senso di mera predisposizione al *marketing* di ciascuna sede[7]. Dall'altro, il versante relativo alle «grandi mutazioni che

[4] Pare, invece, che sia nella piena e diffusa consapevolezza «il carattere cruciale dei tanti problemi giuridici che sono posti dai profondi processi di transizione, ecologica e tecnologica, attualmente in corso».

[5] Libertà «intese non solo come prerogative individuali, ma anche come interessi fondamentali della collettività tutta».

[6] Una efficace spiegazione è resa da M. RUOTOLO, *La "terza missione" dell'Università*, in *Lo Stato*, n. 10 (gennaio 2018 - luglio 2018), pp. 109 ss.

[7] Ed invero, i riferimenti espliciti alla 'terza missione' nella normativa primaria sono assai scarni e comunque poco esplicativi dei suoi contenuti. L'All. E, D. MIUR 30/1/2013, n. 47 [che istituisce il sistema di autovalutazione, valutazione periodica e accreditamento (AVA) degli atenei, in attuazione del d.lgs. 27 gennaio 2012, n. 19, nel quale, peraltro, la locuzione 'terza missione' non compare], elenca come segue gli «Indicatori e parametri per la Valutazione Periodica della ricerca e delle attività *di terza missione*»: «1. Percentuale dei docenti che non hanno pubblicato negli ultimi 5 anni (inattivi); 2. Produzione scientifica per area degli ultimi 10 anni/docenti di ateneo; 3. Numero di premi nazionali e internazionali; 4. Attività di divulgazione scientifica e culturale; 5. Fellow (o equivalenti) di società scientifiche; 6. Rapporto numero di progetti in bandi competitivi/docenti dell'ateneo negli ultimi 10 anni; 7. Percentuale di prodotti negli ultimi 5 anni con coautori internazionali; 8. Numero medio di tesi di dottorato per docente; 9. Numero medio di brevetti per docente negli ultimi 10 anni; 10. Rapporto fatturato conto terzi e progetti di ricerca vinti in bandi competitivi/numero docenti negli ultimi 10 anni; 11. Numero di spin off degli ultimi 10 anni; 12. Numero di attività extra moenia collegate alle aree di ricerca (es. organizzazione di attività culturali o formative, gestione di musei e siti archeologici, organizzazione di convegni...); 13. Numero di mesi/uomo di docenti/ricercatori stranieri trascorsi in ateneo; 14. Risultati VQR». L'art. 2, co. 6, D. MIUR 27/6/2015, n. 458, così recita: «Nell'ambito del processo di valutazione e a fini conoscitivi sarà inoltre considerato,

ISSN 2036-7821

stanno investendo metodi, tempi e orizzonti della didattica e della ricerca», che impattano (ed impingono) anche sulla «dimensione puramente universitaria», inevitabilmente coinvolgendo pure il giurista.

Comunque, non sembra suscitare particolare preoccupazione la «interdisciplinarità», che resta un dovere metodologico indeclinabile. Invece è nella definizione di contenuto del «servizio all'utenza» che si rileva un «significativo disorientamento». Bisognerebbe riflettere seriamente su questo. Si pensi alla mole indicibile di adempimenti telematici formali che assorbono un tempo enorme. Interrogando, in via non secondaria, sui compiti effettivamente svolti dal personale amministrativo.

Ciò detto in via preliminare, si delinea come segue la traccia di questo contributo alla riflessione. Si pongono quali presupposti del ragionamento che si proverà a svolgere due confini, a dir così, esterni. Da un lato – rischiando l'accusa di passatismo e anacronismo –, il considerare come mondo di riferimento quello reale, e non il cd. 'metaverso'[8]. Dall'altro, il riferirsi ad un ordinamento giuridico definito da un condiviso impianto assiologico pre-giuridico versato in Costituzione, e perciò elemento paradigmatico di riferimento per fare scienza giuridica. Perché – semplificando in pillole – fuori di un siffatto impianto, Kelsen non funziona[9]. Entra in

anche utilizzando le informazioni della Scheda unica annuale della ricerca dipartimentale, il *profilo di competitività delle Istituzioni per le attività di "terza missione"*. Tale valutazione dovrà tenere conto della missione istituzionale fondamentale delle Istituzioni. Oltre ai parametri che saranno definiti dall'ANVUR, dovranno essere considerati, come elementi comuni di valutazione, i seguenti aspetti: proventi dall'attività conto terzi, attività brevettuale, imprese spin - off. Tale valutazione potrà in ogni caso essere considerata ai fini del riparto dell'assegnazione delle risorse statali alle Istituzioni interessate» (corsivi di chi scrive).

[8] Non solo perché si fa fatica ad accettarlo (è avvilente l'idea che, anziché vivere un *love affair*, si possa godere del piacere che regala in via esclusivamente virtuale). Ma anche perché, se ontologicamente la realtà virtuale tende a riprodurre quella reale, sfugge il senso di ragionare facendo riferimento alla prima e non alla seconda. Naturalmente si intende il *metaverso* come quella pluralità di spazi virtuali in cui agiscono 'avatar'. Un qualcosa che sembra andare persino oltre la realtà virtuale e che obiettivamente resta difficile definire con precisione. Secondo l'*Enciclopedia Treccani on-line*, tuttavia, esso corrisponde all'«Universo virtuale, che va oltre la realtà, proiettandola nella virtualità della rete telematica». Il termine venne «impiegato per la prima volta nel 1992 da N. Stephenson nel romanzo cyberpunk *Snow crash* per indicare un mondo virtuale in 3D popolato di repliche umane digitali». Con esso «si definisce una zona di convergenza di spazi virtuali interattivi, localizzata nel cyberspazio e accessibile dagli utenti attraverso un avatar con funzione di rappresentante dell'identità individuale». Inoltre – si legge sempre *ad vocem* – «Il m. viene descritto come un enorme sistema operativo, regolato da demoni che lavorano in background, al quale gli individui si connettono trasformandosi a loro volta in software che interagisce con altro software e con la possibilità di condurre una vita elettronica autonoma. Il m. è regolato da norme specifiche e differenti dalla vita reale e il prestigio delle persone deriva dalla precisione e dall'originalità del rispettivo avatar. Si è parlato di m. per definire le chat tridimensionali e i giochi di ruolo multiplayer online». Insomma, nel metaverso – che si sviluppa nel digitale – si possono vivere esperienze virtuali, dal creare oggetti all'incontrare altri, dal viaggiare al partecipare a convegni o all'andare allo stadio o a concerti, e così via. Si tratta, in sintesi, di una zona, di un mondo che vive in quel particolare universo concepito dalle reti globali di comunicazione che va sotto il nome di *cyberspazio*.

[9] Non funziona senza una pacifica e consolidata pre-definizione degli elementi essenziali dello Stato: popolo, territorio e sovranità. Insomma, se sono in discussione la definizione del popolo e la definizione dei confini del territorio su cui il popolo eserciti la sovranità, la teoria della democrazia di Kelsen (H. KELSEN, *La democrazia*, il

ISSN 2036-7821

gioco Carl Schmitt, lo *stato di eccezione*. Trovandosi nel quale, ragionare sul ruolo del giurista fra Accademia e società parrebbe insensato, se non addirittura ridicolo[10]. Altra cosa, ovviamente, è ragionare sullo *stato di emergenza* (come quello generato dalla pandemia)[11].

Dentro le linee di confine appena dichiarate, verranno affrontati – ovviamente in estrema sintesi, procedendo mediante rinvii e/o con affermazioni nette ed assertive, risolte in brevi battute, quasi per spot – cinque profili che attraversano il tema del ruolo del giurista con riferimento sia al suo *modo di essere* in seno all'Accademia[12], sia al suo *rapporto con la società*[13]: 1) scienza e politica; 2) le Scuole; 3) le associazioni; 4) il territorio; 5) le professioni.

2. *Ruolo del giurista nel rapporto fra scienza e politica: i valori ed il metodo scientifico.*

Il primo profilo del *modo di essere* del giurista nell'Accademia è senz'altro attinente alla maniera in cui fa scienza giuridica. Si tratta, dunque, di richiamare per telegrammi le questioni del metodo scientifico-giuridico, del ruolo che hanno i valori

---

Mulino, Bologna, 1981; ma anche ID., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di Comunità, Milano, 1952) non può funzionare.

[10] Il presupposto per farlo, cioè, non può essere che un ordine costituito. Un potere costituente contenuto dentro il diritto costituzionale, là dove non è in discussione il potere costituito e la sua costruzione secondo il metodo democratico, ed è necessario mantenere la riflessione giuridica dentro il diritto amministrativo e adoperando la Costituzione quale indiscutibile paradigma giuridico di riferimento. Diversamente ci si trova nello «stato di eccezione» di Schmitt, che descrive la situazione fattuale versando nella quale è improprio parlare di «stato di emergenza» dentro lo Stato di diritto, dovendosi invece prendere atto – constatata la impossibilità di conservare o restaurare la costituzione vigente – dello scontro in atto dal quale sortirà l'instaurazione di un nuovo ordine. Del resto, l'osservazione è persino banale giacché una costituzione – com'è ovvio – può prevedere la sua modificazione, ma non il suo 'legittimo' sovvertimento. Se dunque è soggetto sovrano – adoperando le parole di Schmitt (*Teologia politica*, in C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'* (a cura di G. MIGLIO e P. SCHIERA), il Mulino, Bologna, 1972, p. 33) – quello che «decide sullo stato di eccezione», è del tutto evidente che il fatto politico in corso stia generando un nuovo e diverso ordine giuridico, e quindi, per i suoi effetti, la legge non possa che ritenersi inoperante.

[11] Fra parentesi. Nel dibattito sulla guerra in Ucraina, desta preoccupazione ascoltare le posizioni di chi ritiene che in gioco vi sia la difesa dei valori occidentali. Quali valori? La libertà di dissenso? Ma in quale dei suoi due versanti: la libertà negativa di potersi esprimere senza impedimenti della censura; o la libertà positiva di vedersi garantiti i mezzi per esprimersi in modo da poter raggiungere chiunque? E poi, più in generale, si parla della libertà che garantisce la conservazione dei privilegi dei pochi benestanti, o di quella che consente la estensione a chiunque dei diritti sociali, attraverso una politica fiscale redistributiva della ricchezza? Mai bisogna dimenticare in proposito le parole di Sandro Pertini: «Battetevi sempre per la libertà, per la pace, per la giustizia sociale. *La libertà senza la giustizia sociale non è che una conquista fragile, che si risolve per molti nella libertà di morire di fame*».

[12] Al *modo di essere* si ritengono ascritte le seguenti questioni: *a*) il modo di fare scienza giuridica, il metodo scientifico nel diritto; *b*) il ruolo delle Scuole ed il 'reclutamento' *cooptativo* attraverso i concorsi; *c*) il rapporto fra didattica e ricerca; *d*) il dubbio fra autoreferenzialità e confronto col 'resto del mondo' (la percezione nei più del 'mestiere' accademico); *e*) il ruolo delle associazioni (l'AIPDA ed il San Martino).

[13] Al *rapporto con la società*, invece, si ritengono ascritte le seguenti questioni: *a*) la relazione fra scienza giuridica e politica [il *tecnico neutrale* al servizio di un partito, di una compagine politica, che traduce in linguaggio giuridico un contenuto politico, fa scienza giuridica? Ed il *tecnico di parte* che (è tale perché) sposa e persegue una data *Weltanshauung*?]; *b*) il rapporto fra Università e libera professione; *c*) il rapporto fra Università e formazione dei giovani; *d*) il rapporto fra Università e territorio (fra autonomie territoriali e autonomie funzionali).

ISSN 2036-7821

nel praticarlo, nonché della ricaduta politica dei risultati cui perviene. Quest'ultimo aspetto in un certo senso – ma palesemente – tocca il rapporto (fra scienza e politica, che fa capo, con ogni evidenza, a quello) fra il giurista studioso e la *societas*.

Anzitutto è bene dichiarare cosa, almeno convenzionalmente, s'intende per giurista e cosa per Accademia. Quanto al primo, qualche anno addietro si ebbe l'occasione di chiarire perché è opportuno distinguere la «locuzione *giurista studioso*» da «quella di *giurista tecnico del diritto*»[14]. Le presenti riflessioni hanno come riferimento il giurista studioso (anche perché l'altro è di regola, di per sé, strutturalmente esterno all'accademia e parte costitutiva ed integrante della società).

Quanto all'Accademia, si considera il termine come sinonimico di 'comunità scientifica'. Che – ad avviso di chi scrive – non è un soggetto collettivo (nessuno può parlare a nome di essa, come fosse tale), bensì l'ambito, il luogo in cui vivono e si confrontano gli studiosi di una data area disciplinare. Del resto, nel *Vocabolario Treccani on line* si legge che Accademia è tanto la «unione permanente di persone istituita con lo scopo di promuovere le lettere, le scienze e le arti», quanto, appunto, «l'insieme dei docenti universitari e dei luoghi in cui insegnano»[15]. E, ancora, che *Accademico* sta per *Universitario*, corrispondendo esattamente a ciò «che concerne l'università o l'insegnamento universitario», ovvero a ciò «che è proprio della o delle università e dei docenti universitari»[16].

Sul giurista, si spiegò perché si riteneva doversi riferire al giurista *studioso*, e perché, per definirne il ruolo, occorre convenire sull'oggetto della scienza giuridica, e sul metodo scientifico che si dovrebbe adoperare per farla[17]. Un metodo che combina induzione e deduzione. L'analisi scientifica non può non prendere le mosse dalla osservazione del dato fenomenologico, ricavato dal diritto vivente (espresso dalle norme vigenti e dalla giurisprudenza che ne fa applicazione), al fine ultimo di poter

[14] Al San Martino di Firenze del 26 novembre 2015 su "*La storia e le prospettive metodologiche del San Martino a 35 anni dalla nascita*". Il testo della relazione fu trasformato in saggio e pubblicato col titolo *Il ruolo del giurista studioso nel processo di modernizzazione della P.A.*, in *Dir. Pubb.*, 2016, n. 3, pp. 2019 ss., cui si rinvia.

[15] Relativamente alle origini etimologiche, *Enc. Treccani on line*, riferisce *ad vocem*: «Ακαδήμεια o Ἀκαδημία era il nome di una località poco distante da Atene, nei pressi della quale Platone verso il 387 a.C. iniziò il suo insegnamento; vi acquistò anche un terreno, da cui la scuola filosofica da lui fondata prese il nome di Accademia platonica, che mantenne anche dopo il trasferimento ad Atene. Era una scuola e nello stesso tempo un'associazione religiosa, sul modello delle comunità pitagoriche. Aveva personalità giuridica, terreni, edifici e altri beni di sua proprietà. Era diretta dallo scolarco, eletto a vita dai membri della scuola; tanto lo scolarco quanto i migliori tra i membri attendevano sia all'insegnamento sia alla ricerca scientifica».

[16] È vero anche – e mai bisognerebbe sottovalutarlo nel delineare la relazione fra giurista e società – che (sempre con le parole del *Vocabolario Treccani on line*) il lemma può intendersi pure in accezioni negative: come nelle espressioni «arroganza a.», o «supponenza a.», oppure quando lo si riferisce «a discorso astratto, ozioso, inconcludente, fatto per solo passatempo, senza vera utilità pratica».

[17] Nella relazione del San Martino di Firenze, cit. *retro* alla nota 14.

ISSN 2036-7821

scrutinare i risultati di tale osservazione alla luce della teoria generale e della logica giuridica[18].

Si è avuta l'opportunità, poi, di tornare ad occuparsene più di recente[19], affermando che «non bisogna consentire l'imposizione di una 'visione' scientifica che non venga costantemente 'sfidata'. La 'verità', anche quella scientifica, deve essere sempre contendibile. La tenuta democratica del sistema istituzionale, infatti, sta nel garantire il *pluralismo* nel rapporto fra scienza e politica. Per questo […], si deve vigilare sul rischio di repressione del dissenso. Certo, il pluralismo *della* e *nella* informazione ha un serio nemico nella *infodemia*. Questa, però, va combattuta solo con la capacità di convincere attraverso la dimostrazione in tesi delle ipotesi avanzate. Non certo col silenziare le voci discordi»[20].

Dunque, il giurista studioso deve operare in coerenza con il metodo scientifico, e nella consapevolezza che, essendo la *verità* ontologicamente relativa, il contributo che egli offre alla ricerca (e alla costruzione) di essa, continuamente *in progress*, è per definizione di parte, e dunque opinabile. Il 'giuridico' dipende dal 'pre-giuridico', e cioè – in un corretto rapporto fra struttura e sovrastruttura (di marxiana memoria) – dipende dai valori che in un dato momento storico trovano la forza di venire codificati.

La questione dei valori porta immediatamente al rapporto con la Politica. Il giurista – è ovvio – può fare Politica, intesa in senso oggettivo. Potrebbe dirsi persino che anche la metodologia assunta per fare scienza giuridica sia da intendersi, di per sé, come una forma del fare Politica. Si usa dire comunemente «studioso 'militante'», «giurista democratico» o «progressista», oppure «giurista conservatore». Alludendosi, più o meno, all'orientare l'interpretazione delle norme, privilegiando alcuni valori rispetto ad altri (naturalmente fra quelli codificati nell'ordinamento).

Il giurista, però, può pure porsi al servizio della Politica intesa in senso soggettivo. Il suo esser 'tecnico neutrale' al servizio di un partito – pur non esprimendosi sul terreno proprio della scienza giuridica (tutt'al più della politica del diritto) – deve comunque restare sorretto dalla deontologia. È forte infatti il rischio di lasciarsi guidare, nell'operare, da interessi non sempre commendevoli.

3. *L'Università e le Scuole. I Maestri, gli allievi, gli studenti e la comunità. La cooptazione e i concorsi. La valutazione.*

---

[18] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il ruolo del giurista studioso nel processo di modernizzazione della P.A.* cit., spec. pp. 2029-2032.

[19] Nel San Martino del quarantennale, tenutosi in piena pandemia, da remoto (ma Bologna), del novembre 2020 («*Il cambiamento necessario. Strategie e vincoli per le riforme*»), e, segnatamente, nel § 3 del saggio in cui venne versata la relazione: G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Emergenza pandemica e strumentario giuridico-istituzionale*, in *Dir. Pubb.*, 2021, n. 1, pp. 83 ss.

[20] G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Emergenza pandemica e strumentario giuridico-istituzionale* cit., p. 111.

ISSN 2036-7821

Il secondo profilo concernente il *modo di essere* del giurista nell'Accademia può ben dirsi consistente nel suo collocarsi in una Scuola. In proposito è persino banale richiamare il ruolo dei Maestri e della loro relazione con gli allievi. Se l'Università è *comunitas* di docenti e discenti, dentro tale comunità è centrale il ruolo del Maestro.
Con le parole di Natalino Irti, «Maestro […] è colui che sa e sta "oltre" […]. Ma non basta che […] sappia, è pur necessario che egli riveli e sparga questo suo maggior sapere: e lo esprima nel fare le cose, nel creare opere, e, soprattutto, nell'offrirlo agli allievi. Il maestro è, nella sua propria essenza, un donatore, un seminatore nei solchi dell'umanità, in una cerchia, vasta o angusta, di individui che ascoltano e trattengono le sue parole. Alla figura del maestro si congiunge il "docere", l'insegnare e proporre ad altri»[21].
L'insigne studioso prosegue affermando che «Sul rapporto fra maestro e allievo […] si edificavano le genealogie universitarie». Ed invero, «L'Università o si costruisce nella catena ininterrotta di maestri e allievi, che a loro volta si sollevano a maestri, e così nell'arco dei secoli, o non è. Possono ben darsi scuole di "saper fare", di abilità tecniche, di capacità organizzative e direttive, di talenti professionali; ma non Università. La quale vive e prosegue nella continuità di maestri e allievi: questi, bensì impazienti di autonomia e cercatori di nuove strade, ma recanti il segno dei maestri. Allievi, degni del maestro, in cui questi si riconosce e rinasce, non sono i servili ripetitori, gli infecondi depositari di schemi e formulette, i fatui "superatori", ma gli scolari dallo sguardo acuminato, fattisi seminatori per altre generazioni. Quante volte lo scolaro che pure percorra altre vie e si discosti dalla lezione appresa nelle aule universitarie, avverte una movenza di studio, un giro di frasi, un ritmo argomentativo, in cui ritrova il metodo del maestro, la voce del vecchio insegnante. Che così continua a donare e si rallegra – dovunque egli sia – che il dono è ben custodito e fruttifica nel tempo. La unità di maestro ed allievo non sta nell'estrinseco concordare su uno od altro tema, su una od altra soluzione di problemi, ma – a dirla con Goethe – nel "procedere nello stesso senso": che è un andare insieme nella diversità dei caratteri e nella feconda molteplicità delle vite individuali»[22].
In questa citazione è riassunto in maniera sublime il rapporto fra ricerca e didattica. Lo studio dell'Accademico non è fine a se stesso, ma volto a determinare *azione formativa*, e attraverso questa generare nuova ricerca: nella formazione, la didattica è costitutiva del processo di ricerca, e viceversa.
Non vi sono, inoltre, parole più efficaci di quelle di Irti per rappresentare la indispensabile centralità del principio di *cooptazione* nella costruzione dell'Accademia. La logica intrinseca della Scuola è nella *cooptazione*[23]. I concorsi altro

[21] Così N. IRTI, *L'Università vive nella continuità maestri-allievi*, in *Il Sole 24 ore* del 12 dicembre 2021.
[22] Così ancora N. IRTI, *L'Università vive nella continuità maestri-allievi* cit.
[23] Sul tema sia consentito il rinvio a G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Autonomia universitaria e cooptazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1996.

ISSN 2036-7821

non sono che una forma giuridica dall'ordinamento necessitata per dar corpo realizzativo a tale principio. Di ciò mostrano di aver scarsissima contezza i media. Sulla scorta di azioni giudiziarie che sovente all'epilogo si rivelano infondate, la loro rappresentazione del compito *cooptativo* vien resa fra ottuso manicheismo giustizialista e attitudine alla spettacolarizzazione scandalistica[24], in una palese inconsapevolezza del fisiologico funzionamento del sistema.

In proposito costituisce ben più di un rischio la incomprensione significativamente diffusa del mondo accademico, che deriva anche dalla autoreferenzialità di cui l'accademia soffre non poco. La incomunicabilità con il 'resto del mondo' è un fatto. Si sconta una inadeguata percezione del 'mestiere' di studioso accademico. D'altra parte, è altrettanto vero che, non proprio di rado, si riscontra un'assai scarsa deontologia di alcuni protagonisti dell''universo' accademico. Che non è più tollerabile, non soltanto perché nuoce alla singola unità costretta a sopportare la *cooptazione* 'corrotta', ma anche perché, screditando l'intero, questa crea ostacoli enormi, se non addirittura insormontabili, alla conservazione del meccanismo.

Corollario del principio di *cooptazione* è la contrarietà (se non addirittura viscerale idiosincrasia) per la valutazione scientifica affidata ad agenzie, soprattutto se collegata alla distribuzione delle risorse per la ricerca. Il vizio irrimediabile di siffatti organismi sta nella presunzione della loro neutralità strutturale, da cui deriverebbe quella dei giudizi da esse espressi. Continuo ad essere convinto che, per 'valutare', le forme appropriate, perché coerenti con la funzione accademica, restino, per un verso, le recensioni (o comunque le risposte in saggi) espresse nei luoghi fisiologici del confronto e del dibattito scientifici – le riviste –, assumendosi apertamente (e lealmente, senza nascondersi dietro la *blind review*) la responsabilità delle opinioni espresse. E, per altro verso, proprio le occasioni concorsuali: le motivazioni delle valutazioni dei candidati espresse in tali sedi rappresentano una modalità adeguata e congruente, e pertanto utile e conveniente, per sollecitare la rivitalizzazione della deontologia della comunità scientifica.

Non appare difficile comprendere come – per le considerazioni appena svolte – questo profilo del *modo di essere* del giurista nell'Accademia (le Scuole ed i Maestri, la *cooptazione*, i concorsi e la valutazione) si rifletta anche nel suo *rapporto con la società*.

4. *Università e Associazioni (AIPDA e San Martino).*

Un ulteriore profilo rilevante del *modo di essere* accademico è da rinvenirsi, senza dubbio, nella partecipazione ad associazioni. Telegraficamente: è indiscutibile che il relazionarsi ad altri con i quali si condivide – all'interno della funzione accademica –

[24] Caratteristica che, secondo una consolidata linea di pensiero, è ontologica del giornalismo. È ben nota la prima regola che viene insegnata in tutte le scuole di giornalismo del mondo: «Non fa notizia un cane che morde un uomo, ma un uomo che morde un cane».

ISSN 2036-7821

una determinata *visione del mondo*, sia elemento connotativo del *modo di essere* dello studioso. Ne è esempio concreto proprio il San Martino: un'associazione (deliberatamente di fatto) fra studiosi che condividono una certa concezione dello stare nell'Università coniugato con una comune lettura, di stampo, a dir così, 'democratico', delle istituzioni pubbliche e della loro disciplina. Insomma, una organizzazione che può correttamente qualificarsi come 'di tendenza'.
Ugualmente (sia pur diversamente) connotativa è la partecipazione ad associazioni giuridicamente riconosciute, come l'AIPDA o l'AIC, le quali – benché gli scopi indicati formalmente negli Statuti consistano nella promozione degli interessi disciplinari[25] – oggettivamente sono, bene o male, rappresentative di 'categorie'. In esse, dunque, è fisiologica la capacità esponenziale di tutte le tendenze, e la loro assorbente vocazione a costituire luogo di rappresentazione in sede politica di interessi ed obiettivi di categoria (difendendoli in sede sia legislativa, sia governativa), nonché del punto di vista scientifico *plurale* della categoria stessa.
L'una e l'altra tipologia, comunque, esprimono modalità dell'esser studiosi accademici. Non di meno, per alcuni profili (facilmente intuibili), costituiscono altresì parte del loro *rapporto con la societas*. È del tutto evidente, infatti, che si è studiosi accademici (anche) partecipando alla vita delle formazioni sociali in cui si manifesta la relativa funzione. Ma, al tempo stesso, la capacità espressa nel parteciparvi determina l'azione di quella formazione sociale sì da generare riflessi sul funzionamento delle istituzioni.

5. *Università e territorio.*
La più esplicita manifestazione del rapporto fra gli studiosi accademici e la società sta senz'altro nella ricaduta della loro opera nel territorio sul quale è stanziata la sede di riferimento.
Si pone qui il problema dell'*an* e del *quomodo* debbano intendersi le relazioni fra i singoli atenei e gli interessi del territorio su cui essi insistono. E cioè del se debbano

[25] Testualmente, per l'AIPDA, nel «promuove[re] lo studio e l'insegnamento del Diritto Amministrativo e favori[re] lo scambio di idee e di informazioni, anche mediante convegni, dibattiti, pubblicazioni, segnalazioni e recensioni di libri, sul Diritto Amministrativo e sulle istituzioni pubbliche ed il loro funzionamento. Promuove[re] la circolazione degli scritti di Soci e non Soci, organizza[re] iniziative su questioni istituzionali e proposte di riforma e diffonde[re] i risultati delle proprie attività» (art. 2, co. 1, Statuto). E, per l'AIC, nel «favorire l'approfondimento dello studio e dei metodi di insegnamento del diritto costituzionale, promuovendo e coordinando incontri tra studiosi e ricerche collettive», nonché «la promozione e la difesa delle peculiarità della cultura costituzionalistica, anche con riferimento alla formazione universitaria, alla valutazione della ricerca, alla selezione di professori, ricercatori e altro personale docente» (art. 1, Statuto), a tal fine proponendosi «- di organizzare congressi, conferenze, dibattiti e pubblicarne gli atti; - di coordinare lo svolgimento di altre iniziative di incontro e di studio concernenti il diritto costituzionale; - di aderire ad organismi internazionali e stranieri aventi fini analoghi o di collaborare con essi; - di porre in essere tutte le attività ritenute opportune per il perseguimento delle finalità indicate nell'art. 1; - di assumere, in ogni sede (anche giurisdizionale), tutte le iniziative funzionali agli scopi da essa perseguiti e gli interessi di cui è portatrice» (art. 2).

ISSN 2036-7821

tessersi relazioni fra i singoli atenei e gli interessi del territorio su cui essi insistono, nonché, soprattutto, come tali relazioni debbano intendersi. Ciò nella duplice prospettiva del ragionare ed occuparsi delle *esigenze culturali* di questo e del doversi relazionare con gli *esponenti politici locali*. Il come fare formazione, ad esempio, non può restare impermeabile rispetto alle vocazioni ed ai problemi del territorio[26].
Non v'ha dubbio che ciò presenti – ancora una volta – il dilemma fra autoreferenzialità e confronto col 'resto del mondo'. Si pone, cioè, concretamente la questione della percezione nei più del 'mestiere' dell'accademico[27]. Sembra comunque necessaria, in proposito, un'azione calibrata, mettendo in campo la quale trovare un giusto compromesso fra il peso dell'*expertise* scientifico-culturale e gli effettivi connotati della realtà antropologica nella quale si operi. Si tratta, in buona sostanza, di trovare l'equilibrio fra l'esercizio delle autonomie territoriali e quello dell'autonomia funzionale che è propria dell'Università.
Non è irrilevante, a questo riguardo, l'interazione con la questione della cd. 'terza missione'[28]. È chiaro, infatti, che attività quali la consulenza per le istituzioni e le imprese sociali, o la formazione e l'aggiornamento professionali per il personale di soggetti pubblici e/o privati – *spin-off*, *start-up*, *placement*, ecc. – presentino una palese ricaduta sull'assetto culturale, sociale ed economico del territorio.

6. *Università e professioni:* pecunia non olet, *ma… Ancora sulla valutazione.*
Resta infine la questione forse più centrale, che riguarda sia il *modo di essere* del giurista nell'Accademia, sia il suo *rapporto con la società*.
Chi scrive ebbe la fortuna di avere come guida per la sua tesi di laurea (nel lontanissimo 1976) Donatello Serrani. È nitido il ricordo degli incontri con lui, anche immediatamente successivi alla laurea, nel corso dei quali, discutendo del rapporto fra *tempo pieno* e *libera professione*, spiegava al giovane perché fosse del tutto pretestuoso l'argomento adoperato dai professori-avvocati per sostenere l'indispensabilità, nella preparazione complessiva, di una solida e costante esperienza forense. Non che questa fosse inutile, anzi. Tuttavia, per lo studioso – diceva – è bastante esaminare approfonditamente e con rigore gli orientamenti della giurisprudenza. Insomma, a garantire la imprescindibile conoscenza del versante concreto della disciplina (non è indispensabile l'attività imprenditoriale che connota

[26] Si pensi, per un verso, alla connotazione socio-economica del territorio (vocazione industriale, agricola, commerciale, ecc.); e, per un altro, alle degenerazioni derivanti, specialmente in determinate aree del Paese, dalla influenza della malavita organizzata.
[27] Se n'è fatto cenno *retro* alla nota 16: accademico può essere anche attributo qualificativo di sostantivi quali 'arroganza', 'supponenza', quando non significare addirittura 'astrazione dalla realtà', o 'sostanziale inconcludenza'.
[28] Sulla quale si tornerà nel § successivo.

ISSN 2036-7821

la libera professione, ma) è necessaria e sufficiente la serietà nell'analisi della produzione dei giudici.

Per essere inequivocabili. È certamente un bene tener da parte ogni integralismo nel bandire il 'tempo definito'. Ciò nondimeno, il 'tempo pieno' (incompatibile con la professione) deriva dalla necessità di dedizione assoluta all'interesse pubblico specifico primario dell'Università: studiare per insegnare[29]. Questo 'mestiere' è diverso radicalmente dall'attività professionale. È vero, non si può insegnare – e aiutare i giovani a formarsi per operare in un dato ambito disciplinare – senza avere adeguata esperienza di come agiscono gli operatori tecnici del diritto (giudici, avvocati, notai, dirigenti)[30]. Tuttavia, non si può non rivendicare la diversità delle vocazioni.

E ciò vale anche per quella che viene definita 'terza missione'. *Mutatis mutandis*, lo snaturamento della vocazione centrale derivante dalla, a dir così, 'deviazione' professionale non è dissimile da quello originato dalla 'terza missione'. Fatto in astratto 50 il numero di ore da dedicare al lavoro in una settimana, quante ore dovrebbero assorbire il professore per la prima, la seconda e la terza missione? Se per la 'terza missione' si arrivi a superare (al massimo) le 10 ore, viene sviato il fine ultimo dell'Università. Ragionevolezza vorrebbe che almeno i 4/5 del tempo fossero dedicati a ricerca e didattica. Al riguardo non va trascurato che un pezzo consistente di siffatta diversione deriva dal ruolo che la 'terza missione' riveste nella valutazione delle performance degli atenei: da ciò – lo si è ricordato poc'anzi – vien fatto dipendere, in parte non irrilevante, l'ottenimento di risorse[31].

Sia chiaro, *pecunia non olet*! Viepiù ove si consideri la scarsa rimunerativà del 'tempo pieno'. È oggettivo il rapporto perdente fra le retribuzioni degli accademici e quelle degli altri 'mestieri' giuridici (alti dirigenti amministrativi, magistrati, notai, avvocati). È dunque pienamente giustificato provare a rimediare a siffatta iniquità. È da evitarsi, infatti, ogni 'fondamentalismo' radicale e manicheo (di stampo neo-francescano) nel considerare immorale la possibilità di incrementare i non ricchi

[29] Certo, fra gli obiettivi dello studio del gius-amministrativista non può non figurare anche quello di migliorare la P.A. Ed è indubbio che per conseguirlo non è inutile fare l'esperienza di operare dentro la P.A. Ma deve restare chiaro che cimentarsi in siffatta opera è altra cosa dallo svolgere il 'mestiere' di studioso accademico. Ben si può andare e tornare. Tuttavia, durante lo svolgimento di attività fuori dall'accademia, si assolve un'altra funzione. Stando dentro la P.A. si perde libertà di pensiero. Naturalmente, l'esperienza acquisita potrà poi anche essere preziosa una volta rientrati, quando, cioè, si è ripresa la fisiologica funzionalizzazione dell'attività di ricerca: studiare per insegnare.

[30] Nella piccola comunità guidata da chi scrive continuano ad operare una decina di allievi (dei quali non si può non andare orgogliosi) che, affermatisi nella professione o nella P.A., confermano un apporto prezioso nel complesso processo di didattica e ricerca.

[31] A ben riflettere, il vero problema della terza missione è stato proprio la sua formale istituzionalizzazione. La necessità di influire sul progresso della società, invero, è nella ontologia dell'Accademia. Almeno di fatto essa ha da sempre costituito il fine ultimo dell'azione intrecciata di ricerca e didattica. Può ben dirsi essersi snaturata con la istituzionalizzazione, dannosamente collegata con l'attribuzione delle risorse.

ISSN 2036-7821

stipendi statali. Tuttavia, si fa altissimo il rischio di contribuire ad un radicale snaturamento della principale funzione dell'Università[32].
Da gius-amministrativisti, potrebbe concludersi che – siccome si soddisfa un interesse secondario (la terza missione) così da non consentire un idoneo conseguimento dell'interesse pubblico specifico primario (didattica e ricerca) – si è in presenza di un chiaro eccesso di potere.

7. *Considerazioni conclusive.*
Per concludere è sufficiente limitarsi a segnalare brevemente i 'corto circuiti' emersi dall'analisi dei due profili. Come si ricava facilmente da una mera osservazione delle questioni richiamate, le interazioni fra il *modo di essere* del giurista nell'Accademia e il suo *rapporto con la società* trovano diversi punti di intersecazione e di influenza reciproca.
Anzitutto, con riguardo al metodo con cui fare scienza giuridica, s'è visto che il *modo di essere* del giurista nell'Accademia ha una naturale ricaduta nel *rapporto* con la Politica – la s'intenda in senso oggettivo, richiamandosi la figura dello studioso 'militante' («giurista progressista», «giurista conservatore»), oppure in senso soggettivo, richiamandosi la figura del 'tecnico neutrale' al servizio di un partito – e dunque *con la società*. Occorre comunque conservare lo spirito e l'etica del servizio[33].
Relativamente alla questione della interdipendente relazione fra didattica e ricerca – che attiene al *modo di essere* del giurista nell'Accademia – non sono affatto ininfluenti le questioni concernenti formazione dei giovani e territorio, che connotano il *rapporto del giurista con la società*. È indubbio, invero, che l'intendere, o no, fra loro reciprocamente influenzanti il come far ricerca ed il come far didattica, non può non ridondare considerevolmente sull'opera di formazione dei giovani, orientando in un verso o nell'altro l'evoluzione della *societas* e del territorio nei quali essi si trovino a crescere.
Ancora, per quel che concerne il tema delle Scuole, dei Maestri, della *cooptazione*, dei concorsi e della valutazione, il *modo di essere* del giurista nell'Accademia si riflette non poco sul suo *rapporto con la società*. Per l'importanza fondamentale del valore della *testimonianza*, che rischia di venir offuscato dal racconto ingannevole dei media. Così come non è affatto irrilevante la più o meno attiva partecipazione alle associazioni – siano esse di tendenza o di categoria – nella misura in cui, ovviamente,

[32] In proposito, non è superfluo sottolineare che lo speciale rapporto fra ricerca e didattica segna la diversità (e dunque il confine) fra la ricerca in sede accademica e la ricerca 'pura' (si pensi alla distinzione fra uno studioso ricercatore CNR e uno studioso ricercatore universitario).
[33] E l'etica sfugge alle norme. I codici etici sono quasi un ossimoro. Morale e diritto sono insiemi diversi, seppur tangenti. La morale è fuori dal diritto. Un imperativo morale, se diventa norma giuridica, esce dalla morale ed entra nel diritto.

ISSN 2036-7821

si operi in maniera da condizionarne gli orientamenti da assumere nel rapporto con le istituzioni del Paese.

Il profilo più rilevante ad avviso di chi scrive, infine, resta quello che attiene alla indispensabilità di perseguire le due missioni fisiologiche dell'Università – ricerca e didattica –, le quali richiedono una peculiare *forma mentis*, ed un tempo tale, da risultare quasi sempre di ardua compatibilità con il cd. 'regime a tempo definito'. D'altronde, non è possibile fare scienza giuridica semplicemente trasponendo in saggi le (pur sagaci, sofisticate ed interessanti) ricostruzioni maturate nello studio di vicende relative a fattispecie concrete incrociate nell'attività professionale.

Lo studio dello studioso mira a cercare la Verità. Nella consapevolezza che questa non esiste. Che è l'esito di un processo costante ed infinito, nello svolgimento del quale i principali interlocutori sono i giovani che si formano alla didattica resa dal ricercatore. Lo studio dello studioso, insomma – rappresentando, nella ricerca della Verità, la sua proiezione mentale – non può coincidere con la mera risoluzione tecnica di un possibile problema concreto (che sia riflesso, o no, in una eventuale controversia giudiziaria). Va oltre.

Detto altrimenti, si deve studiare per formare, e il formare conforma lo studio. Bisogna, cioè, riuscire a sollecitare il gusto per la ricerca della Verità nei giovani in formazione. E nel far questo sta il principale stimolo per continuare a ricercare. È in tale biunivocità che si realizza l'incrocio più decisivo fra *modo di essere* del giurista nell'Accademia e suo *rapporto con la società*.

Lo stile con cui si è dentro l'Università si riflette sensibilmente sul come si accompagnano i giovani nel loro percorso di formazione, finendo così per essere un tutt'uno col *rapporto con la società*. Sebbene per la società sia apparentemente invisibile, nulla è più importante della impronta 'civica' che i giovani – destinati a costituire la *ruling class* del futuro – ricevono negli anni trascorsi in seno alla comunità accademica.

La conclusione non può che rivolgersi ai più giovani. Richiamando la *bellezza* di questo 'mestiere'. Gli studiosi accademici sono dei privilegiati, perché sono pagati per fare un'attività *bellissima*. Fare Università nel significato più autentico in cui va intesa, nel suo valore più profondo, è una cosa *bellissima*. Da amare con passione addirittura smodata. E – come è tipico degli amori più intensi – senza calcoli, senza pensare di attendersi di vedere i risultati prodotti.

Gli esiti della loro fatica sono intravedibili a lunga scadenza. Si semina per un raccolto che per gran parte non si vedrà, se non dopo molti anni. Si sa, è difficile piantare semi sapendo di non poter mietere il raccolto. Bisogna romanticamente limitarsi ad immaginarlo. Sorretti da una fiducia incrollabile: che questa è la «buona battaglia» da combattere, e che quella stagione arriverà, anche se verosimilmente i

ISSN 2036-7821

frutti li vedranno altri. Il compito del giurista accademico, *meraviglioso*, è continuare a seminare.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

I servizi di ristorazione. Alcuni nodi problematici agli albori della riforma del codice dei contratti

di Luigi Ferrara

(Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II")

Sommario

1. Profili generali. I servizi di ristorazione nel sistema dei servizi sociali. - 2. Il sistema di aggiudicazione per la refezione scolastica e l'integrazione della disciplina nelle linee guida ministeriali. L'organizzazione del servizio e la c.d. autorefezione scolastica. - 3. La disciplina dei servizi sostitutivi di mensa. - 4. Le riforma della disciplina nel futuro codice dei contratti pubblici. Osservazioni conclusive.

Abstract

The article analyses the catering services in in Italian system of public procurement. The article n. 144 of Italian Code of public contracts is analysed. The article focuses the topics of food-stamps and the public procurement rules on school catering services and the school canteens. In particular, the student' right to homemade food and the opportunities to promote the implementation of local food purchase. Finally, the article provides an overview of the catering services in the draft of new Italian code of public procurement.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

1. Profili generali. I servizi di ristorazione nel sistema dei servizi sociali.

Il presente contributo si propone di analizzare la disciplina dei servizi di ristorazione e di mensa nel sistema attuale degli appalti pubblici, a partire dall'art. 144 del vigente codice dei contratti pubblici. Il contributo muove da una ricostruzione generale della disciplina, per poi concentrarsi su due temi specifici, i cd. buoni pasto ed i servizi di refezione scolastica. In questo ultimo ambito, sono emersi negli ultimi anni due temi particolarmente rilevanti. Da un lato, il diritto degli studenti e delle loro famiglie alla cd. autorefezione scolastica. Dall'altro, l'emersione nella legislazione regionale ed in alcune regolamentazioni degli enti locali di strumenti per per la promozione delle filiere produttive agroalimentari locali. Il contributo si propone di evidenziare come la disciplina ed i limiti della cd. autorefezione scolastica solleciti la ricerca di un contemperamento, da un lato, delle esigenze di sicurezza alimentare e di ordinata e sicura organizzazione del servizio negli istituti scolastici; dall'altro, della garanzia di alcuni diritti fondamentali che possono essere messi fondamento delle istanze di autorefezione, come la libertà di espressione religiosa.

Per altro verso, la promozione delle approvigionamenti agroalimentari locali nelle mense e nella ristorazione scolastica deve essere analizzata in una triplice prospettiva: in primo luogo, la compatibilità di interventi per il sostegno dei sistemi produttivi agroalimentari locali con il sistema eurounitario di tutela della concorrenza e della libera circolazione nella disciplina dei contratti pubblici; in secondo luogo, rintracciandone le ragioni giustificative nel rafforzamento della sostenibilità alimentare per la tutela ambientale, per cui la disciplina deve essere riportata a coerenza con le diverse disposizioni che negli appalti pubblici impongono l'attenzione a questioni ambientali e l'introduzione di clausule ambientali; infine, occorre riconstruire, nel sistema delle fonti, i margini di intervento della legislazione regionale e della regolamentazione locale rispetto alla disciplina statale[1].

Nella parte finale del lavoro, sarà oggetto di attenzione la nuova disciplina dei servizi di ristorazione che si avvia a delinearsi nel progetto del nuovo Codice dei Contratti, approvato dal Governo. L'oggetto di questa prima lettura della riforma

[1] Sui servizi di ristorazione, cfr., *ex multis*, AVERSANO, *Limitazioni del diritto al cibo: una proposta a margine di alcuni casi esemplari*, *Rivista di Diritto Alimentare*, 2018, 4, 34; BOTTEON, *Risarcimento per responsabilità precontrattuale anche in assenza di un aggiudicatario: l'Adunanza Plenaria scioglie positivamente il nodo. Ma a chi va la giurisdizione?*, *I Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2018, 3, 19; GALLI, *Settori ordinari e settori speciali: complementarietà o alternatività?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 2, 227; MAZZEO, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime - non troppo - "alleggerito" frutto di una "complicata semplificazione"*, *UA* 2016, 8-9, 1001; MEDDA, *La mensa scolastica tra pretese individuali ed esigenze collettive. Note a margine della sentenza del TAR Liguria, 19 settembre 2019, n. 722*, *Osservatorio costituzionale*, 2020, 1, 256; NATALI, *La decisione del Consiglio di Stato n. 8013 del 2019: un focus sulle problematiche applicative dei Criteri Ambientali Minimi per il servizio di ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari*, *Riv. Dir. Agrario*, 2020, 1/2, 15; PAGANI, *Affidamento e gestione dei servizi sostitutivi di mensa: una breccia nel costrutto unitario del codice dei contratti pubblici?* (Nota a Cons. Stato sez. V 26 settembre 2007, n. 4970), *UA* 2008, 2, 196; ROTA – BORRIELLO, *Organizzazione amministrativa e tutela dei diritti sociali nell'emergenza pandemica e per la ripresa post-pandemica, con particolare riferimento alla sanità e all'istruzione*, *Amministrativ@mente*, 2/2021, 200.

ISSN 2036-7821

sarà soprattutto l'indagine le tematiche oggetto di analisi in queste brevi riflessioni abbiano avuto riscontro nel progetto di riforma.

Per inquadrare la disciplina in esame, occorre muovere dalla sua collocazione nel (attualmente) vigente Codice dei contratti pubblici, il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50. La materia è disciplinata nell'art. 144 del Codice, nell'ambito del Capo II della Sezione IV, didicato ai servizi sociali. Infatti, in attuazione dell'allegato IX della Direttiva n. 2014/24/UE e dell'art. I lett. gg), della legge 28 gennaio 2016 n. 11, i servizi di ristorazione sono aggiudicati secondo le regole definite in relazione ai servizi sociali. Il servizio di ristorazione è, infatti, ritenuto come servizio specifico secondo quanto stabilito dall' allegato XIV, dir. 2014/24/UE. Sono conseguentemente applicabili le norme comunitarie, ovviamente per i contratti di importo pari o superiori a euro 750.000, per i settori ordinari e a euro 1.000.000 per i settori speciali.

La direttiva 2014/24/UE, al considerando 6, riconosce agli Stati membri la libertà «di organizzare la prestazione di servizi sociali obbligatori o di altri servizi, quali i servizi postali, in quanto servizi di interesse economico generale o in quanto servizi non economici di interesse generale ovvero in quanto combinazione di tali servizi». Più in generale, il considerando 7 della direttiva, «lascia impregiudicata la libertà delle autorità nazionali, regionali e locali di definire, in conformità del diritto dell'Unione, i servizi d'interesse economico generale, il relativo ambito operativo e le caratteristiche del servizio da prestare, comprese le eventuali condizioni relative alla qualità del servizio, al fine di perseguire i loro obiettivi di interesse pubblico», riconoscendo alle «autorità nazionali, regionali e locali la facoltà di fornire, fare eseguire e finanziare i servizi di interesse economico generale, conformemente all'articolo 14 TFUE e al protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale allegato al TFUE». Al considerando 114, la direttiva prevede che i contratti per i servizi alla persona quali taluni servizi sociali, sanitari e scolastici, di importo superiore alla soglia comunitaria siano improntati alla trasparenza a livello di Unione, specificando che gli Stati membri dovrebbero godere di un'ampia discrezionalità così da organizzare la scelta dei fornitori di servizi nel modo considerato più adeguato e che le norme della direttiva tengono conto di tale imperativo imponendo solo il rispetto dei principi fondamentali di trasparenza e parità di trattamento. Inoltre, è prevista la libertà degli Stati membri di fornire direttamente tali servizi o di organizzare servizi sociali (quindi con riferimento alla fase esecutiva) attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, ad esempio attraverso il semplice finanziamento di tale servizio o la concessione di licenze o autorizzazioni a tutti gli operatori economici che soddisfano le condizioni stabilite in precedenza dalle amministrazioni. Il considerando 118 della direttiva stabilisce, infine, che la direttiva medesima dovrebbe prevedere la possibilità di riservare la partecipazione alle procedure di appalto per taluni servizi nei settori dei servizi sanitari, sociali e

ISSN 2036-7821

culturali alle organizzazioni basate sull'azionariato dei dipendenti o sulla loro partecipazione attiva al governo societario e alle organizzazioni esistenti quali le cooperative. L'articolo 76 della direttiva stabilisce che gli Stati membri introducono norme a livello nazionale per l'aggiudicazione degli appalti di servizi sociali al fine di garantire il pieno rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento e che gli stessi sono liberi di determinare le norme procedurali applicabili che consentano di tener conto delle specificità dei servizi in questione. La Commissione europea, nella "Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali…" del 2013 ha avuto occasione di chiarire che i Servizi Sociali di Interesse Generale (SSIG) possono essere di natura economica o non economica e che, in base alle disposizioni del Trattato relative al mercato interno, qualsiasi prestazione di servizi remunerata deve essere considerata un'attività economica. Perciò i SSIG di carattere economico sono considerati Servizi di Interesse Economico Generale (SIEG) e, come tali, sono assoggettati alle norme europee in materia di mercato interno e concorrenza. Anche la dir. 2014/25/UE si colloca nel solco della "specialità" così tracciato. Per i settori ordinari, il Capo I del Titolo III della dir. 2014/24/UE prevede una normativa speciale per i servizi sociali nei settori ordinari e gli altri servizi specifici elencati nell'allegato XIV, consentendo una discrezionalità in capo agli Stati membri per le procedure di affidamento e di aggiudicazione. In particolare, gli appalti per i servizi sociali e altri servizi specifici nei settori ordinari sono disciplinati dagli artt. da 74 a 77 recanti le modalità di aggiudicazione, la pubblicazione degli avvisi e dei bandi, i principi per l'aggiudicazione degli appalti e gli appalti riservati per determinati servizi. Ai sensi delle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE la nuova disciplina dei servizi sociali non costituisce una nuova ipotesi di contratti esclusi, ma un c.d. "regime alleggerito", un regime speciale previsto per i servizi sociali, che si differenzia poi ulteriormente nei settori ordinari e nei settori speciali (considerando 28, 117, 118 dir. 2014/24/UE, considerando 36, 121, 122, 123, 124 dir. 2014/25/UE).

La disciplina applicabile ad appalti (e concessioni) di servizi sociali nei settori ordinari è stata successivamente differenziata in relazione a forme di pubblicità e alla disciplina dei procedimenti sotto soglia, ai sensi dell'art. 142, c. 5-bis ss., introdotti con il decreto correttivo, d.lgs. 19.4.2017, n. 56. Con il decreto correttivo, il Governo si proponeva di a) riportare a coerenza l'art. 140 (relativo ai servizi sociali e ad altri servizi specifici dei settori speciali, di cui al Capo I, Titolo VI, Parte II del codice) e l'art. 142 (relativo anch'esso ai servizi sociali e ad altri servizi, ma nei settori ordinari, servizi questi ultimi normati al successivo Capo II); b) introdurre una nuova disciplina intermedia - prevista dai c. 5-bis ss. - per alcuni servizi sociali nei settori ordinari individuati dall'allegato IX; c) introdurre la medesima disciplina intermedia anche per i servizi sociali dello stessa natura e contenuto nei settori speciali, ma

ISSN 2036-7821

limitatamente alle procedure sotto soglia. Questa nuova disciplina (non corrispondente ad un modello presente nelle direttive) viene riservata solo ad alcune categorie di servizi, ai sensi dell'art. 142, c. 5-bis (servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; servizi di prestazioni sociali; altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative).

Nell'architettura attuale dell'articolo in commento, si ritrovano così, come ricorda il CdS, «due categorie: una prima categoria, per la quale resta ferma la scelta originaria del codice (cioè di soggezione alla disciplina ordinaria degli affidamenti di servizi) [nei commi 1-5]; una seconda categoria, i servizi espressamente nominati nel comma 5-bis, a cui si applica un regime che non è né quello ordinario, né quello alleggerito europeo, ma "intermedio", attraverso la elencazione nominativa, nei commi 5-ter e seguenti, delle disposizioni, dettate per i settori ordinari, applicabili ai servizi sociali»[2].

Sulla scorta di questa interpretazione data dal CdS dal decreto correttivo, è possibile, ricapitolando, rinvenire nell'art. 142 riformato differenti regimi: 1) Affidamenti di servizi sociali nei settori ordinari elencati nell'Allegato IX del codice (classificati sulla base dell'allegato XIV della Dir. 2014/24/UE) ai sensi dell'art. 142, commi 1-5, di valore superiore alla soglia prevista dall'art. 35, c. 1, lett. d, pari a 750.000 euro); 2) Affidamenti di servizi sociali nei settori ordinari elencati nell'Allegato IX a "regime alleggerito" ai sensi dell'art. 142, c. 5-bis, di valore superiore alla soglia prevista dall'art. 35, c. 1, lett. d); 3) Affidamenti di servizi sociali sotto soglia nei settori ordinari elencati nell'Allegato IX a "regime alleggerito" ai sensi dell'art. 142, c. 5-bis e 5-octies, di valore inferiore alla soglia prevista dall'art. 35, c. 1, lett. d); 4) Affidamenti di servizi di ristorazione e sostitutivi di mensa aziendale elencati nell'Allegato IX ai sensi degli artt. 144 e 142 c. 5-nonies, ogggetto del presente lavoro. Nell'architettura del nuovo Codice, sotto il profilo della disciplina applicabile, il regime è poi diversificato (per lo meno in parte) a seconda che si ricada nei settori ordinari (Capo II - artt. 142 e 143) o in quelli speciali (Capo I - art. 140), fermi restando i principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici.

Come venne osservato poco dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice da molti commentatori, la nuova disciplina dei servizi sociali nei settori ordinari continuava a mancare di coordinamento con la legge quadro sui servizi sociali, legge 8.11.2000, n. 328, e la legge "Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale", l. 6.6.2016, n. 106. La legge quadro sui servizi sociali aveva istituito un "sistema integrato di interventi e servizi sociali" da realizzarsi mediante politiche e prestazioni coordinate nei diversi settori della vita sociale, integrando servizi alla persona e al nucleo familiare con eventuali

[2] Parere n. 782 del 30.3.2017, sul decreto correttivo, d.lgs. 19.4.2017, n. 56, p. 107 ss.]

ISSN 2036-7821

misure economiche, e mediante la definizione di percorsi attivi volti a ottimizzare l'efficacia delle risorse e a impedire sovrapposizioni di competenze e settorializzazione delle risposte. La finalità perseguita consisteva nel garantire, in coerenza con gli artt. 2, 3 e 38 Cost., il raggiungimento di obiettivi sociali determinati, quali: il miglioramento della qualità della vita; le pari opportunità; la non discriminazione e il godimento dei diritti di cittadinanza; la prevenzione, eliminazione o riduzione delle condizioni di disabilità, di bisogno e di disagio individuale e familiare derivanti da inadeguatezza di reddito, difficoltà sociali e condizioni di non autonomia. Un tentativo di coordinamento fu operato dall'ANAC con l'approvazione delle "Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali" (delibera n. 32 del 20.1.2016): per "servizi sociali" si intendono tutte le "attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti e a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona incontra nel corso della propria vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia".
In conseguenza della legge delega del 2016, le procedure di affidamento di servizi ad enti del terzo settore hanno avuto un riassetto nel nuovo Codice del Terzo Settore (CTS), adottato con il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117. Ai regimi summenzionati previsti nel codice si aggiunge il regime degli affidamenti ai sensi degli artt. 55-57 del CTS. L'adozione del nuovo CTS ha palesato subito problemi di coordinamento con la disciplina dei contratti pubblici per i servizi sociali, che sono stati solo in parte rispolti dal successivo intervento del legislatore. Gli artt. 8, commi 5, lettera c-bis), e 6 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (convertito con modificazioni dalla L. 11 settembre 2020, n. 120), che hanno introdotto nell'art. 140 del Codice dei Contratti un rinvio all'applicazione delle disposizioni contenute nel titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, il CTS. Il d.l. n.76/20 ha modificato anche l'ottavo comma dell'art. 30 del Codice, che ora dispone che, "per quanto non espressamente previsto" nel codice e negli atti attuativi, "alle procedure di affidamento e alle altre attivita' amministrative in materia di contratti pubblici nonché di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile. La formulazione del rinvio "fermo restando" nella disposizione in commento e la contestuale riforma del comma ottavo dell'art. 30 sono state interpretata da parte della dottrina come espressione dell'intenzione del legislatore di collocare in posizione paritaria le due discipline codicistiche, che coprirebbero ambiti diversi, l'uno quello della concorrenza, l'altro quello della sussidiarietà, risolvendo i problemi di compatibilità della disciplina di settore con il diritto europeo. Secondo

ISSN 2036-7821

altri, il sintetico rinvio non pare in grado a risolvere «le criticità legate all'utilizzo da parte dell'amministrazione dell'una o dell'altra via, né idonea ad indicare termini e modi del coordinamento tra i due Codici»[3]. Le aporie intrepretative rinnovate dalle nuove disposizioni di rinvio introdotte hanno portato a nuovi interventi della Corte Costituzionale (decisione n. 131 del 2020), dell'ANAC (richiesta di parere n. 59638 del 6 luglio 2018 al CdS sulla normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali alla luce del d.lgs. 18/4/2016 n. 50 e del d.lgs. 3/7/2017 n. 117), del CdS (pareri n. 2052 del 2018 e n. 3235 del 2019), del Ministero del Lavoro (Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore, adottate con Decreto n. 72 del 31.03.2021) e , da ultimo, ancora dell'ANAC, con la pubblicazione delle Linee Guida N° 17 recanti «Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali» (Delibera n. 382 del 27 luglio 2022).

A seguito di queste riforme, il Consiglio di Stato ha provato a delimitare gli ambiti di questi regimi. Secondo il CdS, (parere n. 2052 del 2018), "E' opportuno precisare che l'applicazione del Codice dei contratti pubblici è integrale ed attiene, dunque, a tutti gli istituti ivi previsti, salva l'applicazione dell'art. 36 per i contratti sotto soglia". Secondo il CdS, le disposizioni di settore in materia di servizi sociali possono trovare applicazione nei soli casi espressamente consentiti dalla normativa, al ricorrere dei presupposti soggettivi ed oggettivi ivi individuati, con esclusione di applicazioni analogiche o estensive, e si integrano con la disciplina codicistica in ordine ai profili di qualificazione o di accreditamento dei soggetti partecipanti alle selezioni, laddove sulla disciplina dell'evidenza pubblica applicabile, restano fermi regimi stabiliti dal Codice, salvo i casi di esclusione e le procedure selettive rientranti negli artt. 55-57 del CTS[4]. Ma soprattutto, sono da considerare le distinzioni effettuati dalla Corte Costituzionale, nella decisione n. 131 del 2020: i modelli di collaborazione e affidamenti disciplinati dal CTS sono riservati «in via esclusiva agli enti che rientrano nel perimetro definito dall'art. 4 CTS, in forza del quale costituiscono il Terzo settore gli enti che rientrano in specifiche forme organizzative tipizzate… e gli altri enti "atipici" [le associazioni riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti

[3] GUALDANI, *Il rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli enti del Terzo settore alla luce dei recenti interventi normativi, Federalismi.it*, 2021, 21, 113-135. Sul rapporto tra la disciplina dei contratti pubblici e quella del CTS, cfr., *ex multis*, ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore e nel Codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarieta`*, *Munus*, 2019, 1, 145; CALDIROLA, *Servizi sociali, riforma del terzo settore e nuova disciplina degli appalti*, *RIDPCom* 2016, 3-4, 733; CAVALIERE, *Servizi sociali e principio concorrenziale*, *Dirittifondamentali.it*, 2020, 2, 1129-1154; FLACCO, *Sussidiarietà e mercato nell'affidamento dei servizi sociali*, *ForoAmm*, 2020, 2, 362-380; (13); (5) GALLI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici - i settori speciali*, *GDA* 2016, 4, 436; MAZZEO, Gli appalti e le concessioni nei servizi sociali: un regime non troppo "alleggerito" *frutto di una "complicata semplificazione"*, *UA* 2016, 8-9, 1001; MICHIARA, *Contrattazione e servizi "relazionali" ai sensi delle direttive comunitarie 2014/23/UE e 2014/24/UE. Spunti per un inquadramento*, *RIDPCom* 2016, 2, 461; MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, *RTDP* 2015, 1, 89

[4] Cfr. soprattutto la giurisprudenza in tema di affidamento dei servizi di trasporto in emergenza/urgenza,: C. Stato, III, 28.02.19, n. 1139 e C. Stato, III, 03.08.20, n. 4905.

ISSN 2036-7821

di diritto privato diversi dalle società]…che perseguono, senza scopo di lucro… finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale… e che risultano iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore». Quindi, «agli enti che fuoriescono da tale perimetro legale non possono essere riferibili le fattispecie di affidamenti previste dall'art. 55 del CTS: esiste una stretta connessione tra i requisiti di qualificazione degli ETS e i contenuti della disciplina del loro coinvolgimento nella funzione pubblica».

Ritornando ai servizi di ristorazione disciplinati dall'art. 144, occorre ricordare che nella disciplina previgente, la giurisprudenza aveva progressivamente chiarito i limiti di applicabilità delle norme previste dal previgente codice del 2006. Gli artt. 66 (modalità di pubblicazione degli avvisi e dei bandi) e 70 (termini di ricezione delle domande di partecipazione e di ricezione delle offerte), del d.lgs. 163/2006 non trovavano applicazione per l'appalto di servizi di ristorazione scolastica. Infatti, l'art. 20 del d.lgs. 163/2006 stabiliva per gli appalti di servizi di cui all'all. B) II - tra cui era espressamente contemplato il servizio di ristorazione - che l'aggiudicazione fosse disciplinata esclusivamente dall'art. 68 (specifiche tecniche), dall'art. 65 (avviso sui risultati delle procedura di affidamento) e dall'art. 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati). Pertanto, in base a dette disposizioni la procedura di scelta del contraente per i contratti di refezione scolastica non era disciplinata da tutte le disposizioni del codice; l'appalto soggiaceva solo ad un nucleo minimo di regole, mentre non trovavano applicazione le disposizioni relative alle modalità di pubblicazione dei bandi e ai relativi tempi posti dall'art. 70. Era rimessa quindi all'Amministrazione la scelta circa i termini per la presentazione delle offerte, scelta che, lungi dall'essere arbitraria, doveva comunque essere effettuata seguendo i principi di cui all'art 27 dello stesso codice del 2006, che introduceva per tutte le tipologie di contratti pubblici aventi ad oggetto lavori forniture e servizi esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del codice, il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità[5].

Nel nuovo codice del 2016, ai sensi del comma 1 dell'art. 144, i servizi in oggetto devono essere affidati esclusivamente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art. 95, c. 3. Appare innovativa l'individuazione dei relativi fattori, che fanno riferimento alla qualità dei generi alimentari (prodotti biologici, tipici e tradizionali, a denominazione protetta e provenienti da sistemi di c.d. filiera corta), ai principi e alle disposizioni della green economy e alla formazione degli operatori.

In tale ambito, l'art. 144, c. 1, specifica altresì che vengono fatte salve le disposizioni di cui all'art. 4, c. 5-quater, d.l. n. 104/2013 (convertito nella l. n. 128/2013), e di cui all'art. 6, c. 1, l. n. 141/2015: il richiamato art. 4, c. 5-quater, stabilisce che le stazioni

[5] Cfr. TAR Puglia Lecce II 30.3.2007, n. 1333.

ISSN 2036-7821

appaltanti prevedano specificatamente l'inserimento dei suddetti aspetti nei bandi delle gare d'appalto per l'affidamento e la gestione dei servizi di refezione scolastica e di fornitura di alimenti e prodotti agroalimentari agli asili nido, alle scuole dell'infanzia, alle scuole primarie, alle scuole secondarie di primo e di secondo grado e alle altre strutture pubbliche che abbiano come utenti bambini e giovani fino a diciotto anni di età.

L'art. 6, c. 1, l. n. 141/2015, inoltre, consente alle istituzioni pubbliche che gestiscono mense scolastiche e ospedaliere di prevedere nelle gare, concernenti i relativi servizi di fornitura, criteri di priorità per l'inserimento di prodotti agroalimentari provenienti da operatori dell'agricoltura sociale.

Il criterio direttivo era già emerso nella giurisprudenza amministrativa, in nome della superiore esigenza di tutela della sicurezza alimentare. Così, era stata accolta la censura con la quale era stata denunciata la violazione dell'art. 23, c. 1, lett. b), d.lgs. n. 157/1995, che prescriveva il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, attribuendo valore preminente alla qualità e alla sicurezza dei prodotti agroalimentari offerti, a fronte del disciplinare di gara che attribuiva il punteggio largamente prevalente all'elemento del prezzo offerto, giustificando questa opzione con la collocazione della gara al di sotto della soglia comunitaria. La necessità di ritenere obbligato il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa anche per gli appalti sotto soglia doveva giustificarsi in nome della "sicurezza alimentare" e in nome del perseguimento degli altri obiettivi di natura socio-economica, come il sostegno dei prodotti tipici e tradizionali che aveva trovato riconoscimento una fonte integrativa della disciplina nazionale nelle previsioni della legge regionali[6].

Prima dell'entrata in vigore del nuovo codice, sul ruolo della legislazione regionale di integrazione dei criteri si deve segnalare anche l'intervento della Corte Costituzionale. La disposizione di legge regionale impugnata integrava tra i criteri di valutazione per la selezione delle offerte per la ristorazione collettiva la promozione dei prodotti agricoli di qualità da filiera corta, a chilometro zero. La disposizione era dichiarata illegittima perché veniva ad imporre all'amministrazione appaltante un criterio di scelta del contraente chiaramente idoneo ad alterare la concorrenza protetta dal diritto dell'Unione Europea, e quindi in violazione dell'art. 117, c. 1, Cost., incentivando gli imprenditori ad impiegare prodotti provenienti da una certa area territoriale a discapito di prodotti con caratteristiche similari, ancorché provenienti da aree poste a distanza uguale o minore dal luogo di consumo (come poteva avvenire nelle zone di confine tra Regioni)[7].

[6] Cfr. in tal senso C. Stato, V, 21.12.2007, n. 5935.

[7] C. Cost. 2.12.2013, n. 292. Veniva quindi fatta una distinzione tra prodotti agricoli trasportati esclusivamente nel territorio della Regione (non ammessi) e prodotti trasportati con una ridotta quantità di emissioni nocive (ammessi): l'art. 36 del TFUE, infatti, lascia impregiudicate le restrizioni alle importazioni giustificate da motivi di

ISSN 2036-7821

Per la corretta ricostruzione delle modalità di determinazione dei criteri di valutazione da parte della stazione appaltante, oggi non può non farsi riferimento alle Linee Guida n. 2, di attuazione del d.lgs. 18.4.2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa" elaborate dall'ANAC[8]. La specificazione puntuale che il legislatore fa dei criteri di valutazione (in relazione agli "aspetti relativi a fattori quali la qualità dei generi alimentari con particolare riferimento a quella di prodotti biologici, tipici e tradizionali, di quelli a denominazione protetta, nonché di quelli provenienti da sistemi di filiera corta e da operatori dell'agricoltura sociale, il rispetto delle diposizioni ambientali in materia di *green economy*, dei criteri ambientali minimi pertinenti di cui all'articolo 34 del presente codice e della qualità della formazione degli operatori") non deve essere visto come "appiattimento" delle specifiche tecniche delle offerte in requisiti minimi di partecipazione[9]. In una successiva decisione, il CdS ha analizzato la presenza nei bandi e nei capitolati di gara dei criteri ambientali minimi (cd. CAM) e dei "criteri ambientali premianti" «*ossia a quella parte dei CAM che individuano i criteri ambientali "premianti", da introdurre nelle gare d'appalto esperite con il criterio di aggiudicazione dell'offerta "economicamente più vantaggiosa"*», previsti dal d.m. Ambiente del 25.7.2011, ed in particolare i sistemi di trasporto merci e di mobilità del personale a minore impatto ambientale: «*il criterio di valutazione…"Modalità di trasporto de i prodotti"…appare ispirarsi alla finalità di "premiare" con uno specifico punteggio le offerte che si mostrino rispettose delle esigenze di tutela ambientale, pur se interpretate in modo autonomo dalla stazione appaltante, anche in funzione della specificità della gara e del servizio che ne costituisce oggetto, in considerazione del fatto che la norma non impone la pedissequa applicazione dei "criteri ambientali minimi" di cui all'art. 34, ma di quelli soli che risultino "pertinenti" all'oggetto della gara*»[10].

Riguardo alla determinazione della base d'asta, è stato chiarito che «*la pur ampia discrezionalità goduta dall'amministrazione non può risolversi in arbitrarietà…non essendo ragionevole fissare un valore economico, qual è la base d'asta, senza svolgere un'adeguata attività istruttoria volta ad accertare la effettiva rilevanza ed incidenza su quel valore economico dei prezzi dei prodotti da fornire, ma limitandosi a verificare la pretesa congruità*

"tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali", cui la salvaguardia dell'ambiente è strettamente connessa.

[8] Deliberazione dell'ANAC del 21.9.2016, n. 1005. Secondo l'ANAC, "così le stazioni appaltanti devono individuare criteri di valutazione concretamente idonei a evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti e a differenziare le stesse in ragione della rispondenza alle esigenze della stazione appaltante. I citati criteri devono, pertanto, consentire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta, scongiurando situazioni di appiattimento delle stesse sui medesimi valori, vanificando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo. In altri termini, non dovrebbero essere oggetto di valutazione i requisiti di partecipazione che, per definizione, sono posseduti da tutti i concorrenti, o le condizioni minime - incluso il prezzo - con cui i lavori, servizi o forniture devono essere realizzati; si dovrebbe attribuire un punteggio positivo solo a miglioramenti effettivi rispetto a quanto previsto a base di gara".

[9] In tal senso, TAR Lazio, Roma, I-bis, 5.6.2017, n. 6613.

[10] C.Stato, III, 17.04.2018, n. 2317.

ISSN 2036-7821

anche per la nuova gara di quello stesso valore posto a base d'asta della precedente gara». Così Il prezzo a base d'asta deve essere congruo a seguito di una corretta indagine, anche effettuata sulla base di studi e ricerche già disponibili, sul costo delle materie prime alimentari necessarie alla preparazione delle attività di ristorazione (contemplando, in particolare il costo di prodotti specificamente precisati nel bando, come prodotti biologici o di filiera corta) ed i costi ulteriori (logistica, trasporto, pulizia, etc.)[11].

In ordine alla capacità tecnica, la giurisprudenza amministrativa[12] ha di recente chiarito che, anche laddove il bando preveda l'obbligo di dimostrare in sede di gara la disponibilità di un centro cottura per la l'esecuzione della prestazione, la sia possibile il ricorso all'avvalimento, purché ne consenta esclusiva disponibilità alla ditta ausiliaria, non intesa come uso esclusivo, ma, intendendo il requisito secondo canoni di ragionevolezza e proporzionalità, la condizione in cui l'«*effettuazione di tutte le attività connesse al requisito oggetto di avvalimento deve infatti competere esclusivamente alla ditta ausiliaria, con il proprio personale e i propri mezzi*». Tali fattispecie di avvalimento, non devono essere ricostruite né come cessione del contratto, né come subappalto. Nella stessa decisione, viene inoltre precisata la portata delle clausole sociali in questi appalti di servizi: «*la clausola sociale contenuta nel disciplinare di gara* (va) *formulata in maniera elastica e non rigida, rimettendo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati…l'onere di riassorbimento del personale, oggetto della clausola sociale, è legittimo solo se alla stessa viene attribuita un'interpretazione che rispetti le scelte organizzative dell'imprenditore*». La giurisprudenza segnalata richiama la necessità di coordinare la disciplina dell'art. 144 con quella dell'art. 50 del Codice, che disciplina le clusole sociali[13]. Nell'ambito della predisposizione dei documenti di gara, l'inserimento di clausole sociali nei contratti d'appalto è una tecnica tradizionalmente usata per promuovere l'applicazione di condizioni di lavoro coerenti con i minimi salariali definiti per i contratti collettivi nazionali e per promuovere le imprese socialmente responsabili nel mercato dei lavori e dei servizi per la pubblica amministrazione. Come per altri istituti giuridici spesso accumunati - come le clausole ambientali nell'ambito del *green public procurement* e i sistemi di rendicontazione sociale della c.d. «responsabilita` sociale dell'impresa» - la *ratio* di queste fattispecie e` da annoverarsi nella promozione di esternalita` positive mediante l'apposizione nei congegni negoziali di clausole di disciplina di oneri, doveri o obblighi non immediatamente funzionali al soddisfacimento delle pretese creditorie principali recipro- che delle parti del rapporto negoziale, ma alla protezione o al riconoscimento di diritti e interessi sociali di terzi *stakeholders* (cittadini, lavoratori,

[11] C.Stato, V, 25.11.2019, n. 8043.
[12] C.Stato, V, 16.01.2020, n. 389.
[13] Sulle clausole sociali e ambientali, sia consentito di rinviare a FERRARA, *Clausole sociali e responsabilità sociale dell'impresa nei contratti pubblici tra diritto interno, europeo e globale*, in questa rivista, 3-4/2018, 4ss.

ISSN 2036-7821

consumatori). In casi molto limitati, precisati dalla giurisprudenza, queste clausole sono state ammesse come vere e proprie clausole sociali di riassorbimento occupazionale, compatibilmente con il diritto europeo e con i principi di parita` di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalita`. Le stazioni appaltanti indicano, pertanto, nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta, agli operatori economici che, in caso di aggiudicazione, si impegnino, per l'esecuzione dell'appalto, a utilizzare anche in parte manodopera o personale a livello locale, nel rispetto del diritto dell'Unione europea, ovvero, in via prioritaria gli addetti gia` impiegati nel medesimo appalto. Le stazioni appaltanti che prevedono condizioni sociali possono darne comunicazione all'ANAC, che si pronuncia entro trenta giorni sulla compatibilita` di dette clausole con il diritto dell'Unione europea. L'art. 50 del Codice dei Contratti prevede, in particolare, «l'inserimento» della clausola socia- le nei bandi, avvisi ed inviti con particolare ri- guardo ai contratti ad alta intensita` di manodopera.

Nella stessa prospettiva, il tema della sostenibilità alimentare si declina nella prospettiva europea del *Green public procurement*. l rilievo delle clausole ambientali nei contratti pubblici muove dalla Comunicazione inter- pretativa della Commissione europea C-333/2001. Succes- sivamente, con due importanti pronunce della Corte di Giustizia, la n. C-513/1999 del 17.09.2002 e la n. C-368/10 del 10.05.2012, vengono definiti i caratteri delle le cd. «clausole ecologiche» che, seppure per larghi tratti lasciate alla discrezionalita` della stazione appaltante, incontrano due limiti fondamentali all'utilizzo nella «appropriatezza» e nella «pertinenza». Il primo criterio declina in buona sostanza il principio di proporzionalita` della clausola ecologica, nel senso che questa non potra` essere eccessivamente onerosa per l'operatore economico che partecipa alla gara. In tal senso un appalto di entita` economica modesta non potra` richiedere il possesso di certificazioni ambientali o di soluzioni progettuali i cui costi risultano cosi` elevati da rendere la relativa partecipazione alla gara antieconomica. La pertinenza attiene al collegamento funzionale all'oggetto dell'appalto, cosi` da poterne comprendere la reale inci- denza sulla qualita` dell'offerta presentata[14].

Si segnala per le caratteristiche del tutto peculiari la gestione dei servizi di ristorazione negli aeroporti. La ristorazione - si è ritenuto - è cosa ben diversa dall'attività di assistenza a terra (c.d. *handling*) che contiene l'insieme di servizi

[14] Sul *green public procurement*, cfr., tra i piu` recenti, VIVANI, *Appalti sostenibili, "green public procurement" e "socially responsible public procurement"*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 8-9, pp. 993- 1000; VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilita`, economici- ta`*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2017, 3/2, pp. 101-112; FELIZIANI, *I "nuovi" appalti verdi: un primo passo verso un'e- conomia circolare?*, in *Il Diritto dell'economia*, 2017, 2, p. 349- 378.

ISSN 2036-7821

predisposti dalla società di gestione aeroportuale e consistenti in prestazioni rese a favore dei vettori.

La gestione dell'attività di ristorazione, peraltro, esula certamente dal concetto di servizio reso nell'interesse della collettività con carattere di necessarietà e dunque, ai fini della individuazione della giurisdizione in capo al giudice amministrativo, non è qualificabile come pubblico servizio. Tale posizione è assunta con il conforto di quella posizione della Corte di Cassazione secondo cui il servizio pubblico si connota funzionalmente per esser rivolto al soddisfacimento diretto di bisogni di interesse generale, elemento che non si rinviene nell'attività privata imprenditoriale, anche se indirizzata e coordinata a fini sociali[15]. Sempre secondo la decisione in esame, la giurisdizione del giudice amministrativo non può fondarsi nemmeno sull'art. 6, l. 21.7.2000, n. 205, a mente del quale sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale. Ciò in quanto, nel caso dell'affidamento dei servizi di ristorazione, non ricorre né lo schema della concessione di servizi pubblici né quello del contratto di appalto dal momento che l'ente affidante non è tenuto a corrispondere alcun importo per l'attività prestata dall'operatore, ma al contrario riceve dall'assegnatario un canone commisurato al fatturato, con riconoscimento di un "minimo garantito" annuo, sicché il costo del servizio grava sugli utenti e l'affidataria ritrae i proventi della sua attività esclusivamente dalla gestione degli spazi di ristoro. Peraltro, accertata la natura di impresa pubblica dell'ente gestore del sedime aeroportuale (tale cioè da rendere lo stesso soggettivamente annoverabile tra gli enti aggiudicatori dei settori esclusi), si è ritenuto che l'applicazione di dette norme dovesse essere comunque esclusa, in quanto il servizio di ristorazione non attiene al trasporto aereo propriamente detto (c.d. servizio *aviation*), cioè ad un'attività per l'esercizio della quale l'impresa pubblica gode di un diritto speciale o esclusivo[16].

La giursprudenza in materia ha avuto modo di pronunciarsi anche in merito ad alcuni profili di responsabilità. Il ricorso presentato da un raggruppamento di imprese, che aveva partecipato ad una gara per l'affidamento di un lotto del servizio di ristorazione delle aziende sanitarie della Regione Calabria, contro l'esclusione dell'offerta ritenuta in aumento rispetto all'importo annuale che l'amministrazione riteneva di aver fissato per il singolo lotto, ha consentito all'Adunanza Plenaria del CdS[17] di pronunciarsi in tema di risarcimento del danno da responsabilità

[15] Cfr. Cass.civ, SU, 30.3.2000, n. 71.

[16] Cfr. ,TAR Lombardia, Milano, 17.10.2007, n. 6107.

[17] Crr. CdS, Ad.Plen., 4.05.2018, n. 5. «*La responsabilita` precontrattuale della pubblica amministrazione può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito*

ISSN 2036-7821

precontrattuale, che spetta sia anteriormente alla "proposta di aggiudicazione" ai sensi dell'artt. 32, comma 5, e 33, comma 1, del Codice, sia prima ancora della pubblicazione del bando di gara. L'Adunanza Plenaria afferma che la presenza di una pluralita` di soggetti partecipanti alla procedura e la mancata individuazione di una posizione differenziata tra gli stessi non e` di ostacolo al riconoscimento di una tutela risarcitoria dell'interesse negativo.

2. Il sistema di aggiudicazione per la refezione scolastica e l'integrazione della disciplina nelle linee guida ministeriali. L'organizzazione del servizio e la c.d. autorefezione scolastica

Ai sensi del comma 2 dell'art. 144, con decreti del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e con il Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, sono definite e aggiornate le linee di indirizzo nazionale per la ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica. Fino all'adozione delle linee guida le stazioni appaltanti individuano nei documenti di gara le specifiche tecniche finalizzate a garantire la qualità del servizio richiesto, ai sensi dell'art. 216, c. 18. In attesa delle nuove linee di indirizzo ministeriali, per l'aggiudicazione dei servizi di ristorazione devono considerarsi come fonti di integrazione dei capitolati le Linee di indirizzo nazionale per la ristorazione scolastica, approvate in Conferenza Stato-Regioni e pubblicate in G.U. n. 134 dell'11.6.2010, le Linee di indirizzo nazionale per la ristorazione ospedaliera e assistenziale, approvate in Conferenza Stato-Regioni il 16.12.2010 e pubblicate in G.U. n. 37 del 15.2.2011, le Linee di indirizzo nazionale per la ristorazione ospedaliera pediatrica, approvate in Conferenza Stato-Regioni il 18.12.2014. In particolare, con la nota n. 11703 del 25.3.2016 il Ministero della Salute ha disposto l'integrazione delle Linee di indirizzo nazionale per la ristorazione scolastica al fine di disporre l'obbligo, nell'organizzazione dei servizi di ristorazione, di assicurare le adeguate sostituzioni di alimenti correlate a ragioni etico-religiose o culturali. Le Linee guida precisano che per tali sostituzioni non possa essere richiesta certificazione medica, ma solo l'assunzione di responsabilità dei genitori.

In alcune recenti decisioni, la giurisprudenza ha indagato, con alcune oscillazioni, il tema della cd. autorefezione scolastica, ovvero la possibilità per gli studenti, su richiesta dei genitori, di partecipare, alla "pausa pranzo" negli istituti scolastici senza avvalersi del servizio di ristorazione. La giurisprudenza ordinaria[18] e

di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai doveri di correttezza e buona fede… Nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione, nell'ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento».

[18] C.Appello Torino, 21.06.2016, n. 1049.

ISSN 2036-7821

amministrativa[19] hanno confermato l'illegittimità delle alcune delibere comunali di istituzione e il regolamentazione della refezione scolastica, che prevedevano sia l'obbligatorietà del servizio per tutti gli alunni, sia il divieto di consumare cibi diversi da quelli forniti dall'impresa appaltatrice nei locali adibiti all'espletamento de servizio.
Richiamando i principi di proporzionalità e non discriminazione, la giurisprudenza amministrativa osserva che ragioni di sicurezza alimentare e prevenzione del rischio di contaminazione igienico-sanitaria o di controllo del corretto regime alimentare degli studenti non possono essere poste a fondamenti di aprioristici divieti già nei regolamenti e negli atti di organizzazione del servizio, ma devono essere valutati concretamente dal dirigente scolastico e dal gestore del servizio con misure specifiche, contemperando l'interesse pubblico con il diritto all'istruzione e la libertà di scelta alimentare delle famiglie e degli studenti[20].
Questo necessario contemperamento è stato ribadito anche dalle Sezioni Unite[21], che hanno affermato l'insussistenza in queste fattispecie di un diritto soggettivo perfetto all'autorefezione scolastica, ma riconducendo le pretese azionate allo schema del «diritto sociale (all'istruzione), evidentemente condizionato e dipendente dalle scelte organizzative rimesse alle singole istituzioni scolastiche». Come è stato osservato, le pretese genitoriali devono trovare riconoscimento anche come diritti procedimentali, al fine di influire sulle scelte riguardanti le modalità di gestione del servizio mensa, rimesse all'autonomia organizzativa delle istituzioni scolastiche, in attuazione dei principi di buon andamento dell'amministrazione pubblica[22]. Occorre infine ricordare che, a seguito dell'emergenza pandemica, molte amministrazioni hanno provveduto alla riorganizzazione del servizio, comprimendo il diritto all'autorefezione. Sul tema, il CdS ha ribadito che occorre rimettere all'amministrazione la ponderazione degli interessi, anche durante l'emergenza pandemica, qualificando ancora una volta le situazioni soggettive degli alunni e delle famiglie come interessi legittimi. In questa prospettiva, compete tuttavia all'amministrazione di considerare l'importanza della consumazione collettiva e condivisa del pasto per gli studenti, al fine di tutelarne la socializzazione e la salute psicologica[23].

3. La disciplina dei servizi sostitutivi di mensa

Prima della emanazione del codice vigente, le procedure di affidamento dei servizi sostitutivi di mensa e le relative modalità di gestione trovavano il proprio quadro

[19] CdS, VI, 3.09.2018, n. 5156.
[20] Cfr. AVERSANO, *op.cit.*, p. 40.
[21] Cass.civ., SS.UU., 30.07.2019, n. 20504.
[22] Cfr. ancora MEDDA, *op.cit.*, p. 261 eROTA – BORRIELLO, *op.cit.*, p. 221.
[23] Cf. CdS, VI, 30.11.2020, n. 6926 e CdS, VI, 5.10.2020, n. 5839, richiamate in ROTA – BORRIELLO, *op.cit.*, p. 220.

ISSN 2036-7821

normativo di riferimento nel d.l. 30.6.2005, n. 115, convertito, con modificazioni, dalla l. 17.8.2005, n. 168, e nel d.P.C.M. 18.11.2005, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana del 17.1.2006, n. 13. Il predetto d.P.C.M. attuava l'art. 14 vicies-ter del citato d.l. n. 115/2005, che ne prevedeva l'emanazione al fine di disciplinare: a) le caratteristiche e i requisiti anche finanziari delle società di capitali che svolgono l'attività di gestione dei servizi sostitutivi di mensa mediante buoni pasto; b) i requisiti degli esercizi di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande, delle mense aziendali e interaziendali, nonché degli altri esercizi convenzionabili con le società di cui alla lettera a) per l'erogazione dei servizi sostitutivi di mensa; c) le modalità per garantire il valore della prestazione concordato con i lavoratori dipendenti; d) le caratteristiche del buono pasto e la regolamentazione dell'utilizzo dello stesso da parte dei lavoratori dipendenti e delle categorie assimilate. Il medesimo d.P.C.M. qualificava l'attività di emissione di buoni pasto come l'attività finalizzata a rendere, per il tramite di esercizi convenzionati, il servizio sostitutivo di mensa aziendale (art. 2, c. l, lett. a), a sua volta definito come somministrazione di alimenti e bevande e cessione di prodotti di gastronomia pronti per il consumo immediato effettuate dagli esercizi a ciò autorizzati ai sensi della vigente normativa (art. 2, c. l, lett. b).

La normativa in commento veniva in larga parte trasfusa nell'art. 285, d.P.R. 5.10.2010, n. 207, entrato in vigore nel giugno 2011, il cui art. 385 provvedeva ad abrogare il d.P.C.M. del 18.11.2005 e lo emendava da quelle previsioni ritenute illegittime dalla giurisprudenza amministrativa[24]. In particolare, con riguardo ai criteri di aggiudicazione delle procedure di affidamento dei servizi sostitutivi di mensa, il comma 7 esprimeva un giudizio di preferenza verso l'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di cui all'art. 83 del citato d.P.R. n. 207/2010. Tuttavia, il criterio del prezzo più basso del medesimo decreto poteva essere utilizzato, ai sensi dell'art. 82, in via residuale, per la scelta della società di emissione, previa indicazione, però, delle specifiche motivazioni a supporto di tale scelta.

Nell'ipotesi di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il bando di gara doveva indicare i criteri di valutazione dell'offerta medesima, tra i quali venivano annoverati, in via esemplificativa e non esaustiva: a) il ribasso sul valore nominale del buono pasto; b) la rete degli esercizi da convenzionare; c) lo sconto incondizionato verso gli esercenti; d) i termini di pagamento agli esercizi convenzionati; e) il progetto tecnico. I commi 4 e 5 stabilivano che per "buono pasto" doveva intendersi il documento di legittimazione che attribuisce, al possessore, il diritto di ricevere dagli esercizi convenzionati il servizio sostitutivo di mensa di importo pari al valore facciale del buono stesso e, al

[24] Cfr. i rilievi contenuti in TAR Lazio I 26.1.2007, n. 572, e C Stato IV 26.9.2007, n. 4970.

ISSN 2036-7821

contempo, all'esercizio convenzionato, la possibilità di provare l'avvenuta prestazione nei confronti delle società di emissione; i buoni - non cedibili, commercializzabili, cumulabili o convertibili in denaro - potevano essere utilizzati esclusivamente dai prestatori di lavoro subordinato o assimilato per l'intero valore facciale.

Con riguardo ai requisiti delle società di emissione, il comma 1 prescriveva che le medesime avessero la forma giuridica di società di capitali, con capitale sociale versato non inferiore a settecentocinquantamila euro, aventi ad oggetto l'esercizio dell'attività finalizzata a rendere il servizio sostitutivo di mensa, tramite buoni pasto ed altri titoli di legittimazione rappresentativi di servizi. Il bilancio di tali società doveva essere certificato da una società di revisione iscritta nell'elenco di cui all'art. 161, d.lgs. 24.2.1998, n. 58. Il comma 3 stabiliva, poi, che il servizio sostitutivo di mensa reso a mezzo dei buoni pasto fosse erogato, fermo restando il possesso dei requisiti igienico-sanitari prescritti, nel caso di preparazione o manipolazione dei prodotti di gastronomia all'interno dell'esercizio, dagli esercizi che svolgevano le seguenti attività: a) le somministrazioni di alimenti e bevande effettuate dagli esercizi di somministrazione previsti dalla l. 25.8.1991, n. 287, e dalle eventuali leggi regionali in materia di commercio, nonché da mense aziendali ed interaziendali; b) le cessioni di prodotti di gastronomia pronti per il consumo immediato, effettuate, oltre che dagli stessi esercizi di somministrazione e da mense aziendali ed interaziendali, da rosticcerie e gastronomie artigianali i cui titolari siano iscritti all'albo di cui all'art. 5, c. l, l. 8.8.1985, n. 443, nonché dagli esercizi di vendita di cui al d.lgs. 31.3.1998, n. 114, ed alle eventuali leggi regionali in materia di commercio, legittimati a vendere i prodotti appartenenti al settore merceologico alimentare.

A seguito dell'entrata in vigore del codice vigente, l'attività di emissione di buoni pasto, consistente "nell'attività finalizzata a rendere per il tramite di esercizi convenzionati il servizio sostitutivo di mensa" viene in parte innovata dai commi da 3 a 8 dell'art. 144 del Codice dei contratti.

In primo luogo, l'attività di emissione di buoni pasto deve essere svolta esclusivamente da società di capitali con capitale sociale versato non inferiore a euro 750.000, che abbiano come oggetto sociale l'esercizio dell'attività sostitutiva di mensa e il cui bilancio sia corredato dalla relazione redatta dalle società di revisione iscritte nell'apposito registro presso il Ministero della giustizia ai sensi dell'art. 2409-bis c.c. (comma 3). Inoltre, le società di cui al comma 3 possono svolgere l'attività di emissione dei buoni pasto previa segnalazione certificata di inizio attività dei rappresentanti legali comprovante il possesso dei requisiti prescritti dallo stesso comma 3 e trasmessa ai sensi dell'art. 19, l. 7.8.1990, n. 241, e successive modificazioni, al Ministero dello sviluppo economico. In ordine ai requisiti di capacità economica e finanziaria, la giurisprudenza amministrativa ha precisato che

ISSN 2036-7821

tale prescrizione sia da mettere in relazione con quanto disposto dall'art. 83 del codice vigente, secondo cui i requisiti di capacità economica e finanziaria devono essere "attinenti e proporzionati" all'oggetto dell'appalto, tenendo presente "l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti".
Il legislatore, pertanto, consapevole delle particolarità del settore di mercato relativo ai buoni pasto, ha previsto il peculiare requisito del capitale sociale minimo di euro 750.000,00, fissando così alle stazioni appaltanti la soglia di capitale sociale, presuntivamente comunque idonea di per sé alla partecipazione alle gare di settore. Tale disposizione appare conforme al noto principio del diritto dell'Unione Europea finalizzato alla tutela ed alla promozione della concorrenza nei pubblici appalti, oltre che al principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, inteso come necessità di perseguire il pubblico interesse attraverso il minor sacrificio possibile dell'interesse dei privati coinvolti nell'azione dell'amministrazione. Qualora le amministrazioni aggiudicatrici volessero, alla luce dell'oggetto del contratto, prevedere altri e più rigorosi requisiti di capacità economica e finanziaria, questi ultimi non potrebbero dunque riferirsi al capitale sociale, bensì ad altri elementi (quali ad esempio il fatturato o le referenze bancarie), da indicarsi motivatamente nella *lex specialis*, trattandosi in ogni modo di requisiti restrittivi della concorrenza. Inoltre, quando pure si ritenesse che la Stazione appaltante possa innalzare ulteriormente il capitale sociale minimo, richiesto per la partecipazione alle gare d'appalto per la fornitura di buoni pasto, dovrebbe fornire adeguata motivazione in ordine alla deroga al regime dell'art. 144 del nuovo codice[25].
Inoltre, al fine di dimostrare la capacità economica finanziaria, la giurisprudenza aveva chiarito che lo svolgimento di servizi sostitutivi di mensa mediante fornitura di "buoni-pasto" non fosse assimilabile, neanche per analogia, al servizio di ristorazione svolto mediante la preparazione e fornitura di pasti e che quindi i due fatturati per servizi pregressi non fossero cumulabili al fine dell'attestazione del possesso dei requisiti della capacità economica[26].
La lett. d) dell'art. 1 della l. delega n. 11/2016 prevedeva una specifica disciplina per il settore dei servizi sostitutivi di mensa e disponeva, in particolare, che l'affidamento di tali servizi dovesse anch'esso avvenire esclusivamente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, come disposto dalla lett. gg) dell'art. 1 della stessa Legge delega e come, conseguentemente, disposto dall'art. 95, c. 3. Il comma 6 dell'art. 144 dispone che il bando deve stabilire i pertinenti criteri di valutazione dell'offerta, potendo fare riferimento - oltre ad altri, ove ritenuto - ai seguenti: ribasso sul valore nominale del buono pasto (a seguito del decreto correttivo, in misura comunque non superiore allo

[25] Cfr., in tal senso, TAR Lazio Roma II 10.5.2016, n. 5470 e TAR Lombardia Milano 16.1.2017, n. 89.
[26] Cfr. C. Stato, IV 18.3.2008, n. 1167.

ISSN 2036-7821

sconto incondizionato verso gli esercenti), disponibilità o impegno a conseguire a pena di decadenza dell'aggiudicazione (comma 7) la rete degli esercizi da convenzionare, sconto incondizionato verso gli esercenti, termini di pagamento agli esercenti convenzionati e progetto tecnico.

Con particolare riferimento al progetto tecnico rilevano elementi quali: organizzazione del servizio, distribuzione sul territorio degli esercizi convenzionati, caratteristiche quantitative medie dei locali di detti esercizi, la loro articolazione temporale di funzionamento, la distanza massima e minima dalle sedi delle stazioni appaltanti, la capienza in funzione del numero di dipendenti pubblici impiegati in ciascuna sede, le procedure ed i termini di consegna dei "buoni pasto", le modalità di controllo dell'effettuazione del servizio e di redazione di report di rendicontazione. Inoltre, nell'ambito delle modalità di esecuzione del contratto, possono essere anche considerati eventuali "servizi aggiuntivi" all'esercente e/o al dipendente. La stazione appaltante deve, in tal caso, prevedere i limiti entro i quali tali servizi sono reputati ammissibili, in quanto gli stessi presentano una connessione con l'oggetto del contratto. La par condicio impone, infatti, che i concorrenti conoscano le condizioni della gara e, quindi, i miglioramenti inseriti nel progetto tecnico per la stazione appaltante e per gli esercenti sono ammessi a condizione che abbiano un peso limitato in sede di offerta e che siano tali da non snaturare l'oggetto del servizio[27].

Come previsto al comma 5 dell'art. 144, con decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l'ANAC, devono essere individuati gli esercizi presso i quali può essere erogato il servizio sostitutivo di mensa reso a mezzo dei buoni pasto, le caratteristiche dei buoni pasto e il contenuto degli accordi stipulati tra le società di emissione di buoni pasto e i titolari degli esercizi convenzionabili.

Ai fini del possesso della rete di esercizi attraverso cui si espleta il servizio sostitutivo di mensa eventualmente richiesto come criterio di partecipazione o di aggiudicazione, il comma 7 dell'articolo stabilisce che è sufficiente l'assunzione, da parte del concorrente, dell'impegno all'attivazione della rete stessa entro un congruo termine dal momento dell'aggiudicazione fissato in sede di bando. La mancata attivazione della rete richiesta entro il termine indicato comporta la decadenza dell'aggiudicazione. In ogni caso, stabilisce il comma 8 dell'articolo, le stazioni appaltanti che acquistano i buoni pasto, le società di emissione e gli esercizi convenzionati consentono, ciascuno nell'esercizio della rispettiva attività contrattuale e delle obbligazioni di propria pertinenza, l'utilizzabilità del buono pasto per l'intero valore facciale. La nuova disciplina sui buoni pasto cerca di superare le criticità che caratterizzavano in negativo l'operatività della previgente disciplina, con l'effetto ultimo di penalizzare i fruitori finali del servizio e gli esercenti che forniscono il

[27] Cfr., in tal senso, la determinazione ANAC n. 5 del 20.10.2011su cui MAZZEO, *op.cit.*, 2016, p. 1010.

ISSN 2036-7821

servizio: la disponibilità della rete di esercizio o l'impegno a conseguirla che, ai sensi dell'art. 285, c. 8, d.P.R. n. 207/2010, poteva costituire sia un criterio di valutazione che di partecipazione, in forza dell'art. 144, d.lgs. n. 50/2016 può soltanto essere un criterio di valutazione o, per lo meno, una condizione di esecuzione del contratto; è venuta meno la possibilità di ricorrere al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, in precedenza prevista, quale alternativa all'offerta economicamente più vantaggiosa, dal comma 7 dell'art. 285[28].

Analizzando il presupposto che «*la natura del servizio oggetto di gara debba comportare la necessaria attenzione alla composizione della rete degli esercizi convenzionati al fine di impedire l'utilizzo non corretto e improprio del buono pasto da parte dei fruitori (id est: per l'acquisto di prodotti diversi da un pasto pronto al consumo nei giorni di servizio)*», la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto irragionevole, sproporzionato, discriminatorio e anticoncorrenziale un disciplinare di gara che prevedeva in modo tassativo l'obbligo di costituire reti solo per con esercenti in possesso di codice ATECO di ristorazione senza somministrazione con preparazione di cibo da asporto, con l'ulteriore prescrizione dell'esposizione in cassa di uno specifico avviso dell'utilizzabilità del buono pasto solo per l'acquisto di pasti pronti per il consumo immediato, escludendo gli esercizi commerciali (quali ad esempio i supermercati con vendita di pasti per l'asporto e il consumo immediato)[29].

Per la disciplina in dettaglio di tutti questi aspetti, con Decreto del 07.06.2017 è stato emanato il nuovo "Regolamento recante disposizioni in materia di servizi sostitutivi di mensa, in attuazione dell'articolo 144, comma 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50", da parte del Ministero dello sviluppo economico, di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, che era stato oggetto del Parere n. 287 del 03 febbraio 2017 del Consiglio di Stato.

Il Regolamento individua le finalità della disciplina nella garanzia della libera concorrenza nel settore, nell'«equilibrato svolgimento dei rapporti tra i diversi operatori economici», e nell'efficienza dei servizi ai consumatori. L'oggetto della disciplina comprende l'individuazione degli esercizi presso i quali è possibile il servizio sostitutivo; le caratteristiche dei buoni pasto; il contenuto degli accordi stipulati tra le società di emissione di buoni pasto e i titolari degli esercizi convenzionabili (art. 1). Le tipologie degli esercizi convenzionati sono precisate dall'art. 3 e comprendono gli esercizi abilitati alla somministrazione di alimenti e bevande; alle attività di mensa aziendale; alla vendita al dettaglio di prodotti alimentari; alle attività di agri- e ittiturismo.

Il regolamento poi richiama le caratteristiche dei buoni pasto, anche in formato elettronico (art. 4): essi consentono al titolare di ricevere un servizio sostitutivo di

[28] Cfr. C Stato, V, 5.2.2007, n. 433, analizzata in PAGANI, *op,cit.*, 2008, p. 198.
[29] Cfr., recente, C.Stato, 27.09.2021, V, n. 6496.

ISSN 2036-7821

mensa di importo pari al valore facciale del buono pasto e all'esercizio convenzionato di provare documentalmente l'avvenuta prestazione nei confronti delle società di emissione; sono utilizzati esclusivamente dai prestatori di lavoro subordinato e dai titolari di rapporto di collaborazione anche non subordinato; sono utilizzabili solo dal titolare, esclusivamente per l'intero valore, e non sono cedibili, né cumulabili oltre il limite di otto buoni, né commercializzabili o convertibili in denaro; sono precisati i dati che devono essere riportati sui buoni cartacei e le informazioni contenute nei buoni elettronici. Il regolamento precisa anche il contenuto degli accordi (art. 5), stipulati in forma scritta a pena di nullità, tra le società di emissione e i titolari degli esercizi convenzionati: la durata del contratto, le sue condizioni anche economiche, termine di preavviso per l'eventuale rinegoziazione o la disdetta; le clausole di utilizzabilità dei buoni pasto; lo "sconto incondizionato", ovvero la remunerazione «per tutte le attività necessarie e sufficienti al corretto processo di acquisizione, erogazione e fatturazione del buono pasto»; i termini di rimborso a favore degli esercizi convenzionati da parte della società di emissione; gli eventuali ulteriori corrispettivi riconosciuti alle società di emissione per i servizi aggiuntivi. Viene stabilito il divieto di clausole di esclusione totale del rimborso a fronte di contestazioni parziali delle fatture relative ai buoni pasto.

Viene precisato che l'accordo deve distinguere in modo chiaro l'offerta di base «idonea ad assicurare al cliente un servizio completo» dagli eventuali servizi aggiuntivi che possono essere proposti agli esercizi convenzionati. Viene stabilito il divieto di addebitare agli esercizi convenzionati costi diversi dallo sconto incondizionato e dai corrispettivi per eventuali prestazioni o servizi e resta ferma la facoltà dei titolari degli esercizi convenzionabili di non aderire alla proposta di prestazioni aggiuntive. Questa distinzione è rilevante già per le procedure di affidamento, che sembrano prestarsi, secondo la disciplina regolamentare anche a finalità di tutela degli esercizi convenzionati, contro l'imposizione di servizi aggiuntivi: i bandi di gara devono prescrivere la presentazione da parte dei concorrenti anche dell'offerta di base; è vietato pattuire con gli esercizi convenzionati uno sconto incondizionato più elevato di quello stabilito dalla società di emissione in sede di offerta ai fini dell'aggiudicazione (e poi in sede di conclusione del contratto con il cliente); ai fini della partecipazione alle gare, e della valutazione delle offerte economiche, possono essere considerati come servizi aggiuntivi solo quelli che consistono in prestazioni ulteriori rispetto all'oggetto principale della gara e abbiano un'oggettiva e diretta connessione intrinseca con l'oggetto della gara.

Nel caso di procedura ad evidenza pubblica, accordi che prevedono un obbligo di adesione alla proposta di prestazioni aggiuntive per gli esercizi convenzionati, «o comunque di fatto lo determinino», costituiscono causa di risoluzione del contratto tra la stazione appaltante e la società di emissione. Per le summenzionate finalità di

ISSN 2036-7821

maggior tutela degli esercizi convenzionati, viene previsto che in caso di mancato convenzionamento a seguito della non adesione alla proposta di prestazioni aggiuntive resta ferma l'applicabilità, ove sussistano i presupposti, degli articoli 1341, in ordine alle condizioni generali di contratto, e 2598, primo comma, numero 3), del codice civile, in tema di atti di concorrenza sleale e di richiamo ai principi di correttezza professionale.

Il contenzioso relativo ad una procedura per l'affidamento del servizio sostitutivo di mensa attraverso buoni pasto da parte di Poste Italiane ha fatto emergere un contrasto giurisprudenziale tra GO e GA in ordine alla qualificazione di Poste Italiane come organismo di diritto pubblico, alla sottoposizione o meno al regime dei contratti pubblici per l'affidamento del servizio e al riparto di giurisdizione.

Secondo un recente orientamento delle Sezioni Unite, le controversie relative all'aggiudicazione dell'appalto del servizio sostitutivo di mensa, reso mediante buoni pasto cartacei, per i dipendenti di Poste Italiane s.p.a. appartengono alla giurisdizione ordinaria, incidendo solo in via indiretta sull'attività inerente al servizio speciale. Ne consegue che il procedimento di stipulazione dell'appalto non è soggetto alle regole dell'evidenza pubblica, né sussiste la giurisdizione esclusiva[30]. In particolare, l'appalto non rientra nei servizi postali e negli altri «servizi diversi dai servizi postali» ai sensi dell'art. 120 del Codice, che giustificano l'applicazione della disciplina dei settori speciali. L'appalto che ci occupa non ha infatti nulla in comune con i servizi di raccolta, smistamento, trasporto e distribuzione di invii postali, ma ha ad oggetto la prestazione del «*servizio di sorveglianza sanitaria dei dipendenti di Poste*». Esso, inoltre, non è riconducibile neppure all'ambito dei servizi diversi previsti dell'art. 120, comma 2, lett. c), i quali comprendono esclusivamente le attività precedenti e successive all'invio postale, ma strettamente connesse allo stesso. Sul piano soggettivo, secondo le SSUU non sussisterebbero le condizioni perché Poste possa essere configurata come organismo di diritto pubblico) e, dunque, per una sua attrazione nell'ambito della disciplina sui settori ordinari. Questo orientamento sembrerebbe porsi in contrasto con la posizione della Corte di Giustizia[31] e del CdS[32] della necessaria unicità del regime giuridico degli appalti applicabile all'organismo

[30] Cass.civ., SS.UU., 01.03.2018, ord. n. 4899. «*le controversie relative all'aggiudicazione dell'appalto del servizio sostitutivo di mensa, reso mediante buoni pasto cartacei, per i dipendenti di Poste Italiane s.p.a. appartengono alla giurisdizione ordinaria, atteso che tale appalto non rientra nella disciplina dei cd. settori speciali…avendo un oggetto che, per sua natura, non rileva direttamente ai fini dell'espletamento del "servizio speciale"…, incidendo solo in via indiretta sull'attività inerente al servizio speciale. Ne consegue che – a prescindere dalla qualificazione giuridica dell'ente… – il procedimento di stipulazione dell'appalto non è soggetto alle regole dell'evidenza pubblica, sicché non sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133, comma 1, lett. e), del d.lg. n. 104 del 2010, e ciò anche se Poste Italiane si sia volontariamente vincolata, pur non essendovi tenuta, alle regole di evidenza pubblica, poiché la sottoposizione o meno dell'appalto al regime pubblicistico discende esclusivamente dalle sue caratteristiche oggettive e da quelle soggettive della stazione appaltante*».

[31] Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia, IV, 5.10.2017, n. C-567/15.

[32] In particolare, cfr. CdS, Ad. Plen., 28.06.2016, n. 13.

ISSN 2036-7821

di diritto pubblico, affermando che un organismo di diritto pubblico possa applicare o meno la disciplina pubblicistica a seconda delle attività cui l'affidamento è destinato[33].

[33] GALLI, *op.cit.*, p, 227.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La disapplicazione del contenuto degli atti amministrativi in una prospettiva comparata.

di Melania D'Angelosante

(Professore Associato di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi G. d'Annunzio di Chieti-Pescara)

Sommario

1. Oggetto, ragioni, struttura e obiettivi dello studio – 2. La scelta dei sistemi oggetto della comparazione – 3. Poteri o prassi di disapplicazione in un sistema composito, monistico e 'integrante': la disapplicazione degli atti amministrativi dell'Unione europea da parte delle istituzioni della stessa Ue – 4. Poteri o pras-si di disapplicazione in un sistema a prevalente connotazione dualistica e indi-rettamente integrato: l'ordinamento francese – 5. Poteri o prassi di disapplica-zione in un sistema tendenzialmente e non integralmente monistico, già 'diffe-rentemente' integrato e recentemente 'disintegrato': l'ordinamento inglese – 6. Overview sulla disapplicazione giurisdizionale degli atti amministrativi nei sistemi esaminati – 7. Overview su possibili presupposti, casi e condizioni per la disapplicazione degli atti amministrativi da parte dell'amministrazione nei contesti ordinamentali dell'Unione europea, della Francia e del Regno Unito – 8. Osservazioni trasversali e di sistema

Abstract

This work proposes a comparative analysis of the theme of disapplication of the content of administrative acts as an alternative technique to that of annulment and possibly to the declaration of nullity.

The need to carry out a study of this type arises from the need to understand if and how some phenomena, powers and practices that can be traced in the Italian legal system find their correspondence elsewhere; as well as from the need to understand whether from the analysis of foreign experiences it is possible, even only indirectly, to draw useful elements to favor understanding or to untie some knots of the domestic picture.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Oggetto, ragioni, obiettivi e struttura dello Studio.

Questo lavoro propone una analisi comparata del tema della *disapplicazione* del contenuto degli atti amministrativi come tecnica alternativa a quella dell'annullamento ed eventualmente alla declaratoria di nullità.

L'esigenza di svolgere uno studio di questo tipo nasce dalla necessità di capire se e come alcuni fenomeni, poteri e prassi che si rintracciano nell'ordinamento italiano trovino una loro corrispondenza altrove; oltre che dalla necessità di capire se dall'analisi delle esperienze straniere si possano anche solo indirettamente trarre elementi utili a favorire la comprensione oppure a sciogliere alcuni nodi del quadro domestico[1].

In Italia la disapplicazione comporta che in un caso specifico sono paralizzati gli effetti di un atto amministrativo. Si tratta di una tecnica processuale introdotta con le leggi di unificazione amministrativa del Regno per rispondere alla necessità di conciliare (a) le esigenze di tutela del cittadino avverso l'amministrazione e (b) la separazione fra il potere giurisdizionale e quello amministrativo. Questa è la ragione per cui in quel contesto si è attribuito al giudice ordinario il potere di ignorare *inter partes* gli effetti dell'atto amministrativo viziato, senza determinare conseguenze più stabili e impattanti sul potere esercitato dall'amministrazione. Il potere è stato attribuito in origine dalla legge al solo giudice ordinario e in seguito parzialmente anche a quello tributario. Almeno per il giudice ordinario, l'attribuzione del potere disapplicativo è però avvenuta per ragioni del tutto indipendenti dal processo di integrazione europea, come testimoniato anche dalla ampia antecedenza temporale.

In ambito comunitario il processo di integrazione europea ha invece generato una forma di disapplicazione ben più nota di quella che si vorrebbe esaminare qui: ossia la disapplicazione di alcuni atti autoritativi nazionali in contrasto rispetto all'ordinamento dell'Unione, al fine di garantire la primazia di questo sugli ordinamenti nazionali. Si trattava in origine delle fonti primarie, ma in un secondo momento l'ambito oggettivo è stato esteso anche ad ulteriori atti normativi e infine ad atti autoritativi di altro genere. Questa diversa forma di disapplicazione ha peraltro influenzato in vario modo lo sviluppo della disapplicazione di genesi interna, determinandone una estensione in relazione alle autorità titolari del potere di disapplicare, ma anche agli atti da queste disapplicabili. Fra le due forme si rintracciano infatti punti di contatto sul piano degli *effetti*, soprattutto con riferimento alla disapplicazione di atti che non sono fonti del diritto.

In ambito domestico l'evoluzione e le trasformazioni dell'ordinamento hanno determinato l'emersione di più tipi di disapplicazione giurisdizionale dell'atto

[1] Per un approfondimento su quanto accade nel sistema domestico, si v. D'ANGELOSANTE M., *La disapplicazione del contenuto degli atti amministrativi fra potere e prassi*, in corso di pubblicazione per ESI, Napoli, e ivi gli ulteriori riferimenti.

ISSN 2036-7821

amministrativo, a volte di creazione giurisprudenziale, e pure in presenza di poteri di annullamento dell'autorità disapplicante sull'atto da disapplicare. Alcune autorità giurisdizionali, in particolare il giudice amministrativo, esercitano tale potere in via pretoria. La disapplicazione è inoltre praticata anche dall'amministrazione. Questo fenomeno di "autodisapplicazione" è più diffuso di quanto si possa immaginare ed è conosciuto e ammesso dalla giurisprudenza amministrativa. Le principali opacità che emergono da questo quadro riguardano il fondamento, i contenuti e i limiti del potere di disapplicazione degli atti amministrativi esercitato in via di prassi da parte del g.a. e della stessa amministrazione.
La ricerca qui sviluppata intende quindi anche rintracciare tali elementi e la loro consistenza negli ordinamenti selezionati per la comparazione, a esempio per verificare se esista un legame fra le caratteristiche dei sistemi di tutela avverso l'attività amministrativa e la rilevanza della disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice e dell'amministrazione.
A tal fine la struttura del lavoro è articolata in una prima parte ove si precisano le ragioni della scelta dei sistemi selezionati per la comparazione; una seconda parte in cui si indagano presupposti, contenuti e limiti di eventuali poteri o prassi di disapplicazione degli atti amministrativi in sede sia giurisdizionale sia amministrativa, e per ciascuno di tali sistemi; una terza parte dedicata al raffronto dei sistemi in relazione alle due variabili della sede giurisdizionale o amministrativa della disapplicazione; infine una parte conclusiva dedicata ad alcune osservazioni e considerazioni trasversali.

2. La scelta dei sistemi oggetto della comparazione.

I contesti ordinamentali oggetto di analisi sono stati selezionati alla luce delle seguenti due variabili: il grado di 'integrazione' rispetto all'ordinamento italiano e l'esistenza o meno di un sistema di giustizia amministrativa almeno in qualche modo distinto dal sistema di giustizia ordinaria.
Si esaminerà dapprima l'ordinamento dell'Unione europea, che rappresenta un apparato composito e a forte integrazione rispetto a quello nazionale: si potrebbe dire, per parziale incorporazione attiva[2]. L'ordinamento unionale è inoltre caratterizzato dalla presenza di un modello di tutela avverso l'attività amministrativa prevalentemente riconducibile ai modelli monistici, vale a dire non separato da quello ordinario. L'analisi riguarderà non il modo in cui l'Unione influenza la disapplicazione degli atti amministrativi nell'ordinamento domestico per anticomunitarietà, ma la verifica della circostanza se nel contesto unionale si ponga un problema di disapplicazione degli atti amministrativi della stessa Ue, e se tale

[2] Nel senso che l'ordinamento sovranazionale avrebbe almeno in parte incorporato quelli nazionali, limitandone sensibilmente la sovranità.

ISSN 2036-7821

aspetto sia considerato dall'ordinamento sovranazionale, in termini sia di previsione sia di applicazione e/o prassi, e infine la maniera in cui eventualmente lo sia.
La scelta di intraprendere la comparazione dal sistema dell'Ue è dovuta al carattere diretto della integrazione fra l'ordinamento sovranazionale e quello interno.
Seguirà la verifica di come il sistema Ue abbia influenzato alcuni di quelli dei Paesi membri o già membri, e/o ne sia stato influenzato.
I sistemi selezionati sono quello francese e quello inglese, che hanno espresso ed esprimono una diversa integrazione rispetto all'Unione europea.
Il livello di integrazione del Regno Unito è sempre stato più debole rispetto a quello degli altri Paesi membri, come si ricava a esempio dalla sua originaria estraneità all'unione monetaria e dalle originarie deroghe all'applicazione della Carta di Nizza nei suoi confronti. Negli ultimi anni il modello di *integrazione debole* è stato peraltro sostituito da quello della *disintegrazione*, avendo la Gran Bretagna avviato e completato le procedure per il recesso dai Trattati Ue, così innescando e portando a compimento la *Brexit*, il primo moto con direzione inversa rispetto a quella della integrazione europea.
Invece l'ordinamento francese può considerarsi indirettamente integrato rispetto a quello italiano, per il tramite della comune 'incorporazione' nell'Unione europea.
Il secondo criterio di selezione dei sistemi oggetto di studio riguarda il diverso approccio alla disciplina dell'attività amministrativa e della tutela avverso l'amministrazione.
Rispetto a tale criterio il modello francese è dualistico, come quello italiano, prevedendo un distinto giudice per l'amministrazione e una disciplina prevalentemente speciale per l'azione amministrativa.
Il modello inglese è invece monistico, prevedendo un unico giudice, a prescindere dal fatto che parte processuale sia l'amministrazione e che il processo verta sul potere amministrativo, in un contesto ove peraltro anche la disciplina dell'attività amministrativa può considerarsi prevalentemente comune rispetto a quella delle altre attività, come del resto accade nell'ordinamento unionale specialmente per l'aspetto della giurisdizione. All'interno della giurisdizione unica esistono però sezioni specializzate per il contenzioso sui *public law rights*.
L'esistenza di un rapporto di almeno tendenziale osmosi e influenza biunivoca fra l'Ue e i sistemi giuridici degli Stati membri o già membri[3] dovrebbe quindi consentire di indagare i modelli o le prassi di disapplicazione degli atti amministrativi in una dimensione comparata 'qualificata', idealmente scomponibile in due fasi. Vale a dire la ricerca dell'esistenza e l'analisi di tali modelli o prassi nell'ordinamento unionale, e quindi la valutazione del se e del come l'Unione abbia influenzato gli ulteriori

[3] Per un approfondimento si v. BARONE A., *Nomofilachia, corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, in *Dir. proc amm.*, n. 3, 2020, 555 ss.; Id., *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Cacucci, Bari, 2008.

ISSN 2036-7821

ordinamenti oggetto della comparazione o ne sia stata influenzata.

3. Poteri o prassi di disapplicazione in un sistema composito, monistico e 'integrante': la disapplicazione degli atti amministrativi dell'Unione europea da parte delle istituzioni della stessa Ue.

Un interessante studio edito alla fine degli anni '90 ha svolto una indagine sulla contestazione dell'atto amministrativo in modalità indiretta, ossia incidentale e oltre il termine previsto per la impugnazione diretta, nell'ordinamento comunitario e in quelli francese e inglese[4].

I principali strumenti cui tale studio fa riferimento per il contesto comunitario sono quelli che si rinvengono oggi negli artt. 263, 264 e 277 Tfue.

L'art. 263 attribuisce alla Corte di giustizia dell'Ue[5] la *giurisdizione* di legittimità sugli atti legislativi dell'Unione, sugli ulteriori atti vincolanti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale, nonché sugli atti del Parlamento, del Consiglio europeo e degli altri apparati dell'Ue destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Il Giudice comunitario ha precisato che l'oggetto del sindacato include, oltre agli atti legislativi dell'Unione, tutti gli atti vincolanti e definitivi o lesivi delle istituzioni comunitarie destinati a produrre effetti nei confronti di terzi[6], con l'esclusione dei contratti[7].

Il controllo di legittimità si svolge in particolare attraverso l'apprezzamento dei *vizi* di incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, e sviamento di potere. Il riferimento alla violazione delle forme sostanziali viene a sua volta considerato escludente rispetto vizi meramente formali e/o procedurali non essenziali, ritenuti sanabili e/o comunque inidonei a legittimare l'azione ex art. 263[8].

Lo *strumento* tecnico che consente di chiedere il controllo di legittimità è il ricorso, da

[4] Per gli approfondimenti sullo stato dell'arte della questione alla fine del secolo scorso si rinvia pertanto a MARCHETTI B., *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, Trento, 1996, e ivi gli ulteriori ampi riferimenti.

[5] Intesa qui, ai sensi dell'art. 19 Tue, quale sistema giudiziario dell'Unione includente anche il Tribunale di primo grado e i Tribunali specializzati. La Corte di giustizia esercita in particolare le funzioni di giudice di appello, con o senza rinvio, per soli motivi di diritto, come previsto dagli artt. 58 ss. dello Statuto della Corte allegato al Tfue quale Protocollo n. 3; agisce invece in unico grado nei ricorsi proposti dai ricorrenti privilegiati, ossia gli Stati, la Commissione, il Parlamento o il Consiglio dell'Unione, oppure dalla Corte dei conti, dalla Bce o dal Comitato delle regioni per la tutela delle proprie prerogative. Per un approfondimento sul riparto di competenze fra Corte e giudice di primo grado secondo il criterio della materia, si v. l'art. 51 dello Statuto della Corte - Protocollo n. 3 allegato al Tfue.

[6] Si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, in CHITI M.P. (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Giuffré, Milano, 2018, 384 ss. (spec. 421 ss.), e ivi i pertinenti riferimenti giurisprudenziali.

[7] Si v. Trib. primo grado, 3 ottobre 1997, n. 186, in www.europa.eu.

[8] Per un approfondimento si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, Oxford, Hart, 2019, 572, e ivi gli ulteriori riferimenti: *ex plurimis*, Corte giust., 24 ottobre 1996, n. 329.

ISSN 2036-7821

proporsi nel termine di due mesi dalla conoscibilità legale dell'atto, o in subordine dalla sua conoscenza effettiva, salve cause di forza maggiore[9]. Per le ipotesi di inesistenza o nullità la giurisprudenza tende invece ad ammetterne la contestazione dell'atto anche oltre tale termine[10].

Al ricorso sono *legittimati attivi* – in via generale – ogni Stato membro, il Parlamento europeo, il Consiglio o la Commissione. Sono inoltre legittimati la Corte dei conti, la Bce o il Comitato delle regioni, ma avverso i soli atti assunti in violazione delle rispettive attribuzioni. È infine legittimata ogni persona fisica o giuridica[11], ma per i soli atti adottati nei suoi confronti, o che la riguardino direttamente e individualmente, nonché per quelli regolamentari che la riguardino direttamente e non comportino misure di esecuzione[12].

Secondo il successivo art. 264 il ricorso è definito con decisione che "dichiara *nullo* e *non avvenuto* l'atto impugnato". Ma la Corte, ove lo ritenga necessario, può anche *precisare* "gli *effetti* dell'atto *annullato* che devono essere considerati *definitivi*"[13].

L'art. 277 consente tuttavia a ciascuna parte di un giudizio pendente dinanzi al giudice unionale, qualora l'oggetto dell'azione riguardi "un atto di portata generale adottato da un'istituzione, organo o organismo dell'Unione", di avvalersi degli stessi motivi di ricorso previsti dall'art. 263 "per invocare dinanzi alla Corte di giustizia […] *l'inapplicabilità* dell'atto", *anche dopo lo spirare del termine* di impugnazione.

Inoltre l'art. 267 consente alle autorità giurisdizionali nazionali, o richiede alle autorità giurisdizionali nazionali di ultima istanza, di rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia quando l'interpretazione e/o un giudizio sulla validità degli atti delle istituzioni dell'Unione siano necessari alla risoluzione di un conflitto pendente dinanzi al giudice interno. Si tratta dei c.d. rinvii pregiudiziali di interpretazione o di invalidità: il rinvio pregiudiziale di invalidità può risultare in concreto particolarmente funzionale a garantire un determinato grado di effettività ai modi di tutela del ricorrente nei casi in cui l'azione di annullamento dell'atto unionale non possa essere proposta, a es. per difetto di legittimazione. Per i giudici di

[9] Art. 263 Tfue e 45 dello Statuto della Corte di giustizia, di cui al Protocollo n. 3 allegato al Tfue.

[10] Per un approfondimento si v. BERTEZZOLO G., *La stabilità del provvedimento: l'esperienza comunitaria*, in FALCON G. – DE PRETIS D. (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, Cedam, 2011, 175 ss.

[11] Per un approfondimento sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, che estende la legittimazione attiva a tutti i centri di imputazione soggettiva, a prescindere dal formale possesso della personalità giuridica, si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, in CHITI M.P. (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Giuffré, Milano, 2018, e ivi i pertinenti riferimenti.

[12] Per un approfondimento sulla giurisprudenza unionale, che individua tali atti regolamentari unicamente in quelli delegati o di esecuzione subordinati agli atti legislativi in base agli artt. 290 e 291 Tfue, si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit., e ivi i pertinenti riferimenti.

[13] Corsivi aggiunti. La stessa previsione si riferisce alle decisioni di annullamento assunte in funzione di giudice di appello in alcuni casi di impugnazione o di riesame delle decisioni del giudice di primo grado (artt. 61 ss. dello Statuto della Corte allegato al Tfue quale Protocollo n. 3).

ISSN 2036-7821

ultima istanza l'obbligo di rinvio è ritenuto comunque non sussistente nelle ipotesi in cui sulla questione la Corte si sia già espressa in altro contesto. Il ruolo della Corte resta in ogni caso limitato al giudizio sulla interpretazione e/o sulla validità dell'atto dell'Unione, e non si estende alla conformità fra esso e gli atti nazionali, pur se una certa osmosi fra i due tipi di sindacato può verificarsi in concreto[14].

Gli artt. 278 e 279 consentono inoltre al giudice unionale di esercitare i poteri cautelari di *sospensione* degli atti impugnati nonché i poteri di *ordine* all'adozione dei provvedimenti provvisori necessari[15]. Il potere di sospensione è esteso dall'art. 299 Tfue ai procedimenti di esecuzione forzata fondati sull'inadempimento rispetto agli atti del Consiglio, della Commissione e della Bce comportanti obbligazioni pecuniarie a carico di persone fisiche o giuridiche diverse dagli Stati[16].

L'art. 266 riferisce infine agli apparati dell'Unione, i cui atti siano stati annullati o la cui inattività sia stata censurata in sede giurisdizionale, l'obbligo di conformarsi alla decisione giudiziale adottando i provvedimenti necessari[17]. Sull'art. 266 la Corte di

[14] Per un approfondimento, anche sulla giurisprudenza unionale in materia di obbligatorietà del rimedio - a prescindere dal grado del giudice interno - in tutti i casi in cui il giudice *a quo* abbia disposto una sospensione cautelare degli atti impugnati, di fatto ostacolando anche l'applicazione del diritto unionale, si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit., 496 ss., e ivi i pertinenti riferimenti, pure sull'obbligo del giudice *a quo* di disapplicare la eventuale normativa nazionale contrastante rispetto alla praticabilità della sospensione cautelare dell'atto interno in attesa della definizione del rinvio pregiudiziale. Si v. inoltre BARONE A., *Nomofilachia, corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, in *Dir. proc amm*., n. 3, 2020, 555 ss.; Id., *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Cacucci, Bari, 2008.

[15] L'art. 160 del Regolamento di procedura dinanzi alla Corte di giustizia e l'art. 39 dello Statuto della Corte precisano che le misure cautelari possono essere concesse, in condizioni di urgenza, sulla base di una cognizione sommaria del contenzioso, solo nell'ambito di un giudizio pendente, su istanza circostanziata e motivata della parte interessata e in osservanza del principio del contraddittorio, vale a dire consentendo alla controparte di produrre controdeduzioni e/o documenti e/o di essere ascoltata prima della decisione sulla misura. Tuttavia, in casi di particolare urgenza, la decisione può essere assunta anche in una fase antecedente rispetto all'esercizio del diritto di difesa. Inoltre, a prescindere da una domanda di parte, l'autorità giudiziaria ha il potere di modificare o ritirare in ogni tempo la misura accordata, la quale può anche essere appellata dinanzi alla Corte di giustizia, se emanata dal giudice di primo grado. Per un approfondimento sui presupposti individuati dalla giurisprudenza quali condizioni dell'emanazione del provvedimento cautelare, e articolati nella parvenza di fondatezza del ricorso principale, nel pericolo reale e attuale di danno grave e irreparabile derivante dall'attesa della definizione del contenzioso, e nella prevalenza dell'interesse privato alla concessione della misura rispetto a quello pubblico e a quello delle altre parti al mantenimento dello *status quo*, si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, Oxford, Hart, 2019, 675 ss., e ivi i pertinenti riferimenti giurisprudenziali, anche al necessario carattere temporalmente limitato della decisione.

[16] Per un approfondimento sulla comune natura cautelare di tali poteri e sui contenuti sospensivi o propulsivi che gli atti con cui essi sono esercitati possono assumere, si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit., 542 ss., e ivi i pertinenti riferimenti giurisprudenziali e al diritto unionale derivato.

[17] Più precisamente, alla definizione del ricorso consegue che "l'istituzione, l'organo o l'organismo da cui emana l'atto annullato o la cui astensione sia stata dichiarata contraria ai trattati sono tenuti a prendere i provvedimenti" necessari all'esecuzione della sentenza (art. 266). Per un approfondimento sulla giurisprudenza unionale relativa alla permanenza, in questo contesto, di un qualche tasso di discrezionalità in capo alle istituzioni comunitarie, per garantire la tutela del legittimo affidamento alla stabilità dell'atto, anche in considerazione della ragionevolezza

ISSN 2036-7821

giustizia ha a esempio fondato il potere-dovere del giudice unionale di individuare un termine ragionevole entro il quale l'obbligo conformativo va adempiuto[18], nonché il potere-facoltà di indirizzare le istituzioni comunitarie nella individuazione dei modi di conformazione alle decisioni giurisdizionali, anche in seguito a pronunce di annullamento[19].

La coercizione giudiziale a fronte di una omissione antigiuridica di una istituzione comunitaria può invece essere realizzata solo attraverso un ricorso in carenza ex art. 265 Tfue, all'esito del quale la giurisprudenza comunitaria tende comunque a escludere poteri giudiziali di ingiunzione[20].

Invece l'applicazione dell'art. 266 è stata in alcuni casi considerata dal giudice amministrativo francese idonea a fondare poteri di ingiunzione del giudice interno nei confronti dell'amministrazione incaricata di attuare il diritto comunitario, anche prescindendo dalle limitazioni individuate dall'ordinamento nazionale nella necessità che il potere amministrativo coinvolto risulti vincolato[21].

L'obbligo delle istituzioni comunitarie di conformarsi alle decisioni giurisdizionali - ex art. 266 - può rilevare per questo studio anche se rapportato agli artt. 268 e 340, che attribuiscono al giudice unionale la giurisdizione sulle *controversie risarcitorie* introdotte per i danni arrecati dalle istituzioni dell'Unione o dai suoi agenti nell'esercizio delle rispettive funzioni[22]. Il rilievo si apprezza in particolare ove si consideri che, in via di principio, la Corte di giustizia afferma l'autonomia dell'azione di risarcimento rispetto a quella di annullamento dell'atto lesivo, pur potendo una domanda risarcitoria essere proposta nell'ambito di una azione di annullamento[23]. La Corte precisa però che tale autonomia si riferisce ai soli casi in cui la domanda risarcitoria si fondi su ragioni diverse e ulteriori rispetto alla illegittimità dell'atto, poiché, diversamente, si consentirebbe l'elusione del termine di decadenza previsto per l'azione di annullamento. Questo limite non viene tuttavia riferito a quegli atti almeno generali o anche normativi rispetto ai quali le persone fisiche o giuridiche non sarebbero titolari di una azione di annullamento, per difetto del requisito di

---

del termine intercorrente fra la sua adozione e la sua rimozione, si v. SIMONATI A., *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato*, Cedam, Padova, 2009, 128 ss.

[18] Si v., *ex plurimis*, Corte giust., 12 gennaio 1984, n. 266, in www.europa.eu.

[19] Si v., *ex plurimis*, Corte giust., 26 aprile 1988, n. 215, in www.europa.eu.

[20] Si v., *ex plurimis*, Trib. di primo grado., 10 maggio 2006, n. 395, in www.europa.eu.

[21] Si v. Conseil d'Ètàt, 29 giugno 2001, n. 213229, in CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 590 ss.

[22] Per un approfondimento sulla azione di responsabilità nei confronti degli Stati per violazione del diritto dell'Unione e sulla rintracciabilità della sua base giuridica essenzialmente nella giurisprudenza della Corte di giustizia, si v. MACCHIA M., *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Giuffrè, Milano, 2012, 157 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti. Per una distinzione delle fattispecie in cui gli Stati o le istituzioni nazionali abbiano violato il diritto unionale da quelle in cui essi abbiano invece correttamente attuato tale diritto, che però si assume illegittimo, si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit.

[23] Si v. Trib. primo grado, 13 dicembre 2016, n. 713, in www.europa.eu.

ISSN 2036-7821

legittimazione attiva consistente nella circostanza che l'atto oggetto di contestazione le riguardi direttamente e individualmente. Nei casi qui richiamati l'illegittimità dell'atto lesivo viene solo accertata incidentalmente, senza condurre al suo annullamento. A fronte di queste fattispecie può pertanto emergere il tema della disapplicazione dell'atto lesivo nel giudizio risarcitorio proposto autonomamente rispetto a quello impugnatorio[24], in un contesto ove la giurisdizione in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Unione è considerata esclusiva e piena[25].

L'obbligo delle istituzioni comunitarie di conformarsi alle decisioni giudiziali può inoltre assumere rilievo in riferimento al *potere di autotutela dell'amministrazione*. Il potere risulta al momento fondato prevalentemente sulla giurisprudenza unionale, piuttosto che su specifiche disposizioni normative, a esclusione di qualche disciplina settoriale[26], talvolta includente la previsione di organismi e procedure per la risoluzione del contenzioso in sede amministrativa[27]. Tale potere è di regola qualificato in termini di facoltatività/discrezionalità, e solo eccezionalmente in termini di doverosità/vincolatezza.

In via generale i presupposti per l'intervento in autotutela vengono individuati nella illegittimità degli atti che ne formano oggetto, mentre è eccezionale l'ammissibilità di un ritiro per ragioni di opportunità. Si tende anzi a richiedere ipotesi di illegittimità particolarmente gravi, e comunque la presenza di un interesse pubblico all'annullamento tale da distinguersi da quello al mero ripristino della legalità.

L'esercizio in concreto del potere è subordinato al bilanciamento dell'interesse alla ricostituzione della legalità con l'interesse alla tutela dell'affidamento riposto dai cittadini nella stabilità del provvedimento, e generato dalla pregressa azione amministrativa[28]. L'affidamento rispetto alla stabilità di atti favorevoli è a sua volta tanto più intenso quanto più ampio sia il tempo intercorso fra l'adozione dell'atto e la sua eventuale rimozione, e nei casi di atti legittimi. Nelle ipotesi di atti favorevoli la

---

[24] Per un approfondimento si v. BERTEZZOLO G., *La stabilità del provvedimento: l'esperienza comunitaria*, cit., e ivi i pertinenti riferimenti giurisprudenziali. In senso contrario alla disapplicabilità dell'atto lesivo in caso di azione di responsabilità, ma sulla piena autonomia dell'azione risarcitoria rispetto all'azione di annullamento laddove la responsabilità per violazione del diritto unionale sia fatta valere dai cittadini nei confronti dello Stato, si v. peraltro MACCHIA M., *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, cit., 160 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti.

[25] Per un approfondimento si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit., e ivi i pertinenti riferimenti.

[26] Per un approfondimento si v. ELIANTONIO M., *Organization of judicial review in administrative matters and intra-administrative objection procedure*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, Oxford, Hart, 2019, 104 ss.

[27] In riferimento a questo aspetto l'art. 188 del Regolamento di procedura dinanzi al Tribunale di primo grado vincola la domanda giurisdizionale all'oggetto di quella già proposta dinanzi all'organismo di risoluzione del conflitto in sede amministrativa. La giurisprudenza estende tale limite anche ai motivi addotti, si v. Trib. di primo grado, 19 giugno 2018, n. 413, in www.europa.eu.

[28] Per un approfondimento si v. PÜNDER H. – KLAFKI A., *Grounds of review and standard of review*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, Oxford, Hart, 2019, 441 ss., spec. 497 ss., e ivi anche i pertinenti riferimenti giurisprudenziali.

ISSN 2036-7821

giurisprudenza tende comunque a far coincidere il termine per il ritiro con quello per chiedere l'annullamento in sede giurisdizionale.

Non si distingue tuttavia fra efficacia *ex tunc* o *ex nunc* del ritiro in relazione alle ragioni di legittimità o di opportunità che lo abbiano determinato, e pertanto la scelta dell'estensione dell'efficacia risulta rimessa all'amministrazione, che dovrà svolgerla tenendo in considerazione i suindicati elementi di contesto[29]. In questa prospettiva, il ritiro dell'atto con efficacia retroattiva è a esempio consentito solo se intervenga entro un termine ragionevole dall'adozione dell'atto da ritirare e sulla base di un adeguato bilanciamento fra l'interesse pubblico al ripristino della legalità e il legittimo affidamento riposto dai cittadini sulla stabilità dell'atto[30].

Si distingue peraltro fra l'efficacia retroattiva degli atti di autotutela involgenti rapporti già definiti e quella degli atti di autotutela involgenti rapporti ancora in attesa di definizione: la prima è ritenuta ammissibile solo in senso favorevole agli amministrati e previo attento bilanciamento fra interesse pubblico e legittimo affidamento; in relazione alla seconda l'affidamento riceve invece una minore considerazione allorquando sin dalla emanazione del primo atto fosse prevedibile un mutamento della situazione di fatto o di diritto[31].

Il quadro composto da tali rimedi fa emergere, in primo luogo, e con riferimento almeno a quelli assistiti da legittimazione normativa, evidenti ambiguità correlate all'uso della terminologia: così è a dirsi per il riferimento congiunto a concetti quali quelli di *dichiarazione di nullità e dichiarazione della circostanza che l'atto non sia avvenuto*, *definitività degli effetti dell'atto annullato*, *inapplicabilità*. Tali ambiguità derivano evidentemente sia dalla origine della fonte in lingua diversa da quella italiana e dai limiti della traduzione, sia dalla circostanza che le disposizioni richiamate riflettano l'influenza dei modelli di tutela presenti nei diversi Stati membri sul modello unionale.

Se si tenta tuttavia di superare le opacità correlate a questi limiti, le disposizioni richiamate rendono l'immagine di un sistema di contestazione degli atti vincolanti delle istituzioni unionali nel quale, in primo luogo, *non si distingue, almeno formalmente, fra la natura normativa o solo amministrativa* di tali atti. I criteri di individuazione degli atti contestabili riguardano invece l'*autorità emanante* e gli *effetti dell'atto*, poiché l'impugnabilità si riferisce a *tutti gli atti legislativi*, cui si aggiungono *quelli vincolanti del Consiglio, della Commissione e della Bce* e infine *tutti gli atti degli*

[29] Per un approfondimento si v. BERTEZZOLO G., *La stabilità del provvedimento: l'esperienza comunitaria*, cit., e ivi i pertinenti riferimenti giurisprudenziali.

[30] Per un approfondimento si v. PÜNDER H. – KLAFKI A., *Grounds of review and standard of review*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 441 ss., spec. 489 ss., e ivi i riferimenti giurisprudenziali: *ex plurimis*, Trib. primo grado, 7 dicembre 2004, n. 251.

[31] Per un approfondimento si v. PÜNDER H. – KLAFKI A., *Grounds of review and standard of review*, cit., e ivi gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

ISSN 2036-7821

ulteriori appartati dell'Unione destinati a produrre effetti nei confronti dei terzi.
Altro tratto caratterizzante consiste nel *diverso rapporto fra legittimazione attiva e interesse a ricorrere in relazione a fattispecie differenti, e quindi anche in relazione alle possibilità di tutela*.
Si distingue infatti fra diversi tipi di legittimazione.
La prima è una *legittimazione generale, o privilegiata*, e si riferisce a ogni Stato membro, al Parlamento europeo, al Consiglio o alla Commissione
La seconda è una *legittimazione limitata* alla circostanza che l'atto violi le "prerogative" del soggetto legittimato, e si riferisce alla Corte dei conti, alla Bce e al Comitato delle regioni.
L'ultima è una *legittimazione limitata* alla circostanza che l'atto si rivolga direttamente e individualmente al soggetto legittimato, oppure vi si rivolga direttamente e non richieda misure di esecuzione se trattasi di atto regolamentare[32], e si riferisce a ogni altra persona giuridica o fisica[33].
La presenza di due fattispecie rivolte a ogni altra persona fisica o giuridica è dovuta al fatto che, secondo una interpretazione successiva alle modifiche apportate al sistema delle tutele dal trattato di Lisbona, vi sarebbe una distinzione, per tipo di atto assoggettabile a contestazione, in relazione alle due ipotesi (a) della impugnazione degli *atti* che si riferiscano *direttamente e individualmente* alla ricorrente *persona fisica o giuridica*, nonché (b) della impugnazione di *regolamenti* che si riferiscano *direttamente*

[32] Sulla esclusione degli atti sanzionatori dalla categoria delle misure di esecuzione cui la disposizione si riferisce, si v. MARCHETTI B., *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'art. 263 TFUE*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, n. 6, 2010, 1471 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti.

[33] Per un approfondimento sull'evoluzione dell'approccio della giurisprudenza unionale da un tendenziale formalismo a un tendenziale sostanzialismo, in particolare nella valutazione dei presupposti della legittimazione dei ricorrenti non privilegiati, soprattutto alla luce del nuovo quarto comma dell'art. 263 Tfue all'esito del Trattato di Lisbona, che consente l'impugnazione in via principale, da parte di tali ricorrenti, anche dei regolamenti che li riguardino direttamente e che non richiedano alcuna misura di esecuzione, si v. MARCHETTI B., *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'art. 263 TFUE*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, n. 6, 2010, 1471 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti. Qui si evidenzia, in particolare, che la modifica colma il precedente vuoto di tutela relativo agli atti generali e astratti i quali, in difetto di atto applicativo, non potevano essere contestati. Si argomenta inoltre il rapporto di cumulatività, piuttosto che di alternatività, fra rimedio diretto e rimedi indiretti, nel senso che, con specifico riferimento agli atti normativi, in ossequio al principio di effettività della tutela, la mancata proposizione del rimedio diretto non dovrebbe precludere quelli indiretti. Sulla riconduzione del carattere diretto della lesione alla circostanza che l'atto non richieda misure di attuazione, e sia invece immediatamente applicabile, si v., *ex plurimis*, Corte giust., 13 maggio 1971, n. 41-44, in www.europa.eu: questa interpretazione implica peraltro di ritenere improprio l'uso, nell'odierno art. 263 c. 4 Tfue, della congiunzione "e", interposta fra gli atti regolamentari diretti e quelli che non richiedono misure di esecuzione. Sulla riconducibilità del carattere individuale della lesione alla circostanza che la posizione della parte danneggiata sia fattualmente differenziata da quella degli altri consociati, si v., *ex plurimis*, Corte giust., 15 luglio 1963, n. 25, in www.europa.eu. Il carattere individuale (*individual concern*) non è tuttavia più richiesto, dopo la modifica all'odierno quarto comma dell'art. 263 Tfue da parte del Trattato di Lisbona, per l'impugnazione in via principale dei regolamenti che riguardino direttamente chi agisce e che non richiedano misure di esecuzione. La Corte di giustizia ha tuttavia interpretato l'ambito oggettivo di applicazione di tale disposizione in senso restrittivo, vale a dire come riferito agli atti regolamentari non legislativi (Corte giust., 3 ottobre 2013, n. 583, in www.europa.eu).

ISSN 2036-7821

alla ricorrente *persona fisica o giuridica, non richiedendo misure di esecuzione*.
Il secondo rimedio riguarderebbe in sostanza i soli *atti non legislativi vincolanti*, siano essi *delegati o di esecuzione*, mentre il primo riguarderebbe *tutti gli atti vincolanti* delle istituzioni unionali *riferiti direttamente e individualmente* alla parte ricorrente[34].
Quanto agli *effetti* del rimedio, essi sarebbero invece formalmente *dichiarativi* della *nullità* e della correlata *inefficacia*, ossia, per usare le parole del Trattato, della circostanza che l'*atto* sia da considerarsi "*non avvenuto*"[35]. Tuttavia la natura costitutiva dell'azione – confermata anche dal riferimento alla domanda di "annullamento", contenuto nell'art. 21 dello Statuto della Corte quale Protocollo 3 allegato al Tfue – induce a ritenere che essa è funzionale a consentire in primo luogo una pronuncia di rimozione dell'atto, piuttosto che dichiarativa della nullità, mentre non si prevede la possibilità di emanare decisioni sostitutive di quelle dell'amministrazione[36].
Anche il richiamo alla possibilità della decisione di precisare "gli effetti dell'atto *annullato*[37] che devono essere considerati definitivi" indica che essa è concepita per esprimere un contenuto costitutivo di annullamento[38]. Pare infatti doversi ritenere che tali effetti siano quelli stabilmente prodotti e resistenti all'annullamento, o almeno alla sua efficacia retroattiva[39]. A questo aspetto la giurisprudenza della Corte correla l'annullabilità con efficacia soggettivamente, oggettivamente o temporalmente limitata[40], su istanza di parte o d'ufficio[41]. Questo regime deroga peraltro a quello ordinario dell'annullamento con effetti retroattivi ed *erga omnes*, come desumibile dagli artt. 263 e 264. L'annullamento oggettivamente o soggettivamente limitato viene in particolare riferito ai casi di atti scindibili, mentre quello che preserva nel tempo alcuni effetti dell'atto è di regola correlato alla sussistenza di significative ragioni a sostegno della stabilità dell'atto[42].
Esiste però, come si è accennato, anche un rimedio dagli esiti opposti rispetto a quelli appena indicati. Esso è previsto dall'art. 277 Tfue, il quale consente a ciascuna parte[43]

[34] Per un approfondimento si v. MARCHETTI B., *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'art. 263 TFUE*, cit., e ivi gli ulteriori riferimenti.
[35] Corsivo aggiunto.
[36] Si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, Oxford, Hart, 2019, 572.
[37] Corsivo aggiunto.
[38] Per un approfondimento, si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit.
[39] In questi termini si v. TUFANO M.L., *La certezza del diritto nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, n. 4, 2019, 767 ss., e ivi i pertinenti riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia.
[40] Si v., *ex plurimis*, Corte giust., 22 dicembre 2008, C-333/07, in www.europa.eu.
[41] Si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit.
[42] Si v. Corte giust., 23 ottobre 1974, n. 17; Id., 28 maggio 1998, n. 22; Id., 11 settembre 2003, n. 211; Id., 3 settembre 2008, n. 402, tutte in www.europa.eu. Per un approfondimento si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 555 ss.
[43] Ciò che indurrebbe a escludere una iniziativa d'ufficio, si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit.

ISSN 2036-7821

di un giudizio pendente dinanzi al giudice unionale di fondare sugli stessi motivi di legittimità che giustificherebbero il ricorso ex art. 263 Tfue, e anche dopo la estinzione del termine di impugnazione ivi previsto, una domanda di *inapplicabilità di un atto generale* adottato da una istituzione dell'Unione, e *rilevante nel giudizio ove la richiesta è avanzata*.

Anche su questo strumento si riflettono però le ambiguità riconducibili alla terminologia utilizzata: la circostanza che la domanda si fondi su ragioni di legittimità dovrebbe infatti indurre a ritenere che l'esito auspicato sia una *disapplicazione* – ossia la devitalizzazione degli effetti dell'atto nel caso specifico e per ragioni di legittimità - piuttosto che una *non applicazione* – vale a dire l'omessa applicazione dell'atto in ragione della circostanza che esso non sia riferibile alla fattispecie. L'effetto che la giurisprudenza della Corte di giustizia vi riconduce consiste peraltro in una vera e propria disapplicazione, ossia nella devitalizzazione degli effetti dell'atto limitatamente al caso deciso e alle parti processuali[44], per vizi di legittimità[45], in un contesto ove l'atto generale sarebbe astrattamente applicabile, in via diretta o indiretta, quale presupposto di quello che ne ha garantito attuazione. La disapplicazione non riguarda invece gli atti generali di cui quelli contestati non rappresentino attuazione[46].

La Corte ha comunque in alcuni casi escluso che l'eccezione sia sollevabile dai ricorrenti privilegiati, almeno in tutte le ipotesi in cui essi avrebbero potuto proporre una azione di annullamento e non vi abbiano invece provveduto. L'esclusione è stata talvolta estesa anche ai ricorrenti non privilegiati, nella misura in cui gravati dell'onere di impugnare nei termini di legge i regolamenti e gli atti generali immediatamente lesivi[47]. In tal modo la Corte ha in sostanza valorizzato, pure nelle decisioni centrate sulla natura dell'atto quale condizione di accesso alla eccezione, la circostanza che il rimedio sia funzionale a garantire il principio di *effettività* della tutela in tutti i casi ove soprattutto i ricorrenti a legittimazione limitata non abbiano potuto proporre una azione di annullamento, proprio alla luce dell'assenza del requisito della lesività riferito all'atto[48]. Ciò non le ha tuttavia impedito di ammettere la proponibilità dell'eccezione anche da parte delle istituzioni unionali e degli Stati membri, a esempio nei casi di giudizi aventi a oggetto regolamenti di esecuzione di

[44] Si v., *ex plurimis*, Corte giust., 5 ottobre 2000, n. 434, in wwww.europa.eu.
[45] Si v., *ex plurimis*, Corte giust., V, 10 marzo 1992, n. 188, in wwww.europa.eu.
[46] Si v., *ex plurimis*, Corte giust., Grande Sezione, 8 settembre 2020, n. 119, in wwww.europa.eu.
[47] Si v. Corte giust., 15 gennaio 2001, n. 239, in www.europa.eu.
[48] Si v., *ex plurimis*, Corte giust., 12 ottobre 1978, n. 156, in www.europa.eu. Per un approfondimento sugli orientamenti della Corte di giustizia si v. MARCHETTI B., *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, cit.

ISSN 2036-7821

altri regolamenti ritenuti illegittimi, a loro volta oggetto dell'eccezione[49].
In altri casi la Corte ha invece affermato la complementarità dell'azione di annullamento rispetto al rimedio di cui all'art. 277[50], e che lo *status* di ricorrente privilegiato non può rappresentare un limite alla utilizzabilità dello strumento di tutela previsto dall'art. 277[51]. Ha inoltre precisato la natura incidentale della domanda ex art. 277[52], oltre che la necessità di un nesso diretto fra l'atto cui essa si rivolge e l'atto oggetto del giudizio ove essa è sollevata[53]. Il nesso diretto si apprezza in particolare se il primo atto rappresenta un fondamento del secondo, riflettendo concretamente un rapporto di pregiudizialità[54]: in un contesto diverso l'esito dell'eccezione sarebbe invece inutile. Talvolta la Corte ha tuttavia ritenuto adeguato anche un legame meno diretto e intenso[55], e chiarito che l'eccezione è strumentale pure a consentire la dichiarazione di nullità o inesistenza dell'atto, in caso di vizi particolarmente gravi. Ne ha infine esteso l'ambito di applicabilità, includendovi i ricorsi in carenza, nella misura in cui la contestazione dell'omissione di una istituzione dell'Unione dipenda da un atto generale ritenuto viziato e che invece legittimerebbe l'inerzia[56].
L'applicabilità alle procedure di infrazione va invece posta a sistema con la circostanza che lo Stato leso dalla condotta di altro Paese membro, in quanto ricorrente privilegiato, ben potrebbe e/o avrebbe potuto contestare la validità dell'atto generale con una azione ex art. 263. Ciò si verifica nella misura in cui la contestazione dell'infrazione di uno Stato dipenda da un atto generale ritenuto viziato e che invece legittimerebbe la condotta tenuta contro l'interesse di altro Stato.
Anche il rinvio pregiudiziale c.d. di validità, come si è accennato, può consentire peraltro alla parte di accedere a una tutela effettiva avverso gli atti unionali nelle ipotesi in cui non le sia possibile contestarli in via diretta, a esempio per difetto di legittimazione attiva, sebbene il giudice *a quo* possa respingere la sua richiesta di rinvio. Il rimedio non è comunque subordinato a termine di decadenza, né può

[49] Per un approfondimento sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, che estende la legittimazione attiva a tutti i centri di imputazione soggettiva, a prescindere dal formale possesso della personalità giuridica, si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit., e ivi i pertinenti riferimenti.
[50] Si v. Corte giust., 6 marzo 1979, n. 92, in wwww.europa.eu.
[51] Si v. Corte giust., II, 15 maggio 2008, n. 442, in wwww.europa.eu.
[52] Che va rigettata in caso di rigetto della domanda principale (si v., *ex plurimis*, Corte giust., V, 22 giugno 1993, n. 222, in www.europa.eu), mentre la decisione sulla eccezione è idonea a stabilizzarsi col giudicato, pur se per prassi le istituzioni dell'Unione provvedono a modificare o abrogare gli atti disapplicati, si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit.
[53] Per un approfondimento si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit., e ivi i pertinenti riferimenti.
[54] Si v., *ex plurimis*, Corte giust., 31 marzo 1965, n. 21, in www.europa.eu.
[55] Come nel caso del rapporto fra l'atto generale determinativo dei modi di applicazione del tributo e l'atto impositivo, si v., *ex plurimis*, Corte giust., 28 giugno 2005, n. 189, in www.europa.eu.
[56] Per un approfondimento sugli orientamenti della Corte di giustizia si v. MARCHETTI B., *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, cit.

ISSN 2036-7821

qualificarsi come giudizio di parti. La pronuncia di definizione del giudizio ha inoltre natura dichiarativa, ed efficacia *inter partes* se affermativa della validità dell'atto, non impedendo che la questione sia riproposta in altro contesto. Ha invece efficacia *erga omnes*, e produce pertanto effetti equiparabili nella sostanza a quelli di un giudicato di annullamento, se dichiarativa della invalidità dell'atto.
L'efficacia della decisione di definizione del rinvio pregiudiziale c.d. interpretativo è invece sempre *erga omnes*[57].
All'esito di questa prima parte dello studio, si può rilevare che il più significativo strumento previsto dall'*ordinamento unionale* per la disapplicazione giudiziale di alcuni atti delle istituzioni comunitarie è il *rimedio contemplato dall'art. 277 Tfue*, il quale in parte corrisponde a quanto si rintraccia nell'ordinamento interno e in parte se ne discosta. L'art. 277 consente a ciascuna parte di un giudizio pendente dinanzi al giudice unionale, qualora l'oggetto dell'azione riguardi "un atto di portata generale adottato da un'istituzione, organo o organismo dell'Unione", di avvalersi degli stessi motivi di ricorso previsti dall'art. 263 "per invocare dinanzi alla Corte di giustizia […] *l'inapplicabilità* dell'atto", *anche dopo lo spirare del termine* di impugnazione.
Le *affinità* rispetto al quanto si rintraccia nell'ordinamento italiano consistono nelle *conseguenze* della disapplicazione, nei suoi *presupposti*, in *alcune* sue *condizioni* di ammissibilità, e infine in alcune sue *caratteristiche*, desumibili anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Le *conseguenze* consistono nella devitalizzazione degli effetti dell'atto limitatamente al caso deciso. I *presupposti* sono riconducibili alla invalidità dell'atto, in questo caso per uno dei vizi codificati dall'art. 263 Tfue. Le principali *condizioni* di ammissibilità si riferiscono alla necessità di qualche legame fra l'atto disapplicabile e quello oggetto del giudizio, nonché all'irrilevanza dell'eventuale estinzione del termine per chiedere l'annullamento dell'atto in sede giurisdizionale. Le *caratteristiche* consistono infine nella natura incidentale della domanda e della pronuncia, nonché nella inidoneità della decisione a stabilizzarsi nel giudicato.
Le principali *differenze* fra la fattispecie fondata sull'art. 277 e l'*ordinamento interno* riguardano la tipologia degli atti disapplicabili, che dal Tfue è circoscritta ai soli atti generali rilevanti per la definizione del giudizio pendente, a prescindere però dalla natura legislativa o amministrativa di tali atti. Il parametro per definire l'oggetto dell'art. 277 resta infatti l'art. 263, il quale a sua volta si riferisce a tutti gli atti legislativi, agli atti vincolanti del Consiglio, della Commissione e della Bce, nonché agli altri atti delle istituzioni unionali destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Tali atti consistono in quelli vincolanti e definitivi, o comunque

[57] Per un approfondimento, anche sulla giurisprudenza unionale che ammette il rimedio pure per gli atti non vincolanti e per quelli privi di effetto diretto, con la sola esclusione dei provvedimenti giurisdizionali, si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit., 496 ss., e ivi i pertinenti riferimenti.

ISSN 2036-7821

lesivi, con la sola esclusione dei contratti, come precisato dalla Corte di giustizia.
Nell'*ordinamento interno* il potere di disapplicazione a fondamento legislativo riguarda invece oggettivamente solo gli atti amministrativi, di regola a prescindere dalla loro natura anche normativa, e riguarda soggettivamente il solo giudice ordinario e in parte quello tributario. La disapplicabilità a fondamento giurisprudenziale si estende ad altri giudici, come il g.a., ma anche il giudice tributario, al di fuori del potere disapplicativo che gli è attribuito dalla legge. Il presuposto è sempre la sussistenza di un vizio dell'atto. Se giustificata dalla anticomunitarietà, l'area della disapplicazione ha un oggetto più ampio: riguarda innanzi tutto gli atti legislativi, poi quelli amministrativi di tipo normativo, talvolta anche gli altri atti amministrativi. L'estensione agli altri atti amministrativi è favorita dalla preliminare estensione alle norme secondarie, ma in un numero limitato di fattispecie.
Altra differenza rispetto all'ordinamento interno consiste nella idoneità della *eccezione di disapplicazione ex art. 277 Tfue* a consentire anche *pronunce dichiarative* della nullità o dell'inesistenza dell'atto. Tale idoneità è legittimata dalla Corte di giustizia, ma appare di minore impatto rispetto alle differenze già indicate. Questo esito è comunque più coerente rispetto a quello della disapplicabilità degli atti nulli rinvenibile nell'ordinamento nazionale.
La *legittimazione attiva* alla eccezione di disapplicazione si riferisce infine a tutte le parti di eventuali giudizi pendenti dinanzi ai giudici unionali, sebbene in alcuni casi la Corte l'abbia esclusa per quanti non abbiano proposto una azione di annullamento pur essendovi legittimati, e in altri l'abbia però ammessa anche per i ricorrenti c.d. privilegiati[58], affermando a esempio la complementarità fra azione di annullamento ed eccezione di disapplicazione.
Invece nell'*ordinamento interno* le fonti normative del potere ne enfatizzano soprattutto la titolarità in capo alla autorità giurisdizionale, piuttosto che la legittimazione attiva di parte collegata al principio della domanda, tant'è che la giurisprudenza sostiene anche la sua esercitabilità d'ufficio. Inoltre il potere di annullamento in sede giurisdizionale si aggiunge talvolta a quello di disapplicazione nella stessa sede: ciò avviene su base normativa o giurisprudenziale; talaltra il potere è invece ritenuto escludente rispetto alla disapplicabilità: ciò avviene al contrario in via interpretativa.
Nel contesto unionale la disapplicabilità degli atti può ritenersi tuttavia praticabile anche sulla base della circostanza che l'*art. 264* Tfue sembra ammettere una forma di *annullamento parziale*. Ciò in quanto consente al giudice comunitario di precisare gli effetti dell'atto annullato da considerarsi definitivi, con conseguenze assimilabili pertanto non solo a quelle di un annullamento parziale, ma anche a quelle di una

[58] Vale a dire gli Stati, la Commissione, il Parlamento e il Consiglio dell'Unione.

ISSN 2036-7821

disapplicazione, stante la sostanziale affinità fra i due rimedi in punto di effetti materiali. La stessa Corte di giustizia ammette del resto forme di annullamento con effetti temporalmente, soggettivamente od oggettivamente limitati, in specie per gli atti scindibili e in presenza di ragioni a sostegno della tutela dell'affidamento nella stabilità dell'atto.

Qualche legame con alcuni effetti almeno sostanzialmente disapplicativi si può rintracciare anche nel rimedio del *rinvio pregiudiziale c.d. di validità*, fondato sull'*art. 267 Tfue*. Il rimedio è facoltativo per le autorità giurisdizionali nazionali, e obbligatorio per le autorità giurisdizionali nazionali di ultima istanza. In particolare il rimedio consente o richiede di rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia quando una *pronuncia dichiarativa* sulla validità degli atti delle istituzioni dell'Unione sia necessaria alla risoluzione di un conflitto pendente dinanzi al giudice interno. Per i giudici di ultima istanza l'obbligo è escluso dalla sola circostanza che sulla questione la Corte si sia già espressa in altro contesto. In questo ambito la decisione della Corte ha efficacia *erga omnes*, e produce pertanto nella sostanza effetti equiparabili a quelli di un giudicato di annullamento, se dichiarativa della invalidità dell'atto. Il rimedio può dunque risultare materialmente funzionale a garantire effettività alla tutela del ricorrente quando l'azione di annullamento dell'atto non possa essere proposta, a esempio per difetto di legittimazione. L'effettività è a sua volta correlabile alla circostanza che una pronuncia pregiudiziale sulla invalidità dell'atto dell'Unione dovrebbe poter legittimare il giudice interno a disapplicarlo: si tratterebbe però di una estensione dei poteri disapplicativi dei giudici nazionali, piuttosto che di una ulteriore fattispecie di disapplicabilità dell'atto comunitario da parte del giudice unionale.

Assumono infine in qualche modo rilievo gli *artt. 268 e 340 Tfue*, che attribuiscono al giudice unionale la giurisdizione sulle *controversie risarcitorie* introdotte per i danni arrecati dalle istituzioni dell'Unione o dai suoi agenti nell'esercizio delle rispettive funzioni. Il rilievo si apprezza in particolare ove si consideri che in genere la Corte di giustizia afferma l'autonomia dell'azione di risarcimento rispetto a quella di annullamento dell'atto lesivo, pur potendo una domanda risarcitoria essere proposta nell'ambito di una azione di annullamento. La Corte precisa tuttavia che tale autonomia si riferisce ai soli casi in cui la domanda risarcitoria si fondi su ragioni diverse e ulteriori rispetto alla illegittimità dell'atto, poiché altrimenti si consentirebbe l'elusione del termine di decadenza previsto per l'azione di annullamento. Tale limite non viene però riferito a quegli atti generali o normativi rispetto ai quali le persone fisiche o giuridiche non sarebbero titolari di una azione di annullamento, per difetto del requisito di legittimazione attiva consistente nella circostanza che l'atto oggetto di contestazione le riguardi direttamente e individualmente. In questi casi l'illegittimità dell'atto lesivo viene solo accertata

ISSN 2036-7821

incidentalmente: allo stesso modo che per l'ordinamento interno, anche qui può pertanto emergere il tema della eventuale necessità di disapplicare l'atto lesivo nel giudizio risarcitorio proposto autonomamente rispetto a quello impugnatorio.

4. Poteri o prassi di disapplicazione in un sistema prevalentemente dualistico e indirettamente integrato: l'ordinamento francese.

Nell'ordinamento francese la principale forma di tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti dell'amministrazione consiste nel *ricorso per eccesso di potere dinanzi al giudice amministrativo*. Il rimedio, da esperirsi in un breve termine di decadenza per assicurare stabilità e certezza ai rapporti di diritto pubblico, è strumentale a contestare la legittimità dell'atto amministrativo definitivo chiedendone l'annullamento. Questo esito è ammesso dalla giurisprudenza anche con efficacia temporalmente e/o oggettivamente parziale, in base alle esigenze concrete[59]. Esso è comunque considerato evitabile in presenza di vizi procedurali e/o formali allorquando l'azione amministrativa si è svolta in condizioni tali per cui, anche in assenza del vizio, il contenuto della decisione non avrebbe potuto essere diverso. Negli stessi casi al giudice è riconosciuto il potere di modificare la decisione amministrativa emendandone i vizi formali e preservandone il contenuto sostanziale, purché sia assicurato il diritto di difesa dell'interessato[60]. Il ricorso per eccesso di potere dinanzi al g.a. si riferisce peraltro a una dimensione prevalentemente orientata alla tutela dell'interesse oggettivo alla legalità, e solo mediatamente anche di quello soggettivo alla difesa della posizione della parte lesa[61].

Una deviazione dallo schema della decadenza per il ricorso al g.a. è rappresentata dal regime di alcuni atti riconducibili alle c.d. *operazioni amministrative complesse*. La giurisprudenza ammette infatti che tali atti possano essere sindacati anche se non annullati e a prescindere dalla avvenuta estinzione del termine di decadenza per impugnarli, nel corso del giudizio di annullamento instaurato avverso il successivo provvedimento per la cui emanazione essi hanno rappresentato un presupposto necessario. Questo tipo di sindacato si aggiunge peraltro all'autonoma impugnabilità dell'atto tramite il ricorso per eccesso di potere, da cui restano esclusi solo gli atti

[59] L'annullamento parziale è di regola consentito in relazione ad atti scindibili, mentre quello con efficacia temporalmente limitata è di regola ammesso per significative ragioni, connesse a esempio al principio di certezza del diritto, si v. Conseil d'Ètàt, 11 maggio 2004, n. 255886, in CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 566 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti: Conseil d'Ètàt, 1 giugno 1970, n. 6410. Per un approfondimento si v. SIMONATI A., *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, in FALCON G. – DE PRETIS D. (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, Cedam, 2011, 3 ss.

[60] Per un approfondimento si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 575 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti: Conseil d'Ètàt, 3 dicembre 2003, n. 240267; Id., 6 febbraio 2004, n. 240560.

[61] Per un approfondimento si v. MARCHETTI B., *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, cit.

ISSN 2036-7821

meramente preparatori. La principale condizione limitativa individuata in sede giurisprudenziale è che il rimedio del 'sindacato senza annullamento' non produca l'effetto di compromettere i diritti acquisiti dai terzi in ragione dell'atto antecedente. Quando tale limitazione è osservata e la cognizione dell'atto presupposto è ammessa in questi termini, l'eventuale annullamento dell'atto presupponente si fonderà pertanto, come pare potersi ritenere, anche sulla disapplicazione di quello che lo precede e lo fonda nella sequenza procedimentale.

Altra deviazione è rappresentata dalla possibilità di sollevare una *eccezione di illegittimità* avverso gli atti definitivi su cui si fonda la responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione nell'ambito dei *giudizi risarcitori*, pur se trattasi di atti attributivi di vantaggi a terzi[62]. In questo contesto la tutela risarcitoria è autonoma da quella conseguibile attraverso l'annullamento dell'atto lesivo, pur se alcuni correttivi si riconducono alla circostanza che, in difetto di tutela costitutiva, la quantificazione della prestazione risarcitoria possa essere limitata dalla considerazione del contributo causale della parte lesa all'aggravamento del danno[63]. L'azione risarcitoria può peraltro essere proposta anche congiuntamente rispetto a quella di annullamento[64]. Quando il rapporto fra le azioni viene tuttavia concretamente trattato in termini di autonomia e la domanda risarcitoria sia pertanto proposta a prescindere da una preventiva richiesta di annullamento dell'atto lesivo, si può evidentemente porre, in questo contesto come nell'ordinamento italiano, il tema della necessità e/o della possibilità di disapplicazione del provvedimento quale precondizione di accesso alla pronuncia di condanna.

Pure per i *provvedimenti* affetti da vizi particolarmente gravi, tali da poter essere considerati *inesistenti* - e pertanto contestabili autonomamente con il *ricorso per la dichiarazione di inesistenza* - l'*eccezione di illegittimità* è *sempre ammessa*, a prescindere dalla natura dell'atto e dal suo rapporto con gli atti successivi.

In concreto l'applicazione di tali regimi, in parte a fondamento giurisprudenziale, avviene tuttavia con un apprezzabile grado di opacità sui criteri e sugli esiti dell'accertamento e della valutazione dei presupposti, a esempio in riferimento al rapporto fra atti della fattispecie o alla natura e alle caratteristiche dell'atto oggetto del sindacato in via di eccezione.

Si può ora tornare al *ricorso per eccesso di potere dinanzi al giudice amministrativo*, che rappresenta peraltro solo una delle articolazioni del *più ampio contenzioso sull'eccesso di potere*, al quale sono riconducibili *anche* il ricorso *en appreciatiòn de legalitè*, nonchè *il*

---

[62] Si v. MARCHETTI B., *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, cit.

[63] Per un approfondimento, si v. SIMONATI A., *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, in FALCON G. – DE PRETIS D. (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, Cedam, 2011, 3 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti.

[64] Per un approfondimento si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 618 ss.

ISSN 2036-7821

ricorso per la dichiarazione di inesistenza, cui soprattutto la giurisprudenza ha aggiunto la dichiarazione della più grave *voie de fait*, per l'accertamento della quale la giurisdizione spetta in via generale al g.o.

Il ricorso *en appreciatiòn de legalitè* ha natura incidentale, instaurandosi solo quando il giudice ordinario sospenda il giudizio dinanzi a sé per rimettere a quello amministrativo la cognizione di un atto dell'amministrazione che sia pregiudiziale rispetto al contenzioso comune (*rinvio pregiudiziale*), ma su cui egli non possa esprimersi per difetto di giurisdizione. In tal caso la pronuncia del giudice amministrativo avrà natura dichiarativa[65].

Il *ricorso per la dichiarazione di inesistenza* non è soggetto invece a termine di decadenza, è finalizzato alla emanazione di una pronuncia meramente dichiarativa e, come quello di annullamento per eccesso di potere, ha natura principale.

Ulteriore *via* di accesso al giudizio amministrativo è quella c.d. *prefettizia*, potendo il Prefetto contestare dinanzi al g.a. la validità sia dei provvedimenti sia degli altri atti amministrativi delle regioni o delle amministrazioni locali (*dèfèrè prefectoral*)[66].

A questi rimedi si aggiunge il *ricorso di piena giurisdizione*, esteso anche ai diritti e alla possibilità di emanare pronunce sostitutive e di condanna[67], oltre che dichiarative[68] e di annullamento. Esso è a esempio previsto per le materie indicate all'art. 311.4 del Codice di giustizia amministrativa[69].

Si aggiungono poi le misure cautelari, che il giudice amministrativo può assumere in primo luogo nella forma delle ordinanze di sospensione o di esecuzione (*rèfèrè-suspension*), in pendenza di un ricorso di annullamento o di piena giurisdizione, e con efficacia temporalmente limitata, su istanza di parte e dopo aver valutato la sussistenza dei presupposti individuati dal Codice[70], nonché la presenza di alcuni

---

[65] Per un approfondimento si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 608 ss.

[66] Su questa ulteriore articolazione si v. in particolare SIMONATI A., *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, in FALCON G. – DE PRETIS D. (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, Cedam, 2011, 3 ss.

[67] Per un approfondimento si v. MACCHIA M., *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, Giuffré, 2012, 354 ss.; CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 555 ss., 565 ss.

[68] Si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 607 ss.

[69] Per un approfondimento si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 555 ss., 565 ss.; NOGUELLOU R., *Les pouvoirs du juge administratif dans le procès administrativ. le cais français*, in AA.VV., *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo. Annuario 2012 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, 167 ss.

[70] Vale a dire la parvenza di fondatezza del giudizio principale, nonché il pericolo di danno grave e irreparabile derivante dall'attesa della definizione del contenzioso. Si v. in particolare le integrazioni apportate al Codice di giustizia amministrativa (artt. 511.1, 511.2, 521.1) dalla legge del 30 giugno 2000.

ISSN 2036-7821

ulteriori presupposti individuati in sede giurisprudenziale[71].

Ulteriore strumento di tutela cautelare è il c.d. *rèfèrè-libertè* (art. 521.2 *Code de justice administrative*), che consente al g.a. di assumere decisioni provvisorie, in forma atipica secondo le esigenze del caso, entro quarantotto ore dalla richiesta, per la tutela in via di *urgenza* di libertà fondamentali[72] *seriamente* compromesse da *un'azione evidentemente illegittima* della p.a. o di privati incaricati dello svolgimento di pubblici servizi[73]. La provvisorietà della decisione esclude quindi che il suo esito possa essere l'annullamento.

Infine, in caso di urgenza, il giudice amministrativo può adottare tutte le *misure cautelari e provvisorie* utili a tutelare la posizione del richiedente, pur quando l'amministrazione non abbia ancora assunto alcuna decisione, e osservando il solo limite di non interferire con l'esercizio della funzione amministrativa (art. 521.3 *Code de justice administrative*)[74].

Il g.a. può inoltre disporre, sempre in via interinale, cautelare e d'urgenza, e su istanza di parte, *relazioni tecniche* su fatti da cui potrebbe originare un contenzioso[75], e *anticipazioni di pagamento* a carico dell'amministrazione per debiti nei confronti di terzi assistiti da una solida parvenza di fondatezza (artt. 531.1, 532.1, 541.1 *Code de justice administrative*).

In questo scenario l'*eccezione di illegittimità*, proponibile in contesti specifici e circoscritti, attenua le rigidità riconducibili al sistema delle azioni appena descritto, essendo in molti casi ammissibile anche dopo lo spirare del termine di decadenza, per paralizzare gli effetti dell'atto amministrativo a garanzia dell'effettività della tutela della parte che ne abbia invocato la illegittimità *in giudizio diverso da quello di impugnazione per eccesso di potere*.

Le condizioni di ammissibilità dell'eccezione sono però stringenti, essendo consentito al giudice civile di pronunciarsi su una domanda di questo tipo solo se ciò non determini un sostanziale aggiramento delle regole sul riparto di giurisdizione. La decisione risulta in particolare ammessa solo quando sia necessario estendere la

---

[71] Vale a dire la prevalenza dell'interesse di parte alla concessione della misura rispetto a quello pubblico e delle altre parti al mantenimento dello *status quo*: si v. Conseil d'Ètàt, 19 gennaio 2001, n. 228815, in CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 683.

[72] Per una interpretazione delle libertà fondamentali estesa oltre il perimetro dei diritti costituzionalmente garantiti, si v. Conseil d'Ètàt, 14 febbraio 2014, n. 375081, in CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 684 ss.

[73] Per un approfondimento sulla autonomia del rimedio rispetto alla pendenza di una azione di annullamento, si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 684 ss. Per un ulteriore approfondimento si v. SIMONATI A., *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, cit.

[74] Per un approfondimento sulla possibilità di avvalersi del rimedio anche a prescindere dalla pendenza di una azione di annullamento, purchè altre forme di tutela cautelare non siano praticabili con le stesse prospettive di effettività, e solo per richiedere misure diverse dalla sospensione, si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 688.

[75] Pure con finalità probatorie, sebbene l'azione amministrativa non sia stata ancora esercitata.

ISSN 2036-7821

cognizione a un atto regolamentare, o a un atto individuale seriamente viziato[76], senza che ciò comporti un sindacato di legittimità. È inoltre ammessa quando la questione sia già stata risolta da giurisprudenza amministrativa consolidata, o infine quando l'atto incida in modo importante sul diritto di proprietà o su una libertà del cittadino o violi il diritto dell'Ue[77].

Negli altri casi la giurisprudenza si è orientata a ritenere necessaria una *sospensione* del giudizio civile in attesa che la questione sia risolta dal giudice amministrativo, se da questi ritenuta *utile* e *rilevante*[78], con una *pronuncia* peraltro *dichiarativa*, all'esito dell'apposito rimedio del *rinvio pregiudiziale*, esperibile anche dopo lo spirare del termine di decadenza per l'impugnazione dell'atto. Ma il rinvio pregiudiziale è a sua volta fondato sulla sussistenza di una questione la cui soluzione, correlata a obiettive difficoltà sulla interpretazione o sull'accertamento della validità di un atto dell'amministrazione, sia *indispensabile* per la definizione del contenzioso pendente.

Il sindacato indiretto di legittimità resta quindi ancillare rispetto al sistema della impugnazione, e giustificato dalla necessità di tutelare i diritti in un contesto ove il modello dell'impugnazione non risulti tuttavia eluso.

Per il giudice ordinario in sede penale il sindacato incidentale è invece ritenuto ammissibile con maggiore ampiezza rispetto alla sede civile.

I limiti riferibili generalmente al giudice comune appaiono comunque nel complesso più significativi di quelli che nell'ordinamento italiano consentono il sindacato incidentale dello stesso giudice sull'atto amministrativo e la conseguente disapplicazione dell'atto. Ciò è riscontrabile almeno in astratto, poiché concretamente, come si è visto, i presupposti su cui il giudice comune può fondare una estensione dei propri poteri sono variegati e dal contenuto ad alto tasso di vaghezza.

L'*eccezione di illegittimità* è inoltre consentita[79], *per gli atti regolamentari, senza subordinazione a termine di decadenza*[80] e, per gli *altri atti*, nello stesso *termine di decadenza* cui è subordinata l'impugnazione[81], *anche nell'ambito del giudizio*

---

[76] In termini di inesistenza o per la più intensa c.d. *voie de fait*. Per un contributo alla distinzione, in base all'analisi della giurisprudenza e degli studi sul tema, fra le tre forme di invalidità riferibili agli atti amministrativi, si v. SIMONATI A., *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, cit.

[77] Si v. MARCHETTI B., *Il potere di disapplicazione del giudice civile nell'analisi di Aldo Travi*, in corso di pubblicazione negli Studi in onore di Aldo Travi, 2022.

[78] Si v. MARCHETTI B., *Il potere di disapplicazione del giudice civile nell'analisi di Aldo Travi*, cit.

[79] Come si ricava dall'art. R312-3 del *Code de justice administrative*, che riferisce alla competenza del giudice amministrativo ogni domanda anche interlocutoria o indiretta riconducibile all'ambito della sua giurisdizione.

[80] Si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 642, e ivi i pertinenti riferimenti giurisprudenziali: Conseil d'Ètàt, 29 maggio 1908, n. 25488.

[81] Per un approfondimento sulla giurisprudenza che estende il rimedio anche ad atti diversi da quelli regolamentari, purché il termine per la loro impugnazione non sia spirato o sia ancora pendente un ricorso finalizzato alla loro rimozione, si v. SIMONATI A., *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, cit. Per un approfondimento sulla utilità dell'eccezione di illegittimità dell'atto non

ISSN 2036-7821

amministrativo finalizzato all'annullamento di atto connesso a quello per la cui contestazione è sollevata. In questa fattispecie il legame fra atto regolamentare e atto di cui è chiesto l'annullamento si connota normalmente in termini tali per cui l'illegittimità dell'atto non regolamentare deriva dalla illegittimità del regolamento[82].
Le due fattispecie della proponibilità nel termine di decadenza o in ogni tempo si possono però distinguere anche in base alla *idoneità dell'atto a costituire posizioni di vantaggio in capo ai destinatari*: in questa ipotesi l'eccezione è infatti preclusa dalla intercorsa decadenza per esigenze di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento. Oppure è individuata nella inidoneità dell'atto a determinare tali posizioni, nel qual caso l'eccezione è consentita, non ostandovi le predette ragioni. Per la contestazione di atti particolari fondativi di vantaggi il rimedio di tutela in via incidentale viene dunque escluso quando siano spirati i termini per la contestazione in via diretta, proprio al fine di evitare l'elusione di tali termini attraverso la tutela incidentale postuma. Viene inoltre escluso per la contestazione di vizi di forma o procedimentali[83]. I due tipi di azioni - in via diretta o indiretta - sarebbero tuttavia concorrenti per gli atti regolamentari immediatamente lesivi[84].
Concretamente questa distinzione non corre però esattamente lungo il confine che separa gli atti regolamentari dagli altri atti amministrativi, sicché in alcuni casi il trattamento degli atti amministrativi non regolamentari è stato accomunato, per questo profilo, al regime degli atti regolamentari.
L'accoglimento dell'eccezione impedisce l'applicazione dell'atto limitatamente al caso deciso, non comportandone l'annullamento.
Rispetto a questo scenario la giurisprudenza si divide sugli effetti della disapplicazione del regolamento, a esempio con riferimento alla eventuale riviviscenza della disciplina previgente. Si divide tuttavia soprattutto sulla idoneità della decisione di definizione dell'eccezione a essere interessata dal giudicato. La posizione favorevole e sostanzialista del g.o. si contrappone infatti di regola a quella contraria e più formalista del g.a.[85], sebbene in alcuni casi pure il giudice amministrativo abbia affermato che la dichiarazione giudiziale di illegittimità dell'atto vincola l'amministrazione all'adozione delle misure conseguenti anche

---

regolamentare nonostante la subordinazione a termine di decadenza, nel senso che il rimedio consentirebbe di contestare anche atti in relazione ai quali potrebbe non essere rintracciato un interesse tale da giustificare una azione di annullamento, si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 642.

[82] Sul tipo di legame fra atto regolamentare e atto non regolamentare ritenuto adeguato a giustificare una eccezione di legittimità, si v. Conseil d'Ètàt, 30 dicembre 2013, n. 367615, in CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 643 ss.

[83] Si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 642, e ivi i pertinenti riferimenti giurisprudenziali: Conseil d'Ètàt, 18 maggio 2018, n. 414583.

[84] Per un approfondimento si v. MARCHETTI B., *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'art. 263 TFUE*, cit, e ivi gli ulteriori riferimenti.

[85] Per un approfondimento, si v. SIMONATI A., *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, cit., e ivi gli ulteriori riferimenti.

ISSN 2036-7821

quando pronunciata in via indiretta[86].

A questi temi e a questi esiti si correla anche il *potere di autotutela dell'amministrazione*[87], il quale può essere soggetto a termine di svolgimento o essere esercitabile in ogni tempo. Può inoltre avere efficacia retroattiva oppure *ex nunc*. Può infine essere facoltativo o doveroso, oppure discrezionale o vincolato. La soggezione a termine di esercizio o la esercitabilità in ogni tempo, l'efficacia retroattiva o *ex nunc*, e infine la facoltatività/doverosità o discrezionalità/vincolatezza, dipendono però da alcune variabili, ossia dalla natura giuridica regolamentare o non regolamentare dell'atto che ne forma oggetto, dalla circostanza che esso sia o non sia illegittimo, e infine dal fatto che esso attribuisca o non attribuisca vantaggi ai destinatari.

La disciplina attuale è ricavabile prevalentemente al *Code des relations entre le public et l'administration*, in vigore dal 2016.

Il Codice (artt. 241 ss.) si occupa del ritiro, con efficacia retroattiva oppure *ex nunc*, dei propri *atti unilaterali* da parte dell'amministrazione, e non solo o sempre per motivi di legittimità.

In questi termini la *rimozione* è in primo luogo *consentita, con qualsiasi tipo di efficacia e in ogni tempo*, laddove gli atti siano *fondati su una condotta fraudolenta del destinatario*.

Il ritiro degli *atti favorevoli* è invece di regola precluso, a eccezione dell'ipotesi in cui essi siano *illegittimi*, *potendosi* in tal caso procedere alla loro rimozione nel termine di *quattro mesi* dalla adozione.

Per gli *atti che non attribuiscono vantaggi* ai destinatari il *ritiro* con efficacia *ex nunc* o la *modifica possono* al contrario essere realizzati *senza particolari limiti* di tempo o relativi a condizioni legittimanti, fatta salva l'applicazione delle misure transitorie nelle fattispecie di cui all'art. 221 c. 6. Tali atti *possono* invece essere *annullati* con efficacia *ex tunc* solo se *illegittimi* e nel termine di *quattro mesi* dalla loro adozione, a prescindere dalla natura regolamentare[88].

L'amministrazione è tuttavia *tenuta a ritirare espressamente*, ma con efficacia *ex nunc*, gli *atti regolamentari illegittimi* e *gli atti privi di causa*, sia se i vizi siano originari sia se derivino da circostanze sopravvenute, nonché gli *atti non regolamentari non attributivi di vantaggi e divenuti illegittimi o privi di causa, per circostanze sopravvenute*. Fanno eccezione, con riferimento a ciascuna di tali ipotesi, gli atti per i quali la condizione di illegittimità sia cessata.

Per alcune categorie di *atti* il potere di *autotutela non* è quindi soggetto a *termini* di esercizio: il riferimento è agli fondati su condotte fraudolente, a quelli non attributivi di vantaggi e a quelli illegittimi.

---

[86] Si v. Conseil d'Ètàt, 27 maggio 2002, n. 227338, in CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 645.

[87] Si v. MARCHETTI B., *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, cit.

[88] Per un approfondimento si v. PÜNDER H. – KLAFKI A., *Grounds of review and standard of review*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 441 ss., spec. 489 ss.

ISSN 2036-7821

Per gli *altri atti* la *intangibilità da parte dell'amministrazione* si verifica allo spirare di quattro mesi dalla loro adozione[89].
Ulteriore variabile è rappresentata dalla *natura e* dalle *caratteristiche del potere* amministrativo di ritiro, qualificato come doveroso e con effetti *ex nunc* solo quando abbia a oggetto regolamenti illegittimi, atti privi di causa e atti non attributivi di vantaggi né regolamentari divenuti illegittimi in via sopravvenuta. Negli altri casi il potere è invece qualificato come facoltativo nell'*an* e discrezionale nel contenuto. Solo in una parte di tali ipotesi alcune caratteristiche di efficacia o di contenuto del potere sono articolate diversamente: si tratta in particolare degli effetti *ex nunc* del ritiro in ogni tempo degli atti non attributivi di vantaggi, nonché degli effetti retroattivi del ritiro degli atti illegittimi non attributivi di vantaggi nel termine di quattro mesi dalla loro adozione.
L'ultima variabile riguarda i *presupposti del ritiro*, che in alcuni casi si riferiscono all'illegittimità e in altri ne prescindono. La possibilità di ritiro per motivi anche diversi dall'illegittimità è prevista in particolare per gli atti non attributivi di vantaggi. Negli altri casi l'illegittimità è invece precondizione di esercizio del potere.
Gli orientamenti giurisprudenziali hanno espresso e/o esprimono tuttavia molte oscillazioni sulla distinzione in concreto dei casi in cui sussisterebbe un obbligo di ritiro rispetto a quelli ove esisterebbe una mera facoltà di ritiro. Lo stesso è a dirsi in riferimento alle caratteristiche del termine di esercizio, definito o *sine die*, nonché dell'efficacia, retroattiva o *ex nunc*.
Per gli *atti non regolamentari attributivi di vantaggi* il ritiro *ex nunc* si ritiene inoltre subordinato alla adozione di *procedimento e* di *provvedimento speculari ma di segno contrario* rispetto a quelli con cui il vantaggio è stato determinato.

5. Poteri o prassi di disapplicazione in un sistema tendenzialmente e non integralmente monistico, già 'differentemente' integrato e recentemente 'disintegrato': l'ordinamento inglese.

Nell'ordinamento inglese il rimedio per attivare la contestazione indiretta dell'atto amministrativo è il c.d. *collateral challenge*, vale a dire una eccezione processuale che permette alla parte lesa da un provvedimento dell'amministrazione di contestarne la

[89] Vale a dire nello stesso termine previsto per il ricorso giurisdizionale o, al più tardi, entro il deposito degli atti conclusionali nel giudizio pendente, o nel diverso termine definito in sede giurisprudenziale, o entro la definizione di un eventuale ricorso non giurisdizionale in sede amministrativa. Per un approfondimento sul fondamento di tali conclusioni si v. SIMONATI A., *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, cit. In quest'ultimo caso, a differenza di quanto si è visto per l'ordinamento unionale, non si individuano preclusioni fra l'oggetto e i motivi del ricorso in sede amministrativa e l'oggetto e i motivi del ricorso in sede giurisdizionale, si v. Conseil d'Ètàt, 21 marzo 2007, n. 284586, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 304.

ISSN 2036-7821

validità davanti al giudice ordinario (*Court*), in sede civile o penale[90].
La contestazione in via di eccezione consente in sostanza al giudice ordinario di definire una questione pregiudiziale riguardante la validità dei poteri esercitati dall'amministrazione e incidenti però su diritti di natura privatistica (*private law rights*, *legal rights*).
Per definire l'esatta dimensione del rimedio occorre tuttavia stabilire in quali casi il giudice possa decidere sulla questione pregiudiziale e in quali altri casi sia invece necessario che sulla questione si pronunci il giudice competente a risolvere le controversie di diritto pubblico. Si è argomentato che ricorrerebbe la prima fattispecie nell'ipotesi di *esercizio*, da parte dell'amministrazione, *di potere di cui essa è priva*, e la seconda nell'ipotesi di *esercizio viziato di potere esistente*[91]. Tuttavia, in qualche caso, è emersa la tendenza a estendere il rimedio alle fattispecie in cui sarebbe astrattamente possibile contestare l'atto per chiederne l'annullamento[92].
Lo strumento per conseguire l'effetto demolitorio in sede giurisdizionale è la c.d. (*application for*) *judicial review of administrative action*, consistente nell'azione di annullamento degli atti amministrativi illegittimi dinanzi alla *Administrative Court*[93], quale sezione specializzata della *High Court*, che presta il primo livello di tutela giudiziale[94]. La disciplina dell'azione risale all'*Order* n. 53 del 1977 delle *Rules of Supreme Court*, successivamente oggetto di riforma da parte del *Senior Courts Act* nel 1981 e quindi delle *Civil Procedure Rules* nel 1998 e nel 2000[95]. La tutela va azionata in un termine relativamente breve, che in base ai casi può variare da uno a tre mesi[96], eventualmente prorogabili dalla Corte[97]. La tutela va inoltre azionata dopo aver

[90] Si v. MARCHETTI B., *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, cit., e ivi gli ulteriori riferimenti: EMERY C., *Collateral Attack – Attacking* Ultra Vires *Action Indirectly in Courts and Tribunals*, in *Modern Law Review*, 1993, vol. 56, 643 ss.

[91] Si v. MARCHETTI B., *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, cit.

[92] Si v. House of Lords, 2 aprile 1998, in CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 639 ss., spec. 641, e ivi anche riferimenti all'eventuale esito di annullamento che potrebbe conseguire al rimedio ("any ground of challange available in a direct action is available to a claimant bringing a collateral challange"; "if the indirectly challanged decisioni is invalid, it will be quashed").

[93] Per un approfondimento si v. DE PRETIS D., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, in FALCON G. (a cura di), *Il diritto amministrativo dei paesi europei*, Cedam, Padova, 2005, 303 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti; PERROUD T., *Constitutional structure and basic characteristics of the legal systems examined (concerning judicial review)*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 16 ss.

[94] Per un approfondimento si v. ELIANTONIO M., *Organization of judicial review in administrative matters and intra-administrative objection procedure*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 53 ss.

[95] Per un approfondimento si v. DE PRETIS D., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, in FALCON G. (a cura di), *Il diritto amministrativo dei paesi europei*, Cedam, Padova, 2005, 303 ss.; PERROUD T., *Constitutional structure and basic characteristics of the legal systems examined (concerning judicial review)*, cit.

[96] Si v. MARCHETTI B., *Il potere di disapplicazione del giudice civile nell'analisi di Aldo Travi*, cit.

[97] Per un riferimento alla giurisprudenza che ricollega la derogabilità alla gravità del vizio riscontrato, si v. PELLIZZARI S., *La stabilità e la contendibilità del provvedimento amministrativo nell'esperienza inglese*, in FALCON G. – DE

ISSN 2036-7821

ottenuto l'autorizzazione a procedere, ossia il c.d. *locus standi* della Corte Suprema, per la valutazione della sussistenza del c.d. *sufficient interest* ad agire. L'autorizzazione può a sua volta estendersi all'acquisizione e all'esame di documenti nonché all'escussione della controparte e/o dei testi. Sebbene l'esito tipico della *judicial review* sia l'annullamento (*certiorari*), consentito anche con efficacia *ex nunc* ove lo giustifichino significative ragioni di interesse pubblico[98], la parte può chiedere all'autorità giurisdizionale di assumere le decisioni più adeguate alla tutela della propria posizione soggettiva, a esempio in caso di omissioni dell'amministrazione. Sono infatti consentite anche pronunce di condanna - pure nella forma delle ingiunzioni a fare, c.d. *mandatory injunctions* -, pronunce dichiarative - pure in assenza di un contenzioso pendente[99] -, pronunce di accertamento o inibitorie - pure nella forma delle ingiunzioni a *non* fare, c.d. *prohibitory injunctions*[100]. La condanna al risarcimento del danno nell'ambito della *judicial review* non è tuttavia autonoma dall'azione di annullamento[101].

Alcune di tali decisioni possono anche essere assunte in sede cautelare, consentendo gli artt. 37 del *Senior Court Act 1981* e 25.1 delle *Civil Procedure Rules* l'adozione di misure provvisorie, incondizionate o condizionate[102], anche *ante causam*, dal contenuto dichiarativo oppure disponenti ingiunzioni di fare o di non fare. L'art. 54.10 delle *Civil Procedure Rules* consente inoltre al giudice di disporre la sospensione cautelare degli atti cui il contenzioso si riferisce.

La *judicial review* è considerata lo strumento di tutela principale avverso gli atti dell'amministrazione, nel senso che il *collateral attack* non è ritenuto utilizzabile quando ciò determini l'elusione dei termini per l'azione dinanzi alla Sezione specializzata per le controversie di diritto pubblico e quando il rimedio di *public law*,

---

PRETIS D. (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, Cedam, 2011, 95 ss.

[98] Si v. Supreme Court, 4 febbraio 2010, in CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 555 ss., 561.

[99] In questo caso la pronuncia sarebbe essenzialmente orientata a dissolvere situazioni di incertezza, orientando pertanto in una determinata direzione le condotte future, si v. High Court (Queen's Bench Division), 24 giugno 1999, in CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 171 ss., 605 ss. Le ingiunzioni *ante causam* possono peraltro essere pronunciate anche con finalità cautelari, rappresentando anzi questa la fattispecie più diffusa, fondata sull'art. 25.1 delle *Civil Procedure Rules*.

[100] Si v. la *section* 31 del *Senior Courts Act* del 1981, gli artt. 54.2 e 54.3 *delle Civil Procedure Rules*, nonché gli ulteriori riferimenti, anche giurisprudenziali, presenti in ELIANTONIO M. – GRASHOF F., *Types of administrative action and corresponding review*, e in CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, ambedue in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 171 ss., 593 ss.

[101] Si v. la *section* 31 del *Senior Courts Act* del 1981, gli artt. 54.2 e 54.3 *delle Civil Procedure Rules*, nonché gli ulteriori riferimenti, anche giurisprudenziali, presenti in CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 616 ss.

[102] Una delle condizioni normalmente poste alla concessione della misura consiste nel pagamento di una cauzione di entità proporzionale al valore della controversia, si v. *Privy Council*, 13 agosto 2003, in CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 665 ss.

ISSN 2036-7821

in astratto esistente, sarebbe stato in concreto quello più adatto a proteggere la posizione del cittadino, qualificabile come *public law right* in quanto correlata a un *potere discrezionale*. L'obiettivo è di preservare la condizione di stabilità che l'atto amministrativo acquisisce dopo lo spirare del termine per l'annullamento giurisdizionale, e quindi di preservare, tramite essa, la certezza del diritto.
In particolare, per la contestazione di atti individuali fondativi di posizioni della specie dei c.d. *public law rights*, il rimedio di tutela in via indiretta si ritiene quindi precluso quando siano spirati i termini per la contestazione in via diretta, proprio al fine di evitare l'elusione della decadenza processuale attraverso la tutela incidentale postuma. I due tipi di azioni sono ritenuti invece concorrenti per gli atti regolamentari direttamente lesivi[103].
I criteri di riparto fra i due rimedi manifestano pertanto più di una affinità con il contesto dell'ordinamento italiano.
Le forme di invalidità dell'atto amministrativo sono a loro volta articolate in due livelli di gravità, che rilevano per l'accesso agli strumenti di tutela disponibili.
Il più intenso è rappresentato dalla fattispecie dell'atto adottato in assenza di potere a emanarlo: l'atto è considerato *ab origine* inefficace. L'invalidità riscontrabile in questo caso corrisponde però a una sorta di nullità impropria (*voidness*), contestabile anche con pronuncia dichiarativa secondo un regime di legittimazione attiva limitata e in un termine specifico, trascorso il quale l'atto si intende consolidato.
Il più lieve è costituito dalla fattispecie degli atti assunti in violazione delle regole sostanziali e/o formali previste per la loro emanazione (*procedural impropriety*), ma a fronte di un potere esistente, che li rende comunque efficaci sino alla eventuale rimozione. Questa forma di invalidità si articola a sua volta sulla base dei vizi specifici che possono determinarla, i quali consistono nella *incompetenza*, nel *difetto di ragionevolezza*[104] e nei *vizi procedurali*[105].
In presenza dei vizi del primo tipo (*voidness*) le autorità giurisdizionali possono tuttavia intervenire, anche nelle forme del *collateral attack*, cui si aggiungono ulteriori modalità di tutela in grado di produrre esiti diversi, come la dichiarazione di nullità o l'annullamento retroattivo, talvolta anche parziale.
Nel corso del tempo questa ripartizione ha però risentito anche di una tendenza manifestata soprattutto dalle Corti, e consistente nella propensione a includere i vizi legati all'esercizio sostanziale o formale del potere nel vizio più grave della invalidità

[103] Per un approfondimento si v. MARCHETTI B., *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'art. 263 TFUE*, cit, e ivi gli ulteriori riferimenti.
[104] Cui è riconducibile anche il difetto di proporzionalità.
[105] Per un approfondimento, si v. PELLIZZARI S., *La stabilità e la contendibilità del provvedimento amministrativo nell'esperienza inglese*, in FALCON G. – DE PRETIS D. (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, Cedam, 2011, 95 ss.

ISSN 2036-7821

amministrativa per assenza di potere[106]. Ciò ha prodotto l'ulteriore effetto della estensione delle maglie della tutela giurisdizionale.
In presenza dei vizi di tipo più lieve, l'atto può essere, in base ai casi, revocato o annullato, ma esclusivamente dall'autorità amministrativa. Può essere invece sindacato anche dall'autorità giurisdizionale quando il vizio risulti palese dal tenore testuale dell'atto. Tuttavia il *Criminal Justice and Courts Act* (2015), facendo seguito a una tradizione giurisprudenziale, ha introdotto limitazioni per l'accesso alla *judicial review* rispetto ad atti affetti da vizi di forma nei casi in cui il contenuto della decisione amministrativa non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato[107].
L'annullamento *in sede amministrativa* non è peraltro soggetto a termini di esercizio, ma semplicemente condizionato al bilanciamento fra l'interesse pubblico alla rimozione dell'atto e l'affidamento dei privati alla sua stabilità[108], principalmente per i casi di ritiro dovuti a ragioni di opportunità, piuttosto che di legittimità. Un bilanciamento sostanzialmente analogo si pone alla base della diversa efficacia degli atti di ritiro per motivi di opportunità, che producono effetti *ex nunc*, nonchè di quelli di ritiro per ragioni di legittimità, che invece producono effetti *ex tunc*.
La via amministrativa di revisione del potere esercitato non è generalmente configurata quale precondizione di accesso alla tutela giurisdizionale. Solo in alcuni specifici casi l'uso di rimedi di revisione/contestazione del potere amministrativo dinanzi all'amministrazione è condizione di accesso alla tutela giurisdizionale.
Il sistema del contenzioso dinanzi alle autorità amministrative nel corso del tempo è stato peraltro modificato per incrementarne l'effettività, anche in una prospettiva di accrescimento della terzietà, dell'imparzialità e dell'indipendenza dell'autorità giudicante. Le riforme non hanno tuttavia prodotto risultati del tutto appaganti rispetto agli obiettivi[109].

6. Overview sulla disapplicazione giurisdizionale degli atti amministrativi nei sistemi esaminati.

Si può a questo punto tentare di rispondere all'interrogativo sull'esistenza di eventuali modelli di disapplicazione degli atti amministrativi nell'ordinamento

[106] Per un approfondimento, si v. SORACE D., *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in www.astrid-online.it, 2008, e ivi gli ulteriori riferimenti.

[107] Per un approfondimento, si v. HERING L., *I vizi procedurali nella disciplina giuridica dell'amministrazione diretta dell'Unione europea, fra correzione e irrilevanza*, in *Riv. inter. dir. amm. pubb.*, n. 2, 2021, e ivi gli altri riferimenti. Per un ulteriore approfondimento su alcuni dei casi in cui ciò sarebbe consentito, si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 573 ss., e ivi i pertinenti riferimenti giurisprudenziali.

[108] Per un approfondimento si v. PÜNDER H. – KLAFKI A., *Grounds of review and standard of review*, cit., 496 ss., e ivi i pertinenti riferimenti giurisprudenziali.

[109] Per un approfondimento si v. PERROUD T., *Constitutional structure and basic characteristics of the legal systems examined (concerning judicial review)*, cit.; ELIANTONIO M., *Organization of judicial review in administrative matters and intra-administrative objection procedure*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 53 ss.

ISSN 2036-7821

unionale, nonché sulle relative caratteristiche, sul rapporto fra tali modelli e gli ulteriori ordinamenti oggetto della comparazione, e quindi sulle relazioni che in tali contesti si rintracciano fra le peculiarità dei sistemi di tutela avverso l'attività amministrativa e la rilevanza della disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice e della p.a. Il tutto anche al fine di valutare il se l'analisi di tali sistemi possa essere utile alla comprensione di quello domestico e al dissolvimento di qualche opacità ivi rinvenibile.

Il principale strumento che nell'*ordinamento unionale* consente la disapplicazione giudiziale di alcuni atti delle istituzioni comunitarie è dunque il *rimedio previsto dall'art. 277 Tfue*, il quale in parte corrisponde al modello definitosi nell'*ordinamento interno* e in parte se ne discosta.

Le *affinità* consistono, come desumibile anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, nelle *conseguenze* della disapplicazione, nei suoi *presupposti*, in *alcune* sue *condizioni* di ammissibilità, e infine in alcune sue *caratteristiche*. Le *conseguenze* consistono nella devitalizzazione degli effetti dell'atto limitatamente al caso deciso. I *presupposti* sono riconducibili alla invalidità dell'atto, in questo caso per uno dei vizi codificati dall'art. 263. Le principali *condizioni* di ammissibilità si riferiscono alla necessità di qualche legame fra l'atto generale disapplicabile e quello oggetto del giudizio, nonché all'irrilevanza dell'eventuale estinzione del termine per chiedere l'annullamento dell'atto in sede giurisdizionale. Le *caratteristiche* peculiari consistono infine nella natura incidentale della domanda e della pronuncia, nonché nella inidoneità della decisione a stabilizzarsi nel giudicato.

Le principali *differenze* fra la fattispecie fondata sull'art. 277 e l'ordinamento interno riguardano invece la tipologia degli atti disapplicabili, che dal Tfue è circoscritta ai soli atti generali rilevanti per la definizione del giudizio pendente, a prescindere però dalla natura legislativa o amministrativa di tali atti. Il parametro per definire l'oggetto dell'art. 277 resta infatti l'art. 263, il quale a sua volta si riferisce a tutti gli atti legislativi, agli atti vincolanti del Consiglio, della Commissione e della Bce, nonché agli altri atti delle istituzioni unionali destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Tali atti consistono in quelli vincolanti e definitivi, o comunque lesivi, con la sola esclusione dei contratti, come precisato dalla Corte di giustizia.

Nell'ordinamento interno il potere di disapplicazione a fondamento legislativo, che si riferisce al solo giudice ordinario e in parte a quello tributario, riguarda invece unicamente gli atti amministrativi, di regola a prescindere dalla loro natura anche normativa. La disapplicabilità a fondamento giurisprudenziale ha invece un oggetto più ampio, specialmente se giustificata dalla anticomunitarietà: in quest'ultimo caso riguarda innanzi tutto gli atti legislativi, poi quelli amministrativi di tipo normativo, talvolta anche gli altri atti amministrativi - non solo generali - e finanche le decisioni giurisdizionali stabilizzate dal giudicato. A prescindere dalla natura del vizio, il

ISSN 2036-7821

potere disapplicativo viene inoltre esteso ad altri giudici, come il g.a. e il giudice tributario, ma in fattispecie diverse da quelle normativamente previste, e dunque in via pretoria. La presenza di un vizio di anticomunitarietà incide invece sull'oggetto della disapplicazione, che in questa ipotesi si riferisce in primo luogo alle norme primarie, attraverso queste anche a quelle secondarie, e infine agli altri atti amministrativi, per il tramite delle norme secondarie, ma in un numero limitato di fattispecie. Gli altri vizi rappresentano invece il presupposto per la disapplicazione degli atti amministrativi, in base ai casi di ogni tipo, oppure solo generali e/o normativi.

Altra differenza rispetto all'ordinamento interno, pur se di minore impatto rispetto a quelle già indicate, consiste nella idoneità della eccezione di disapplicazione, legittimata dalla Corte di giustizia, a consentire anche pronunce dichiarative della nullità o dell'inesistenza dell'atto. Questo esito è più coerente rispetto a quello della disapplicabilità degli atti nulli rinvenibile nell'ordinamento nazionale.

La legittimazione attiva si riferisce infine a tutte le parti di eventuali giudizi pendenti dinanzi ai giudici unionali, sebbene in alcuni casi la Corte l'abbia esclusa per quanti non abbiano proposto una azione di annullamento pur essendovi legittimati, e in altri l'abbia però ammessa anche per i ricorrenti privilegiati, affermando a esempio la complementarità fra azione di annullamento ed eccezione di disapplicazione.

Invece nell'ordinamento interno le fonti normative del potere ne enfatizzano soprattutto la titolarità in capo alla autorità giurisdizionale, piuttosto che la legittimazione attiva di parte collegata al principio della domanda, tant'è che la giurisprudenza sostiene anche la sua esercitabilità d'ufficio. Inoltre il potere di annullamento in sede giurisdizionale talvolta si aggiunge - su base normativa o giurisprudenziale - a quello di disapplicazione nella stessa sede; talaltra è al contrario ritenuto - in via interpretativa - escludente rispetto alla disapplicabilità.

Come si è visto, nel contesto unionale la disapplicabilità degli atti può ritenersi tuttavia praticabile, a prescindere dall'art. 277, anche sulla base della circostanza che l'*art. 264*, consentendo al giudice comunitario di precisare gli effetti dell'atto annullato da considerarsi definitivi, sembri anche ammettere una sorta di *annullamento parziale*. La stessa Corte di giustizia consente del resto forme di annullamento con effetti temporalmente, soggettivamente od oggettivamente limitati, in specie per gli atti scindibili e in presenza di ragioni a sostegno della tutela dell'affidamento nella stabilità dell'atto. In questo scenario emerge una sostanziale assimilabilità fra annullamento parziale e disapplicazione, almeno con riferimento agli effetti.

Qualche legame con alcuni effetti almeno sostanzialmente disapplicativi si può rintracciare anche nel rimedio del *rinvio pregiudiziale c.d. di validità* fondato sull'art. 267 Tfue. Esso consente infatti alle autorità giurisdizionali nazionali, o richiede alle

ISSN 2036-7821

autorità giurisdizionali nazionali di ultima istanza di rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia quando una pronuncia sulla validità degli atti delle istituzioni dell'Unione sia necessaria alla risoluzione di un conflitto pendente dinanzi al giudice interno. Per i giudici di ultima istanza l'obbligo è escluso dalla sola circostanza che sulla questione la Corte si sia già espressa in altro contesto. In questo ambito la decisione della Corte ha efficacia *erga omnes*, e produce pertanto nella sostanza effetti equiparabili a quelli di un giudicato di annullamento - anche rispetto alla attività conformativa delle amministrazioni pubbliche -, se dichiarativa della invalidità dell'atto. Il rimedio può dunque risultare, in concreto, particolarmente funzionale a garantire l'effettività alla tutela del ricorrente nei casi in cui l'azione di annullamento dell'atto non possa essere proposta, a esempio per difetto di legittimazione. L'effettività è a sua volta correlabile alla circostanza che, come pare potersi ritenere, una pronuncia pregiudiziale sulla invalidità dell'atto dell'Unione legittimi il giudice interno a disapplicarlo: si tratterebbe però di una estensione dei poteri disapplicativi dei giudici nazionali, piuttosto che di una ulteriore fattispecie di disapplicabilità dell'atto comunitario da parte del giudice unionale.

Anche l'obbligo degli apparati dell'Unione, fondato sull'art. 266 Tfue, di conformarsi alle decisioni giurisdizionali che abbiano annullato i loro atti o censurato la loro inattività, potrebbe astrattamente correlarsi alla necessità o alla opportunità di disapplicare atti non direttamente travolti o interessati dal sindacato svolto, ma la cui attuazione sia ostativa a realizzare l'assetto di interessi che la decisione giurisdizionale ha inteso tutelare. Per questa via il potere disapplicativo si estenderebbe alle istituzioni unionali diverse da quelle giurisdizionali.

L'obbligo delle istituzioni comunitarie di conformarsi alle decisioni giurisdizionali può inoltre assumere rilievo in relazione agli artt. 268 e 340, che attribuiscono al giudice unionale la giurisdizione sulle *controversie risarcitorie* introdotte per i danni arrecati dalle istituzioni dell'Unione o dai suoi agenti nell'esercizio delle rispettive funzioni. Il rilievo si apprezza in particolare ove si consideri che, in via di principio, la Corte di giustizia afferma l'autonomia dell'azione di risarcimento rispetto a quella di annullamento dell'atto lesivo, pur potendo una domanda risarcitoria essere proposta nell'ambito di una azione di annullamento. La Corte precisa tuttavia che tale autonomia si riferisce ai soli casi in cui la domanda risarcitoria si fondi su ragioni diverse e ulteriori rispetto alla illegittimità dell'atto, poiché, diversamente, si consentirebbe l'elusione del termine di decadenza previsto per l'azione di annullamento. Tale limite non viene però riferito a quegli atti, almeno generali o anche normativi, rispetto ai quali le persone fisiche o giuridiche non sarebbero titolari di una azione di annullamento, per difetto del requisito di legittimazione attiva consistente nella circostanza che l'atto oggetto di contestazione le riguardi direttamente e individualmente. In questi casi l'illegittimità dell'atto lesivo viene solo

ISSN 2036-7821

accertata incidentalmente: può pertanto emergere il tema della disapplicazione dell'atto lesivo nel giudizio risarcitorio proposto autonomamente rispetto a quello impugnatorio.

Dall'analisi svolta si ricavano alcuni rapporti di contaminazione fra gli ordinamenti esaminati. Tali rapporti sono evidentemente dovuti anche al processo di integrazione europea, nonostante il parziale arresto dovuto alla disintegrazione provocata dalla Brexit.

La contaminazione è idonea pertanto a coinvolgere anche l'ordinamento italiano, e si rintraccia prima di tutto in alcune caratteristiche del modello di tutela avverso l'azione amministrativa edificato *nell'ordinamento francese*.

Qui la giurisprudenza del Consiglio di Stato ammette *l'annullamento degli atti amministrativi da parte del g.a.*, pure con efficacia temporalmente e/o oggettivamente *parziale*. Ciò può evidentemente riflettersi anche su una limitazione soggettiva e/o oggettiva dell'efficacia dell'atto e produrre nella sostanza conseguenze assimilabili a quelle di una disapplicazione. Come si è visto, tale meccanismo trova delle corrispondenze nell'ordinamento dell'Unione. Esso trova peraltro una corrispondenza anche in quello italiano, ove il g.a. ammette l'annullamento parziale.

Sono invece peculiari del sistema francese le *modalità individuate dal Consiglio di Stato per reagire ai vizi procedimentali o di forma* dell'atto amministrativo. Queste modalità consistono nel potere del giudice di modificare l'atto, emendandone i vizi formali e preservandone il contenuto sostanziale che non avrebbe potuto essere diverso da quello già adottato, purché sia assicurato il diritto di difesa dell'interessato. Anche le caratteristiche di tale potere sembrano idonee a includere qualche forma di disapplicazione nel loro concreto svolgimento.

Pure la *giurisdizione che il g.a. può esercitare sugli atti riconducibili ai procedimenti di procedimenti*[110] sembra idonea a estendersi ai poteri disapplicativi. Ciò si apprezza in particolare ove si consideri che al giudice è consentito sindacare tali atti a prescindere dall'esistenza di una domanda per il loro annullamento e dalla avvenuta estinzione del termine per impugnarli, ma nel corso del giudizio di annullamento avverso il provvedimento rispetto al quale essi rappresentano un presupposto necessario. E comunque con salvezza delle posizioni di vantaggio acquisite dai terzi sulla base degli atti antecedenti. Quando il sindacato dell'atto presupposto è ammesso in questi termini, l'eventuale decisione assunta con riguardo all'atto presupponente potrà quindi fondarsi anche sulla disapplicazione di quello che lo precede e lo fonda nella sequenza procedimentale. L'analisi svolta consente di rilevare che pure questo meccanismo trova delle corrispondenze nell'ordinamento dell'Unione sia. In quello italiano la disapplicazione degli atti amministrativi presupposti è potere attribuito espressamente al g.o. e in alcuni casi anche a quello tributario, ma è spesso praticato

[110] Si tratta delle c.d. operazioni amministrative complesse.

ISSN 2036-7821

anche dal g.a. in via pretoria.

Nel sistema francese qualche spazio per la disapplicazione giurisdizionale dell'atto amministrativo sembra inoltre ricavabile dalla disciplina dell'*eccezione di illegittimità dell'atto lesivo e definitivo*, pur se attributivo di vantaggi a terzi. L'eccezione è proponibile *nell'ambito del giudizio risarcitorio di responsabilità extracontrattuale instaurato in via autonoma* rispetto all'azione di annullamento. In questo scenario può infatti rilevare il tema della necessità e/o della possibilità di disapplicare il provvedimento per l'accesso alla pronuncia di condanna.

Negli stessi termini in cui è ammessa con riferimento alle operazioni amministrative complesse, *l'eccezione di illegittimità* è proponibile *per gli atti antecedenti e connessi rispetto a quelli di cui si domandi al g.a. la dichiarazione di nullità o di inesistenza*.

Essa è inoltre consentita *quando la cognizione sulla legittimità dell'atto sia indispensabile per la definizione di un giudizio ordinario, con riferimento al quale il giudice comune sia* tuttavia *sprovvisto di giurisdizione sull'atto amministrativo*: l'eccezione di illegittimità è ammessa sempre in ogni tempo, ma nella forma del *rinvio pregiudiziale al giudice competente*. In fattispecie come queste il giudice ordinario deve *sospendere* il giudizio e rimettere la cognizione dell'atto al *giudice amministrativo*, affinché questi si pronunci *in via incidentale sull'eccezione*. Qui la pronuncia del giudice amministrativo avrà natura dichiarativa[111]: sembra pertanto potersi ritenere che al giudice comune sia consentito disapplicare l'atto dichiarato illegittimo, per la risoluzione del contenzioso pendente in sede civile, ove necessario. Questo tipo di rinvio pregiudiziale è pressoché sconosciuto all'ordinamento italiano, se si escludono alcuni orientamenti relativi al dovere della Corte dei conti di sospendere il giudizio in attesa che il g.a. si pronunci su questione pregiudiziale estranea alla giurisdizione contabile[112]. Il rinvio pregiudiziale così conformato è estraneo anche all'ordinamento unionale, ove il ricorso pregiudiziale riguarda invece il rapporto fra la Corte di giustizia e i giudici nazionali, e ha pertanto una declinazione 'esterna'.

In alcuni casi il sistema francese consente però anche al *giudice ordinario di pronunciarsi direttamente sulla eccezione di illegittimità*. Sembra che qui il g.o. possa ritenersi competente a disapplicare l'atto, in costanza dell'accertamento di una invalidità. Il sindacato sull'eccezione si può peraltro svolgere solo alla presenza di condizioni particolarmente stringenti. Tali condizioni consistono nell'osservanza delle regole di riparto della giurisdizione, nella necessità di estendere il sindacato a un atto regolamentare, oppure di estenderlo a un atto individuale viziato in termini di nullità o inesistenza, o ancora nella presenza di un orientamento giurisprudenziale

[111] Per un approfondimento si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 608 ss.

[112] Per un sintetico riferimento a tali orientamenti si v. C. conti, sez. giurisd. reg. Lazio, 8 febbraio 1997, n. 32, in *Riv. C. conti*, n. 2, 1997, 165; Id., sez. giurisd. reg. Lombardia, 20 novembre 2006, n. 649, in *Foro amm.*, n. 11, 2006, 3703.

ISSN 2036-7821

consolidato sul contenuto dell'eccezione, e infine nell'incidenza dell'atto su un diritto di proprietà o su una libertà del cittadino. Nell'ordinamento italiano il potere di disapplicazione del giudice ordinario è invece più esteso, applicandosi solo il primo e l'ultimo dei limiti suindicati, e peraltro con qualche oscillazione. Invece nell'ordinamento comunitario l'unicità della giurisdizione esclude la comparabilità dei sistemi o una particolare utilità della comparazione.

Ma nel sistema francese *l'eccezione di illegittimità* può anche essere sollevata *direttamente dinanzi al giudice amministrativo nell'ambito di un giudizio di annullamento*: la fattispecie è quella nella quale l'eccezione si riferisce all'atto presupposto e la richiesta di annullamento a quello che ne rappresenta l'attuazione. L'analisi giurisprudenziale denota tuttavia che la disciplina si differenzia sulla base delle due variabili della natura dell'atto oggetto dell'eccezione oppure del suo contenuto.

Secondo il criterio della *natura dell'atto*, l'eccezione è ritenuta infatti proponibile in ogni tempo per i regolamenti e invece nel termine di impugnazione per gli altri atti amministrativi.

In base al criterio del *contenuto dell'atto*, è al contrario ritenuta proponibile nel termine di decadenza per l'annullamento di atti attributivi di vantaggi, e in ogni tempo per atti dal contenuto diverso. In ciascuno dei casi gli esiti dell'accoglimento dell'eccezione sono integralmente equiparabili a quelli di una disapplicazione, devitalizzandosi gli effetti dell'atto limitatamente al caso deciso senza determinarne l'annullamento. La giurisprudenza torna invece a dividersi sulla idoneità della decisione di definizione dell'eccezione a stabilizzarsi con il giudicato, poiché alla posizione prevalentemente sostanzialista e favorevole del g.o. tende a contrapporsi quella più formalista e contraria del g.a.

Invece nell'*ordinamento italiano* la disapplicabilità degli atti amministrativi da parte del g.a. è più diffusamente ammessa per quelli normativi, meno per quelli generali ma concreti, e più raramente ancora per quelli individuali. In ciascuno dei tre casi la disapplicabilità non è però subordinata a termine di decadenza, tant'è che spesso la si esclude in base all'esistenza proprio di un potere di annullamento giurisdizionale da esercitarsi in un termine di decadenza, il quale a sua volta sarebbe eluso dalla ammissibilità della disapplicazione in ogni tempo.

Con riferimento al *contesto comunitario* l'unicità della giurisdizione consente invece di fare integrale rinvio alle considerazioni già esposte sul rimedio di cui all'art. 277 Tfue.

Nel *sistema francese* il potere disapplicativo può inoltre trovare spazio laddove al *giudice* sia concesso di accordare *la tutela cautelare in forme atipiche*. Tali fattispecie si riferiscono alla necessità di proteggere le libertà fondamentali seriamente compromesse dall'esercizio dell'azione amministrativa. In questo ambito il carattere interinale delle misure adottabili finisce tuttavia per assimilare una eventuale

ISSN 2036-7821

disapplicazione a un atto di sospensione, come si può del resto osservare anche per l'atipicità dei poteri cautelari sia del giudice sia dell'amministrazione nell'ordinamento italiano.

Invece il sistema del *Regno Unito* si avvicina a quello dell'Unione per la sua prevalente riconducibilità ai modelli di tutela avverso l'amministrazione a connotazione monistica, a differenza di quelli italiano e francese; se ne discosta tuttavia per il tasso di integrazione europea di intensità più debole sin dalle origini, e successivamente interrotto e invertito dalla Brexit.

In questo contesto il c.d. *collateral challenge/attack* permette alla parte lesa da un provvedimento dell'amministrazione di contestarne in via pregiudiziale la validità in via di eccezione davanti al giudice ordinario, se l'atto incide su diritti di natura privatistica. Il principale aspetto problematico riguarda la distinzione delle fattispecie in riferimento alle quali l'eccezione è ammessa da quelle in cui al contrario sulla questione di legittimità debba pronunciarsi la sezione specializzata competente a risolvere le controversie di diritto pubblico, disponendo l'annullamento dell'atto in sede di *judicial review*. Le fattispecie del primo tipo sono di regola ricondotte a ipotesi di inesistenza del potere amministrativo. Quelle del secondo tipo sono riconducibili a ipotesi di cattivo uso del potere esistente.

In via generale il *collateral attack* non è ritenuto utilizzabile per atti che sarebbero o sarebbero stati contestabili tramite la *judicial review*, evidentemente al fine di evitare l'elusione del termine di decadenza previsto per l'azione di annullamento. Per i soli atti regolamentari direttamente lesivi i due strumenti di tutela sarebbero invece concorrenti. La distinzione fra tali rimedi induce a ritenere che il *collateral attack* comporti la semplice disapplicazione dell'atto limitatamente al caso deciso, pur se l'eccezione dovrebbe condurre a una mera pronuncia dichiarativa dell'inesistenza e/o della nullità e/o comunque della improduttività di effetti giuridici da parte dell'atto quando siano riscontrabili vizi particolarmente gravi.

Nell'*ordinamento italiano* la disapplicabilità degli atti amministrativi da parte del giudice ordinario è invece più diffusamente ammessa; lo stesso è a dirsi per il *sistema unionale* a giurisdizione unica; nel *sistema francese* la disapplicabilità degli atti amministrativi da parte del giudice ordinario è invece soggetta a condizioni stringenti, tant'è che il g.o. è tenuto a sospendere il giudizio nell'attesa che sulla questione pregiudiziale si pronunci il giudice amministrativo, se tali condizioni non sussistono.

Nel *sistema britannico* la *judicial review* è però disciplinata in modo tale per cui l'azione di condanna al risarcimento non è autonoma da quella di annullamento dell'atto lesivo, sicchè non si pone il tema della disapplicabilità dell'atto non impugnato quale precondizione di accesso alla condanna risarcitoria, a differenza che negli ordinamenti italiano, unionale e francese.

ISSN 2036-7821

La *judicial review* può in particolare condurre a una pronuncia di annullamento dell'atto, che rimane comunque quella tipica del rimedio e può caratterizzarsi per una efficacia pure temporalmente limitata al futuro. Ma la *judicial review* può anche condurre a decisioni dal contenuto diverso e adeguato alle esigenze di tutela del caso concreto, come le pronunce dichiarative, di accertamento, inibitorie, di condanna. Il rimedio è proponibile non solo a fronte della più lieve forma di invalidità relativa al cattivo uso del potere: è questa la c.d. *procedural impropriety*, articolata nella *incompetenza*, nel *difetto di ragionevolezza* e nei *vizi procedurali*, le cui conseguenze subiscono qualche limitazione per i vizi formali o procedimentali in assenza dei quali il contenuto dell'atto non avrebbe potuto essere diverso. La *judicial review* è infatti proponibile pure a fronte di vizi più gravi che danno normalmente accesso anche al *collateral attack*: ossia in presenza di una carenza di potere, la c.d. *voidness*, alla condizione che si osservi il termine di decadenza previsto per l'accesso alla sezione specializzata. È comunque centrale la circostanza che il tipo di pronuncia emanabile tenda a connotarsi in termini di atipicità, in quanto ciò potrebbe aprire un varco anche a eventuali esiti disapplicativi. Lo stesso è a dirsi per la *tutela cautelare*, almeno laddove declinata in decisioni disponenti ingiunzioni di fare o non fare. Anche nei sistemi taliano e francese si rintracciano elementi idonei a far emergere il rilievo del rapporto fra a) l'atipicità dell'azione e della decisione e b) la disapplicabilità dell'atto amministrativo che ne forma oggetto. Nel caso italiano soprattutto per il processo amministrativo, con estensione anche alle azioni cautelari. Nell'ordinamento francese soprattutto per la tutela cautelare.

7. Overview su possibili presupposti, casi e condizioni per la disapplicazione degli atti amministrativi da parte dell'amministrazione nei contesti ordinamentali dell'Unione europea, della Francia e del Regno Unito.

Si può a questo punto valutare l'esistenza di presupposti, casi e condizioni per la disapplicazione degli atti amministrativi da parte della stessa amministrazione nei contesti ordinamentali rispettivamente dell'Ue, della Francia e del Regno Unito.

Una prima osservazione riguarda *l'ordinamento dell'Ue* e il *rinvio pregiudiziale c.d. di validità* fondato sull'art. 267 Tfue. La decisione assunta dalla Corte di giustizia per definirlo ha efficacia *erga omnes* se dichiarativa della invalidità dell'atto, e produce pertanto effetti equiparabili in concreto a quelli di un giudicato di annullamento[113]. Ciò avviene anche rispetto alla attività conformativa delle amministrazioni pubbliche. Il rimedio può dunque risultare sostanzialmente funzionale a garantire effettività alla tutela del ricorrente nei casi in cui l'azione di annullamento dell'atto davanti al giudice comunitario non possa essere proposta, a esempio per difetto di legittimazione. L'effettività è a sua volta correlabile alla circostanza che una

[113] Per un approfondimento si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit., 496 ss., e ivi i pertinenti riferimenti.

ISSN 2036-7821

pronuncia pregiudiziale sulla invalidità dell'atto dell'Unione sembrerebbe legittimare il giudice interno a disapplicarlo: qui si tratterebbe però di una estensione dei poteri disapplicativi dei giudici nazionali, piuttosto che di una ulteriore fattispecie di disapplicabilità dell'atto comunitario da parte del giudice unionale.
Altro caso si collega all'art. 266 Tfue, che fonda l'*obbligo degli apparati dell'Unione di conformarsi alle decisioni giurisdizionali di annullamento dei loro atti o di censura della loro inattività*[114]. Tale obbligo potrebbe astrattamente correlarsi alla necessità o alla opportunità di disapplicare atti non direttamente travolti o interessati dal sindacato svolto, ma la cui attuazione sia ostativa a realizzare l'assetto di interessi che la decisione giurisdizionale ha inteso tutelare. Per questa via il potere disapplicativo si estenderebbe alle istituzioni unionali diverse da quelle giurisdizionali[115].
L'*obbligo delle istituzioni comunitarie di conformarsi alle decisioni giurisdizionali* può assumere rilievo anche in relazione agli artt. 268 e 340 Tfue, che attribuiscono al giudice unionale la giurisdizione sulle *controversie risarcitorie* introdotte per i danni arrecati dalle istituzioni dell'Unione o dai suoi agenti nell'esercizio delle rispettive funzioni[116]. Il rilievo si apprezza in particolare ove si consideri che la Corte di giustizia afferma in genere l'autonomia dell'azione di risarcimento rispetto a quella di annullamento dell'atto lesivo, pur potendo una domanda risarcitoria essere proposta nell'ambito di una azione di annullamento[117]. A fronte di queste fattispecie può pertanto emergere il tema della disapplicazione dell'atto lesivo nel giudizio risarcitorio proposto autonomamente rispetto a quello impugnatorio[118], in un

[114] Alla definizione del ricorso consegue che "l'istituzione, l'organo o l'organismo da cui emana l'atto annullato o la cui astensione sia stata dichiarata contraria ai trattati sono tenuti a prendere i provvedimenti" necessari all'esecuzione della sentenza (art. 266). Per un approfondimento sulla giurisprudenza unionale relativa alla permanenza di un qualche tasso di discrezionalità in capo alle istituzioni comunitarie, per garantire la tutela del legittimo affidamento alla stabilità dell'atto, anche in considerazione della ragionevolezza del termine intercorrente fra la sua adozione e la sua rimozione, si v. SIMONATI A., *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato*, Cedam, Padova, 2009, 128 ss.

[115] Sul potere-dovere del giudice unionale di individuare un termine ragionevole entro il quale l'obbligo conformativo va adempiuto si v., *ex plurimis*, Corte giust., 12 gennaio 1984, n. 266, in www.europa.eu; sul potere-facoltà del giudice unionale di indirizzare le istituzioni comunitarie nella individuazione dei modi di conformazione alle decisioni giurisdizionali, anche in seguito a pronunce di annullamento, si v., *ex plurimis*, Corte giust., 26 aprile 1988, n. 215, in www.europa.eu.

[116] Per un approfondimento sull'azione di responsabilità nei confronti degli Stati per violazione del diritto dell'Unione e sulla rintracciabilità della sua base giuridica essenzialmente nella giurisprudenza della Corte di giustizia, si v. MACCHIA M., *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, cit., 157 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti. Per una distinzione delle fattispecie in cui gli Stati o le istituzioni nazionali abbiano violato il diritto unionale da quelle in cui essi abbiano invece correttamente attuato tale diritto, che però si assume illegittimo, si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit.

[117] Si v. Trib. primo grado, 13 dicembre 2016, n. 713, in www.europa.eu.

[118] Per un approfondimento si v. BERTEZZOLO G., *La stabilità del provvedimento: l'esperienza comunitaria*, cit., e ivi i pertinenti riferimenti giurisprudenziali. In senso contrario alla disapplicabilità dell'atto lesivo in caso di azione di responsabilità, ma sulla piena autonomia dell'azione risarcitoria rispetto all'azione di annullamento nella fattispecie in cui la responsabilità per violazione del diritto unionale sia fatta valere dai cittadini nei confronti

ISSN 2036-7821

contesto ove la giurisdizione in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Unione è considerata esclusiva e piena[119].

Ciascuno dei tre casi qui riportati involge l'obbligo delle istituzioni comunitarie di conformarsi alle decisioni giudiziali, il quale può a sua volta richiedere l'esercizio del *potere di autotutela dell'amministrazione*, ritenuto di regola facoltativo/discrezionale, e solo in casi eccezionali doveroso/vincolato, anche in riferimento alla scelta della efficacia retroattiva o *ex nunc*. Il potere è fondato prevalentemente sulla giurisprudenza unionale, e solo per qualche fattispecie particolare assistito da base normativa[120]. I requisiti di doverosità/vincolatezza si riferiscono proprio alle attività da svolgere per la conformazione alle decisioni giurisdizionali. I presupposti per l'esercizio del potere di autotutela in senso demolitorio sono individuati nella illegittimità dell'atto, unita alla prevalenza dell'interesse pubblico al ritiro rispetto all'interesse pubblico alla tutela dell'affidamento alla stabilità dell'atto. L'affidamento è tanto più intenso quanto più ampio sia il tempo intercorso fra l'adozione dell'atto e la sua eventuale rimozione, e risulta comunque più apprezzabile a fronte di atti favorevoli. In riferimento a tali atti la giurisprudenza tende a individuare il termine per il ritiro parametrandolo a criteri di ragionevolezza, o tende a farlo coincidere con quello per chiedere l'annullamento in sede giurisdizionale. Lo stesso è a dirsi per i rapporti già definiti sulla base di pregressi atti amministrativi, per i quali la rimozione con efficacia retroattiva è ammessa solo in senso favorevole ai destinatari dell'atto. Il concorso di tali condizioni correla generalmente il potere di ritiro alla presenza di forme di illegittimità particolarmente importanti, mentre il rilievo di forme di invalidità meno gravi o di ragioni di opportunità è escluso o eccezionale. La previsione di termini per l'esercizio di alcuni poteri di autotutela può in sostanza far emergere il tema della disapplicabilità in sede amministrativa degli atti non più annullabili o revocabili neppure dall'amministrazione per l'avvenuta decorrenza del termine, soprattutto ove ciò sia funzionale alla conformazione alle decisioni giurisdizionali.

Anche nel *sistema francese* il tema della disapplicabilità degli atti amministrativi potrebbe allora rilevare quando il potere di autotutela sia sottoposto a termine di esercizio, per le stesse ragioni appena esposte. Qui esistono tuttavia un regime

---

dello Stato, si v. peraltro MACCHIA M., *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, cit., 160 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti.

[119] Per un approfondimento si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit., e ivi i pertinenti riferimenti.

[120] Per un approfondimento si v. ELIANTONIO M., *Organization of judicial review in administrative matters and intra-administrative objection procedure*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit.; PÜNDER H. – KLAFKI A., *Grounds of review and standard of review*, cit., e ivi anche i pertinenti riferimenti giurisprudenziali: *ex plurimis*, Trib. primo grado, 7 dicembre 2004, n. 251; BERTEZZOLO G., *La stabilità del provvedimento: l'esperienza comunitaria*, cit., 175 ss., e ivi i pertinenti riferimenti giurisprudenziali.

ISSN 2036-7821

ordinario e un regime derogatorio[121]. Il regime ordinario prevede un termine per l'autotutela di quattro mesi dall'adozione dell'atto da riesaminare, mentre quello derogatorio consente in ogni tempo la rimozione in autotutela degli atti fondati su condotte fraudolente, di quelli illegittimi e di quelli *non* attributivi di vantaggi ai destinatari. Nel regime derogatorio il tema della disapplicazione dei propri atti da parte della p.a. può quindi rilevare laddove si ritenga che l'autotutela sia esercitabile in forme atipiche o sia estendibile anche a condotte disapplicative per espressa previsione normativa. In quello ordinario può invece rilevare nella misura in cui risulti necessario devitalizzare gli effetti dell'atto dopo l'estinzione del potere di autotutela, a esempio sempre per conformarsi alle decisioni giurisdizionali.
Lo stesso è a dirsi per l'*ordinamento inglese*, ove il potere di autotutela non è sottoposto a termine di esercizio[122].

8. Osservazioni trasversali e di sistema.
La comparazione appena svolta suggerisce *qualche osservazione trasversale e di sistema*, anche in risposta agli obiettivi dichiarati nella premessa.
È noto che l'ordinamento dell'Unione europea è connotato da una permeabilità rispetto alle tradizioni dei Paesi membri che si esplica in due direzioni. Risulta in sostanza caratterizzato dall'attitudine a recepire una parte di tali tradizioni, allo scopo di stabilizzarle in un modello che viene infine 'restituito' agli Stati, almeno per favorire processi di convergenza degli ordinamenti e di difesa più intensa di alcuni principi.
La *disapplicazione degli atti comunitari da parte delle istituzioni soprattutto giurisdizionali dell'Unione* è una *tecnica processuale*, piuttosto che strumento per garantire il primato: in riferimento a questa tecnica l'aspetto della contaminazione bidirezionale non appare tuttavia ancora giunto a un apprezzabile livello di sviluppo, almeno se si considera la sua seconda fase, ossia quella dell'incentivo alla convergenza fra ordinamenti. La ragione è verosimilmente riconducibile alla circostanza che si tratti di ambito riflettente in gran parte l'autonomia processuale/procedurale degli Stati. Se si considera invece la fase antecedente della contaminazione in ingresso, la più apprezzabile aderenza del modello unionale a quello britannico è evidentemente dovuta al comune carattere monistico del sistema delle tutele verso l'azione amministrativa nei due ordinamenti.

[121] La disciplina attuale è ricavabile prevalentemente dal *Code des relations entre le public et l'administration*, in vigore dal 1 gennaio 2016. Per un approfondimento si v. MARCHETTI B., *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, cit.; PÜNDER H. – KLAFKI A., *Grounds of review and standard of review*, cit., 441 ss., spec. 489 ss.; PERROUD T., *Constitutional structure and basic characteristics of the legal systems examined (concerning judicial review)*, cit.; ELIANTONIO M., *Organization of judicial review in administrative matters and intra-administrative objection procedure*, cit., 53 ss.

[122] Per un approfondimento si v. PÜNDER H. – KLAFKI A., *Grounds of review and standard of review*, cit., 496 ss., e ivi i pertinenti riferimenti giurisprudenziali.

ISSN 2036-7821

Tuttavia il monismo dell'ordinamento comunitario appare complessivamente più intenso rispetto a quello del *Regno Unito*, poiché nel secondo è necessario distinguere le fattispecie in cui sia proponibile il *collateral attack* dinanzi al giudice comune per la tutela dei *private law rights* da quelle in cui sia proponibile la *judicial review* dinanzi alla sezione specializzata per la tutela dei *public law rights*. Ciò determina anche un certo contingentamento delle ipotesi in cui è ammessa la disapplicabilità degli atti amministrativi in via di eccezione dinanzi al giudice comune.

Lo stesso fenomeno di contingentamento si rinviene peraltro nell'*ordinamento francese*, alla luce del rapporto fra *l'eccezione di illegittimità dinanzi al g.o.* e *il rinvio pregiudiziale al g.a*.

In *quello italiano* tale contingentamento è invece meno intenso, poiché il giudice ordinario e quello tributario sono gli unici a detenere il potere di disapplicazione degli atti amministrativi sulla base di una legittimazione normativa. L'origine di tale legittimazione a favore del g.o. risale a sua volta alla legge di abolizione del contenzioso amministrativo, e pertanto a un contesto in cui il sistema delle garanzie giurisdizionali nei confronti della p.a. si caratterizzava in termini monistici ed esprimeva la necessità di bilanciare le esigenze di effettività della tutela e l'assenza di una giurisdizione di annullamento sull'atto. Questa assenza si fondava principalmente sull'obiettivo di assicurare un adeguato livello di separazione fra i poteri giurisdizionale e amministrativo.

Allo stesso modo il contingentamento delle fattispecie in cui è ammessa la disapplicabilità degli atti amministrativi in alternativa all'annullamento è meno intenso nell'*ordinamento unionale*, anche qui essenzialmente per il carattere monistico del sistema di garanzie giurisdizionali, che ha determinato la formazione di un *unico modello di disapplicazione* in sede *giudiziale*, *a fondamento sia normativo sia parzialmente giurisprudenziale*. Le caratteristiche del modello non hanno *tuttavia* ostacolato la *possibilità di individuare fattispecie differenti*, ove la disapplicazione pare almeno astrattamente praticabile. L'aspetto che però più significativamente distingue il sistema unionale da tutti gli altri esaminati riguarda la disapplicabilità in sede giurisdizionale dei *soli atti generali*, ma a prescindere dalla loro natura normativa o solo amministrativa, e *con estensione anche a quelli legislativi*.

Invece nei *contesti nazionali la limitazione del regime disapplicativo agli atti generali è solo eccezionale*. A esempio in Francia la natura regolamentare di un atto rappresenta uno dei casi in cui l'eccezione di illegittimità può essere sollevata dinanzi al g.o.; o, ancora, in Inghilterra la natura regolamentare di un atto può determinare il concorso fra la sua sindacabilità in sede di *collateral attack* e la sua sindacabilità in sede di *judicial review*. In Italia la limitazione agli atti generali riguarda il potere disapplicativo conferito al giudice tributario, oppure avviene in via pretoria dopo avere analogicamente esteso il potere di disapplicazione a fattispecie prive di base

ISSN 2036-7821

normativa. Negli ordinamenti nazionali esaminati *non si rintraccia invece una estensione agli atti legislativi della disapplicabilità per motivi diversi dalla anticomunitarietà*.
La principale funzionalità delle osservazioni trasversali qui svolte allo studio del caso italiano riguarda le suggestioni che si possono trarre dalle esperienze degli altri sistemi esaminati, soprattutto con riferimento ai seguenti profili che li caratterizzano: l'esistenza di giudici unici[123], o di giudici amministrativi[124], o di sezioni specializzate per il contenzioso di diritto pubblico[125], titolari del potere di annullamento degli atti amministrativi, ma cui al contempo può essere riferito il potere di disapplicarli, in ragione di una base normativa anche indiretta, la quale consente di assumere decisioni almeno nella sostanza disapplicative; l'esistenza di orientamenti giurisprudenziali per l'ulteriore estensione di tale potere disapplicativo in via pretoria[126].
Quanto invece all'esistenza di un *eventuale potere di "autodisapplicazione" del contenuto degli atti amministrativi da parte della p.a.*, in ciascuno dei casi cui si è fatto riferimento il punto centrale consiste nel fatto che la disapplicazione può rappresentare l'estrema risposta dell'ordinamento alla gestione di situazioni concrete ove l'atto debba cessare di essere attuato, ma non esistono rimedi ancora praticabili o altrettanto proporzionali rispetto agli effetti che si vogliano o si debbano assicurare. Il caso in cui questa utilità è più percepibile consiste in quello dell'adeguamento alle decisioni giurisdizionali stabilizzate dal giudicato o provvisoriamente esecutive, in un contesto ove i poteri di ritiro o riforma da parte della p.a. non siano esercitabili per qualche motivo. Questa 'attitudine' è comune al caso italiano, ove peraltro gli spazi per l'applicazione dei propri atti da parte della p.a. sembrano anzi più estesi, e sono talvolta legittimati dalla stessa giurisprudenza amministrativa, ma si scontrano almeno in astratto col principio di legalità più di quanto possa avvenire per l'autorità giurisdizionale: questa frizione non pare escludere tuttavia la verifica di una praticabilità in concreto[127].

[123] Caso dell'Ue.
[124] Caso della Francia.
[125] Caso dell'Inghilterra.
[126] Come nel caso dei poteri di annullamento parziale o di reazione atipica ai vizi di forma affermati dal Consiglio di Stato per il g.a. francese.
[127] Per un approfondimento su quanto può trarsi dal sistema domestico, si v. D'ANGELOSANTE M., *La disapplicazione del contenuto degli atti amministrativi fra potere e prassi*, cit., e ivi gli ulteriori riferimenti.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Natura e limiti del potere amministrativo *extra ordinem*.

di Francesco Scalia

(Professore Straordinario presso l'Università di Cassino e del Lazio Meridionale)

Sommario

1. Premessa. – 2. Il potere di ordinanza extra ordinem come applicazione dei principi generali dell'ordinamento in presenza di lacuna normativa. – 3. Il limite dei "principi generali dell'ordinamento". – 4. Segue. Il bilanciamento come forma di applicazione dei principi. – 5. La riserva di legge. – 6. Segue. La riserva di legge come principio. – 7. Segue. La possibile applicazione diretta praeter legem da parte dell'amministrazione dei principi generali dell'ordinamento anche in materie coperte da riserva assoluta di legge. – 8. Segue. La tesi di Cardone. – 9. Integrazione piuttosto che deroga alla legislazione vigente. – 10. Il sistema della protezione civile. – 11. Segue. Le ordinanze di protezione civile non sono ordinanze contingibili e urgenti. – 12. Considerazioni conclusive: diritto "eccezionale", "ordinario" e "speciale" dell'emergenza.

Abstract

The jurisprudence of the Constitutional Court establishes the compliance with the general principles of the legal system, the constitutional norms and the matters of exclusive legislative competence as limits to the extra ordinem administrative power. While recognizing that in practice the limits set by the Constitutional Court are often surpassed, the doctrine agrees on this approach. The purpose of this article is to investigate the nature of the limitations set by the constitutional case-law on extraordinary power in the emergency and to assess wheter the practice commonly assumed in violation of these limits is rather a consequence of that nature.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. *Premessa*.

Anche nel vigore dello Statuto albertino, nonostante il carattere flessibile dello stesso, il potere *extra ordinem* – sia legislativo che amministrativo – in situazioni di necessità ha posto alla dottrina dell'epoca dubbi di costituzionalità[1], come problemi di inquadramento giuridico hanno posto gli stessi decreti diretti a proclamare lo "stato di assedio"[2].

Le difficoltà di sistematizzazione teorica del fenomeno del potere amministrativo *extra ordinem* aumentano con l'avvento della Costituzione repubblicana, dovendo la dottrina e la giurisprudenza confrontarsi con i capisaldi del nuovo ordinamento costituzionale: rigidità costituzionale, riconoscimento e garanzia dei diritti fondamentali, ampio ricorso, in questa materia, alle riserve di legge, tipicità e tassatività delle fonti primarie di produzione del diritto, distribuzione del potere legislativo tra parlamento e governo secondo il principio di supremazia del primo sul secondo (art. 70 Cost.), tipizzazione degli atti di governo con forza di legge e previsione, per questi, di limiti costituzionali stringenti e giustiziabili (artt. 76 e 77 Cost.), principio di separazione tra legislazione e amministrazione e principio di legalità dell'amministrazione anche in funzione di limite dello stesso legislatore (art. 97 Cost.), controllo di costituzionalità degli atti legislativi (art. 134 Cost.)[3]. Tanto che

---

[1] F. CAMMEO, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. ORLANDO, *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo*, vol. III, Milano, 1901, p. 199 faceva discendere dall'art. 6 dello Statuto («[i]*l re nomina a tutte le cariche dello Stato; e fa i decreti e regolamenti necessarii per l'esecuzione delle leggi, senza sospenderne l'osservanza, o dispensarne*») il divieto assoluto di ordinanze o regolamenti diretti a sospendere la legge e la Costituzione. Cfr. F. RACCIOPPI-I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, vol. I, Torino, 1909, p. 319, i quali distinguevano le ordinanze in esecutive e «*autonome*»: le prime «*vincolate e condizionate all'esistenza della legge cui si riferiscono*», le seconde «*senza l'occasione di una legge*, [...] *spaziano nel campo in cui si svolgono, sempre però rispettando le leggi dello stato, le quali in regime libero sono giuridicamente intangibili al governo*». Mentre, per contro, A. CODACCI PISANELLI, *Legge e regolamento*, Napoli, 1988, qualificava i provvedimenti di necessità (c.d. «*decreti-statuti*») «*leggi eccezionali, cioè norme o misure, in momenti di suprema urgenza, stabilite dal Governo, a ragion veduta contrarie al diritto nazionale e tuttavia efficaci, per il tempo della loro durata, come se fossero state stabilite mediante statuti*», concludendo che «*il principio secondo il quale il regolamento non può contenere nulla di contrario al diritto nazionale non viene, dalla possibilità di questi atti eccezionale, menomamente infirmato, poiché essi non sono regolamenti*».

[2] L'opinione prevalente era che lo stato di assedio fosse un atto pienamente legittimo e conforme allo Statuto, legittimato dallo stato di necessità («*azione violenta, scoppiata in una parte del paese, contro la sicurezza dello stato e l'ordine giuridico costituito*», così O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V.E. ORLANDO, *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo*, vol. IV1, Torino, 1904, p. 1163), essenziale per la difesa politica dello Stato e della sua costituzione, espressione di una funzione propria del governo, soggetto solo a controllo politico (cfr. per tale tesi L. ROSSI, *Lo stato di assedio nel diritto pubblico italiano (Rivista della giurisprudenza parlamentare)*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1984, fasc. 2, e ID., *L'ordinamento dello stato d'assedio nelle ultime leggi italiane*, in *Rivista di diritto pubblico*, I, 1936, pp. 261 ss.). Altri Autori, all'opposto, ritenevano si applicasse al decreto di stato d'assedio lo stesso regime del decreto-legge, ritenuto illegittimo, in quanto in contrasto con il divieto statutario di sospendere leggi e Costituzione, e, pertanto, se non convertito in legge, poteva valere solo come «*stato di fatto*» (F. CAMMEO, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, cit., pp. 121 ss. e A. GAMBERINI, *I decreti d'urgenza in teoria e pratica*, Bologna, 1903).

[3] Così A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, pp. 148-149.

ISSN 2036-7821

Mortati, in una delle prime edizioni delle *Istituzioni di diritto pubblico*, aveva affermato che le norme sui poteri di ordinanza *extra ordinem*, «*emesse sotto il vigore dello statuto prima vigente, non trovano più un valido fondamento nella nuova costituzione, che ha circoscritto in modo preciso le sfere di competenza normativa e devono quindi ritenersi decadute dopo l'entrata in vigore di queste*»[4].

La Corte costituzionale, sin dalle prime sentenze sul potere di ordinanza contingibile e urgente, indica, come condizioni di compatibilità costituzionale dello stesso, la sua conformità ai «*principii dell'ordinamento giuridico*»[5], «*dovunque tali principi siano espressi*

[4] C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II ed., Padova, 1952, p. 369. Si vedano, per la tesi della incompatibilità con il sistema costituzionale delle norme attributive del potere di ordinanza *extra ordinem* sul presupposto che l'art. 77 Cost. disponga già una disciplina costituzionale dell'emergenza, prevedendo in ogni caso l'intervento del Parlamento: G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, 2003, spec. p. 424, e F. PEDRINI, *Le ordinanze contingibili e urgenti in materia di protezione civile*, in A. BARBERA-T.F. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008, pp. 193 ss.. La tesi riprende i dubbi di C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, 1962, pp. 866 ss., circa la costituzionalità del potere d'ordinanza del Governo per violazione dell'art. 77 Cost., cui si contrapponeva L. PALADIN, *Decreti-legge*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1958, pp. 540 ss., il quale non vedeva nell'ordinamento costituzionale alcuna preclusione in tal senso. Si veda anche, G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, pp. 2185 ss., il quale individua, con riferimento alle ordinanze di protezione civile della l. n. 224 del 1992, quattro ragioni che devono indurre a considerare il fenomeno del potere *extra ordinem* come elusivo della disciplina costituzionale della decretazione d'urgenza: *a*) il Consiglio dei Ministri si limita a dichiarare lo stato di emergenza, demandando ad altre autorità il compito di decidere con ordinanza; *b*) tale decisione sfugge al controllo di costituzionalità; *c*) esclude il Parlamento e *d*) sottrae anche al Presidente della Repubblica ogni possibilità di intervento in materia. Recentemente, per il decreto-legge quale strumento di chiusura del sistema, che dà alla straordinaria necessità ed urgenza un canale positivo di esplicazione, A. D'ATENA, *L'impatto dell'emergenza sanitaria sul riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Italian Papers On Federalismi*, n. 1, 2021, spec. pp. 7 ss.. Ritiene invece che l'art. 77 Cost. possa essere considerato una fonte costituzionale, sia pure indiretta, del potere di ordinanza *extra ordinem*, F. BARTOLOMEI, *Ordinanza (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 970. L'Autore, per quanto concerne l'attribuzione del potere in questione ad organi diversi dal governo, prospetta che la dizione "governo" indichi sia, in senso stretto, il Consiglio dei Ministri che, in senso ampio, l'esecutivo in genere. Ciò legittimerebbe il potere di ordinanza attribuito al Prefetto, quale organo governativo con competenza territoriale su base provinciale, e al Sindaco, quale ufficiale del Governo. Tale tentativo di ricondurre il potere di ordinanza nell'alveo dell'art. 77 Cost. incontra il suo limite nell'attribuzione dello stesso a organi non inquadrabili anche in una nozione ampia di Governo, quali il Sindaco, quale rappresentante della comunità, e i Presidenti di Provincia e Regione.

[5] Corte Cost. 2 luglio 1956, n. 8, (IT:COST:1956:8), in *Giurisprudenza Costituzionale* con note di V. CRISAFULLI, *Questioni di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, pp. 929 ss., e di G. TREVES, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità e urgenza*, pp. 994 ss.. Commentata anche G.E. LONGO, *Ordinanze d'urgenza e attività normative: l'art. 2 t.u. leggi di P.s. nell'interpretazione della Corte costituzionale*, in *Il Foro Italiano*, IV, 1957, pp. 25 ss.. Evidenzia A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011, p. 351, che con la sentenza n. 8/1956 «*si inaugura il processo ermeneutico-giudiziario – destinato a proseguire per tutta l'esperienza repubblicana – che porta ad interpretare la natura e i limiti* [delle ordinanze di necessità e urgenza] *in maniera da renderli compatibili con l'ordinamento costituzionale e da smorzarne la portata tendenzialmente eversiva del principio di legalità*». Rileva G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in AA.VV., *Le fonti del diritto amministrativo*, Annuario AIDPA 2015, Napoli, 2016, pp. 93 ss. (114), che l'obbligo di soggezione delle ordinanze d'urgenza ai principi generali era stato affermato anche nel periodo statutario. Si vedano, in proposito, F. CAMMEO, *Sanità pubblica fonti e organizzazione*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, IV,

ISSN 2036-7821

o comunque essi risultino»[6], ed in particolare a «*quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria*»[7], escludendo conseguentemente che questo possa derogare a norme di legge in materie coperte da riserva assoluta, nelle quali rimane «*inibito il potere di disposizione, sia in via generale che singolare, non solo*

---

parte II, Milano, 1905, pp. 205 ss., spec. p. 288, che invoca il rispetto dei principi generali della legislazione, e S. LESSONA, *Le ordinanze sanitarie d'urgenza*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1919, p. 400, che richiama i limiti contenuti «*nel disposto di leggi che sanciscono principi fondamentali del viver civile*». Osserva ancora Morbidelli che «*la Corte nella sentenza 3 aprile 1987, n. 100, è andata oltre i principi fondamentali, perché ha fatto riferimento ai "principi fondamentali ed inderogabili concernenti i più importanti istituti giuridici", e ai "profili essenziali dei principali istituti giuridici", sicché si tratta di una categoria ben più estesa, in quanto abbraccia i principi degli istituti, non solo i principi dell'ordinamento*» (cfr. *op. cit*., p. 119). In realtà, la Corte, nella sentenza citata, ha richiamato la giurisprudenza amministrativa che si è espressa sul contenuto precettivo della norma denunciata di incostituzionalità (l'art. 4 del d.l. 27 febbraio 1982, n. 87, relativo al terremoto che ha colpito la Campania e la Basilicata) e che ha ritenuto che tale norma non comprendesse «*atti che importino violazione "dei principi fondamentali e inderogabili concernenti i più importanti istituti giuridici": del che è stata fatta applicazione in una delle fattispecie concrete esaminate, nella quale il giudice amministrativo ha pronunciato l'annullamento di un'ordinanza di requisizione, perché priva del termine finale*». Quindi, il limite dei "principi fondamentali e inderogabili concernenti i più importanti istituti giuridici" non è stato posto dalla Consulta quale limite del potere di ordinanza contingibile e urgente, ma rinvenuto dalla giurisprudenza amministrativa nell'interpretazione della norma oggetto del giudizio di costituzionalità.

[6] Corte Cost. 27 maggio 1961, n. 26, (IT:COST:1961:26), par. 5. La Corte in particolare afferma che «*i provvedimenti prefettizi non possono mai essere in contrasto con i detti principi, dovunque tali principi siano espressi o comunque essi risultino, e precisamente non possono essere in contrasto con quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria*». La dottrina dell'epoca si era divisa sulla portata di tale sentenza tra chi riteneva che la Corte avesse espunto dall'ordinamento l'art. 2 del t.u.l.p.s. e chi invece affermava che la Corte avesse dichiarato l'incostituzionalità della disposizione impugnata per quella parte in cui andava contro Costituzione, dovendosi dedurre che la stessa disposizione restava in vita per quella parte in cui attribuiva poteri di ordinanza non contrari a Costituzione (così. G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza (Diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Torino, 1965, pp. 95 ss. spec. p. 98). In particolare, avevano ritenuto che la Corte avesse annullato la disposizione C. LAVAGNA, *Sulla illegittimità dell'art. 2 del t.u.l.p.s. come testo legislativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1961, pp. 898 ss., (il quale, in un precedente scritto, aveva affermato l'impossibilità di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2 cit.; cfr. C. LAVAGNA, *L'art. 2 del testo unico di pubblica sicurezza è conforme a Costituzione?*, in *Democrazia e diritto*, 1960, fasc. 2, p. 78) e G. AMATO, *La difficile agonia dell'art. 2 t.u.l.p.s.*, in *Democrazia e diritto*, 1961, pp. 303 ss.. Invece, L. MONTESANO, *I provvedimenti prefettizi di urgenza e il giudizio costituzionale sui «testi legislativi ambigui»*, in *Foro italiano*, 1961, I, pp. 1283 ss., riteneva che la Corte avesse annullato l'art. 2 del t.u.l.p.s., non contenendo criteri delimitativi della discrezionalità, e che l'affermazione della sopravvivenza dei poteri di ordinanza si riferisse alle diverse altre disposizioni che nell'ordinamento prevedono tali poteri in capo al Prefetto. V. CRISAFULLI, *Il ritorno dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, I, 1961, pp. 886 ss., riteneva legittima l'attribuzione ai Prefetti dei poteri *ex* art. 2 «*soltanto in materie non regolate in sede costituzionale, per le quali nessuna riserva di legge sia costituzionalmente apprestata, (neppure relativa, stante la rilevata mancanza di criteri idonei a circoscrivere la discrezionalità dell'organo agente)*». In senso contrario, M. SCUDIERO, *In tema di Ordinanze prefettizie* ex *articolo 2 t.u.l.p.s. e libertà costituzionali*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1961, pp. 379 ss. (381-382), per il quale i provvedimenti d'urgenza del Prefetto non incontrerebbero neanche il limite della riserva assoluta, trattandosi di atti di produzione di norme che svolgono una funzione integrazione del sistema disciplinando fattispecie non previste.

[7] *Ibidem*. V. CRISAFULLI, in *Giurisprudenza Costituzionale*, I, 1961, pp. 886 ss. (889-890), rileva che la novità della sentenza n. 26 del 1961 della Corte costituzionale consiste nell'aver enunciato l'inderogabilità di tutti i precetti costituzionali, anche di quelli che non esprimono principi.

ISSN 2036-7821

contra, *ma anche* praeter legem»[8]. Mentre, in caso di riserva relativa di legge, la norma attributiva del potere di ordinanza «*deve comunque adeguatamente delimitarne il carattere discrezionale*»[9].

Tale orientamento è comunemente condiviso dalla dottrina che sul tema si è espressa nel tempo[10].

Uniche eccezioni paiono rappresentate da Scudiero e Satta.

---

[8] *Ibidem*.

[9] Corte Cost. 25 maggio 1987, n. 201, (IT:COST:1987:201).

[10] G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., pp. 94-96, ritiene che le norme attributive di poteri di ordinanza legittimino atti della pubblica amministrazione che incidano, anche in deroga a leggi preesistenti, in materie non coperte da alcuna riserva di legge, né assoluta né relativa. Ma mentre per le riserve assolute «*non è ammissibile riconoscere un potere derogatorio ad altri atti che non siano le leggi e gli atti dalla Costituzione equiparati alle leggi*», nelle materie coperte da riserva relativa di legge, le ordinanze *contra legem* sono ammissibili, purché le norme che le prevedono contengano l'indicazione dei criteri direttivi che dovranno guidare la pubblica amministrazione nell'esplicazione del suo potere discrezionale, giacché questo, come minimo, esige l'istituto della riserva relativa di legge. Quanto al limite dei principi generali dell'ordinamento, però, l'Autore, in altro scritto afferma di dubitare sull'esattezza e praticabilità del rispetto sempre e comunque: «*il principio di congruità e proporzionalità tra evento e misura assorbe, e limita nello stesso tempo, il presunto principio del rispetto dei principi generali dell'ordinamento*» ed è «*ragionevole immaginare un'emergenza tale da esigere, in un caso specifico, la deroga anche ad un principio generale dell'ordinamento (naturalmente la cosa andrà adeguatamente motivata e resta sotto il controllo dei giudici)*» (G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, cit., p. 2198, nt. 25); R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990, p. 14, introduce il suo saggio affermando, citando Sandulli, che l'efficacia in deroga del potere di ordinanza non può mai involgere i «*precetti costituzionali e i principî generali dell'ordinamento*» e, in ogni caso, deve avvenire nel rispetto delle riserve assolute e relative fissate dalla Costituzione. L'Autore argomenta affermando che il carattere amministrativo delle ordinanze contingibili e urgenti può ritenersi pienamente sussistente solo ove insieme alla forza di legge si escluda altresì conseguentemente che tali provvedimenti possano assumere autonomamente contenuti riservati agli atti di esercizio della funzione legislativa. Si assisterebbe altrimenti al paradosso di atti amministrativi che, pur non possedendo forza di legge, sono ammessi a statuire limitazioni ai diritti soggettivi che nel nostro ordinamento sono consentiti solo agli atti che tale forza possiedono, trasformando così in un concetto inconsistente ogni asserita delimitazione del potere in esame, ad opera dei princìpi dell'ordinamento giuridico e delle riserve di legge imposte al legislatore (p. 117). Giannini, modificando radicalmente le posizioni assunte in un saggio del 1948 (M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione*, 1948, pp. 388 ss.), declina il limite dei principi dell'ordinamento affermando che le ordinanze d'urgenza non possono contrastare con norme costituzionali e non possono intervenire in materie che la Costituzione copre di riserva di legge assoluta, né possono essere in contrasto con norme primarie imperative, potendo quindi derogare solo a norme primarie dispositive in materie non aventi rilevanza costituzionale (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, II ed., Milano, 1988, pp. 706-707). F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, vol. XXII, 1990, pp. 1 ss. (3), osserva che il campo cui sono ammissibili ordinanze – anche in deroga a legge e a fonti ad essa subordinate – si restringe agli spazi liberi da riserve di legge, sia assolute, sia relative. Ha una posizione particolare C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Annuario 2005, AIDPA, Milano, 2016, spec. pp. 22-28, il quale sostiene la compatibilità costituzionale di un potere straordinario nella versione che lui definisce "forte", affermando che l'emergenza costituisce un parametro costituzionale che implica una diversità di contenuto dispositivo-precettivo: «*un contenuto straordinario, perché individuabile sulla base di un contesto in cui l'ordine ed il valore delle entità da bilanciare è diverso da quello che opera in situazione non di emergenza e dunque da inquadrare in un ambito di regole e principi costituzionali in qualche punto diversi da quelli ricavabili quando il profilo dell'emergenza non viene in questione*». Tale potere, però, trova comunque un limite invalicabile nelle materie coperte da riserva assoluta di legge.

ISSN 2036-7821

Il primo, nel commentare la sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 1961, ne contesta l'assunto secondo cui il potere prefettizio di ordinanza non possa svolgersi in materie coperte da riserva assoluta di legge; ciò in quanto le ordinanze sono «*atti di produzione di norme che, disciplinando fattispecie non previste dall'ordinamento giuridico, adempiono ad una funzione di integrazione del sistema normativo*»[11]. Tale tesi si fonda sulla teoria di Santi Romano della necessità come fonte produzione normativa[12].
Il secondo, se ribadisce che «*i principi generali costituiscono la cornice, entro cui il potere di ordinanza può essere esercitato, anche in deroga alle norme positive*», non affronta il tema delle materie coperte da riserva di legge, ma chiosa che, oltre ai principi generali, «[a]*ltri limiti, per così dire esterni, le ordinanze di necessità ed urgenza non incontrano*»[13].
La dottrina più recente[14] ribadisce pacificamente i limiti posti dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, salvo poi denunciare che nella prassi tali limiti sono

[11] M. SCUDIERO, *In tema di Ordinanze prefettizie* ex *articolo 2 t.u.l.p.s. e libertà costituzionali*, cit., pp. 381-382.

[12] L'Autore richiama sul punto T. PERASSI, *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1958, I, p. 191, il quale però escludeva che la necessità fosse fonte del diritto, affermando che «*lo stato di necessità ha una qualsiasi rilevanza giuridica in quanto è contemplato da una norma dell'ordinamento giuridico* [...] *tale norma è essa stessa una norma sulla produzione giuridica:: su di essa si fonda l'atto necessitato di produzione giuridica*». La concezione della necessità come suprema fonte della legittimità dell'ordinamento giuridico risale, anni addietro, all'elaborazione teorica di Santi Romano, secondo cui «[n]*ella vita dello Stato hanno talvolta luogo dei momenti di crisi in cui l'efficacia del suo diritto viene, se non distrutta, sospesa: in modo che non dal diritto, ma da energie al diritto estranee esso viene sorretto fino al momento in cui la crisi è risolta*» (S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, (1901), ora in ID., *Scritti minori*, I, Milano 1950, p. 134). Nella costruzione di Santi Romano, il primato della necessità come fonte originaria di produzione di norme giuridiche si rivelerebbe, anzitutto, al momento dell'instaurazione di fatto di un nuovo ordinamento, il quale risulterebbe legittimato per la propria necessità storico-sociale – per il fatto solo di esistere – , non per rispondenza al diritto positivo anteriore, decaduto e sostituito. La medesima fonte suprema può operare anche in costanza di un ordinamento dato, come forza che lo difenda e protegga, quando siano riusciti vani i mezzi contemplati in norme positive. Cfr. S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, n. 1/1909, pp. 351 ss. – p. 261: «*nella necessità deve rintracciarsi l'origine e la legittimazione dell'istituto giuridico per eccellenza, cioè lo Stato, e in genere del suo ordinamento costituzionale, quando esso viene instaurato con un procedimento di fatto, ad esempio in via di rivoluzione. E ciò che si verifica nel momento iniziale in un determinato regime può anche ripetersi, sebbene in linea eccezionale e con caratteri più attenuati, anche quando questo avrà formato e regolato le sue istituzioni fondamentali. Può cioè verificarsi una data condizione di cose che costituisca una manifestazione esplicita, impellente e categorica di bisogni e di forze sociali, nel senso che da essa emani immediatamente e direttamente, senza incertezze e senza possibilità di sottrarvisi, una norma obbligatoria: è un fatto che, per la sua natura, si presenta con le caratteristiche del diritto, è la necessità, prima fonte di quest'ultimo*».

[13] F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXII, Roma, 1990, pp. 4 e 5.

[14] Cfr. tra i tanti, A. CAMAIANI-S. FOÀ, *Postfazione. La Corte costituzionale e la natura giuridica del d.P.C.M. emergenziale*, in S. FOÀ -A. CAMAIANI (a cura di), *Gestione nazionale della pandemia, misure giuridiche tra Costituzione e Cedu. Profili critici*, Torino, 2022, p. 134, nt. 16; F. FURLAN, *Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione ai tempi di Covid19*, in *federalismi.it*, pp. 67 ss. (p. 74); A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, pp. 558 ss.; E. ZAMPETTI, *Legalità e potere straordinario di ordinanza*, in *Diritto e Società*, n. 1/2019, pp. 477 ss.; G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., in particolare, per il limite dei principi, p. 99, e per l'assunto che le ordinanze contingibili e urgenti non possano riguardare materie coperte da riserva assoluta, p. 118; A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, cit.,

ISSN 2036-7821

sovente travalicati[15], peraltro in genere con l'avallo della giurisprudenza amministrativa[16].

Il tentativo che si svolgerà nelle prossime pagine è indagare la natura dei limiti posti dalla giurisprudenza costituzionale al potere straordinario nell'emergenza e valutare se la prassi che si assume comunemente in loro violazione non sia piuttosto conseguenza di tale natura.

Prima di tale indagine, però, occorre porre la tesi che consente, a mio parere, di comprendere il fenomeno delle ordinanze contingibili e urgenti – anche nelle sue espressioni più estreme – nei confini tracciati dalla Costituzione.

---

p. 149; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna 2008 pp. 104-109; A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A.ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, 2005, pp. 60-61; M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 3, 2005, pp. 641 ss.. Anche Cardone – che pur rileva, sulla scorta di una dettagliata indagine giurisprudenziale, che «[i] *principi dell'ordinamento operano, dunque, come limite intrinseco alla discrezionalità dell'amministrazione procedente, condizionando dall'interno il contenuto dell'atto contingibile e urgente più che marcando dall'esterno un confine che il potere* extra ordinem *non può superare*» e che nelle materie riservate alla legge il giudice amministrativo non ha mai ritenuto «*precluso il ricorso al potere contingibile ed urgente, come dimostra la circostanza che dall'analisi della giurisprudenza non sono risultati casi né di annullamento dell'atto impugnato in diretta applicazione del divieto di provvedere* extra ordinem *in presenza di riserve, né di promovimento di questioni di legittimità costituzionale delle norme attributive del potere d'ordinanza in materia coperta da riserva di legge assoluta o da riserva relativa senza previa determinazione dei criteri direttivi per l'esercizio della discrezionalità amministrativa*» – conclude il suo saggio affermando categoricamente che «[q]*uanto alle riserve di legge assolute, (…) il potere contingibile ed urgente, come richiesto dalla giurisprudenza costituzionale, si arrest*[a] *dinnanzi ad esse*» (cfr. A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., rispettivamente pp. 299, 305-306 e 408.).

[15] V. CERULLI IRELLI, *Sindaco legislatore?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2011, pp. 1600 ss.. L'Autore ritiene, però, tali limiti tuttavia essenziali alla definizione dell'istituto. In altro scritto, lo stesso Autore giudica di «*perplessa decifrazione*» il limite dei principi generali, non comprendendosi di quali principi si tratti, trovando in dottrina l'unico supporto in Cammeo, che riduce i principi a quelli «*assolutamente essenziali, del divieto di sopprimere la proprietà o la libertà commerciale, di non conformarsi al principio di uguaglianza, e così via (!)*» (V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in AA.VV. *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008, pp. 169-170, il quale cita F. CAMMEO, *Sanità pubblica fonti e organizzazione*, cit., pp. 258-259). Si veda, inoltre, G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza*, cit., p. 92, il quale rilevava che le ordinanze si ponessero in fatto «*in dispregio della Costituzione*». Si vedano anche C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2009, pp. 317 ss. e F. CINTIOLI, *Sul regime del* lockdown *in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *federalismi.it*, 6 aprile 2020, il quale rileva che «*alla prova dei fatti, le ordinanze hanno potuto e dovuto incidere anche su libertà e diritti fondamentali per fronteggiare l'emergenza, mettendo talora in crisi le riserve di legge, persino quelle assolute*» (p. 4). Per una disamina recente – ma precedente alla stagione della pandemia – della prassi che si assume violativa dei limiti posti dalla giurisprudenza costituzionale, si veda E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019, pp. 75-141.

[16] Cfr. A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., rispettivamente pp. 305-306, il quale osserva che «*libertà di circolazione, diritto di proprietà, iniziativa economica privata, procedimento amministrativo sono alcune tra le più significative materie coperte da riserve di legge che possono venire in considerazione nell'esercizio del potere di necessità e urgenza. Ciò nonostante, in nessuno dei casi esaminati il giudice amministrativo ha ritenuto precluso il ricorso al potere contingibile ed urgente, come dimostra la circostanza che dall'analisi della giurisprudenza non sono risultati casi né di annullamento dell'atto impugnato in diretta applicazione del divieto di provvedere extra ordinem in presenza di riserve, né di promovimento di questioni di legittimità costituzionale delle norme attributive del potere d'ordinanza in materia coperta da riserva di legge assoluta o da riserva relativa senza previa determinazione dei criteri direttivi per l'esercizio della discrezionalità amministrativa*».

ISSN 2036-7821

2. *Il potere di ordinanza* extra ordinem *come applicazione dei principi generali dell'ordinamento in presenza di lacuna normativa*.

Diverse disposizioni del nostro ordinamento autorizzano autorità amministrative (in genere, organi politici monocratici) a provvedere in situazione di emergenza[17], adottando le misure idonee a far fronte alla stessa, misure non previamente tipizzate dal legislatore[18].

I presupposti necessari per l'adozione di provvedimenti contingibili e urgenti sono, da un lato, l'impossibilità di differire l'intervento ad altro momento, in relazione alla ragionevole previsione di danno incombente (da cui il carattere dell'urgenza), e, dall'altro, l'inattuabilità degli ordinari mezzi offerti dalla normativa (da cui la contingibilità)[19]. Ricorrendo tali presupposti, si è – per definizione – in presenza di una lacuna dell'ordinamento[20]. Infatti, se vi fosse la norma che individuasse le misure

[17] In quella che Luhmann definisce "fattispecie insolita" (cfr. N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Milano, 1996, pp. 3-4).

[18] L'art. 2 del t.u.l.p.s. – oggetto delle citate sentenze della Corte costituzionale – autorizza il Prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ad adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica; l'art. 50, comma 5, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (t.u.e.l.) autorizza il Sindaco, *quale rappresentante della comunità locale*, ad adottare ordinanze contingibili e urgenti in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale, ovvero in relazione all'urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti, anche intervenendo in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche. L'art. 54, ai commi 4 e 4*bis*, dello stesso decreto autorizza il Sindaco, *quale ufficiale del governo*, ad adottare con atto motivato provvedimenti, anche 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. L'art. 32, comma 1, della l. 23 dicembre 1978, n. 833, autorizza il Ministro della salute ad emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più Regioni. L'art. 117 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 dispone che, in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale, le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal Sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi di referenza o assistenza, spetta allo Stato o alle Regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali. Discorso a parte meritano, come si vedrà, le ordinanze contingibili e urgenti in materia ambientale, disciplinate dall'art. 191 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 ed il codice della protezione civile, posto dal d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1.

[19] Si veda, sul punto, in giurisprudenza, tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2019, n. 3580, (IT:CDS:2019:3580SENT), punto 5: «*presupposti per l'adozione dell'ordinanza sindacale sono la sussistenza di un pericolo irreparabile ed imminente per la pubblica incolumità, non altrimenti fronteggiabile con i mezzi ordinari apprestati dall'ordinamento (Cons. Stato, V, 18 giugno 2018, n. 3727, tra le altre)*».

[20] Il punto è stato intuito dalla dottrina più risalente. L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi d'urgenza*, Milano, 1953, affermava che il problema del fondamento e della natura del potere di ordinanza costituisce «*un aspetto del grave e generale problema della completezza o non dell'ordinamento giuridico*» (p. 13) e indicava nel potere di ordinanza di necessità e urgenza, il potere attribuito dalla legge a determinate autorità amministrative in casi eccezionali di colmare le lacune «*attraverso l'attività, necessariamente creativa, dello stesso soggetto tenuto a risolvere un conflitto di interessi non risolto dalla norma*». L'Autore concludeva che «[i]*n questi casi eccezionali l'attività della pubblica amministrazione perde il suo carattere di attività amministrativa, intesa come attuazione di una volontà antecedentemente e astrattamente manifestata dal legislatore, per assurgere al valore di una attività creativa o dispositiva*» (pp. 14-15). Giannini, in un suo scritto, sosteneva che «*le ordinanze sono da assimilare a quegli atti creativi di diritto in*

ISSN 2036-7821

adeguate per far fronte alla situazione emergenziale e l'organo deputato ad assumerle, non vi sarebbe spazio per il potere di ordinanza contingibile e urgente, dovendo l'organo indicato dalla norma adottare le misure dalla norma stessa disciplinate, misure che rientrerebbero quindi nella categoria degli *atti necessitati*[21].

---

uno spazio giuridicamente vuoto, che assumono la figura specifica della Rechtsfindung, *regolata dal Codice Federale Svizzero, cioè esse sono atti di produzione originaria di una norma giuridica a contenuto particolare, anche derogatorio rispetto ad altre norme o a principi giuridici gerarchicamente non elevati, ma sempre entro l'ambito dei principi positivi gerarchicamente più elevati, cioè dei principi superiori e dei principi generali*» (Cfr. M.S. GIANNINI, *Le ordinanze dispositive della proprietà privata*, in *Giurisprudenza italiana*, 1950, ora in *Scritti*, vol. II, Milano, 2002, pp. 195 ss. (206). Anche la giurisprudenza più risalente sembrava cogliere tale natura del potere di ordinanza *extra ordinem*. Cons. Stato, 6 febbraio 1926, n. 35, in *Foro amministrativo*, 1926, I, II, p. 102, con riferimento al potere del Sindaco «*di fare provvedimenti contingibili e urgenti di pubblica sicurezza e d'igiene pubblica, indipendentemente da qualsiasi disposizione contenuta nei relativi regolamenti*», statuiva che «*se, come nella specie, non esistono norme regolamentari apposite è pienamente legittimo l'operato del sindaco che in vista di un fatto il quale avviene in modo non preveduto e urge un rimedio in cui si ponga fine senza ritardo agli inconvenienti ed ai danni che già ne derivano e ne possono derivare (contingibilità e urgenza) si vale del diritto di ordinanza espressamente conferitogli dalla legge per* creare la norma giuridica *non preveduta dai regolamenti e disporre la immediata esecuzione*». Tale indirizzo è rimasto prevalente fino agli inizi degli anni Novanta del secolo scorso. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 1969, n. 1071; Id., 28 agosto 1968, n. 1164; Id. 7 dicembre 1973, n. 1061. Per la giurisprudenza dei TAR, si veda TAR Lazio, sez. III, 15 luglio 1974, n. 13, che parla di ordinanze aventi «*la funzione di colmare le lacune dell'ordinamento*». In termini, TAR Lazio, sez. I, 30 marzo 1992, n. 431. La giurisprudenza più recente esclude che le ordinanze *extra ordinem* abbiano «*la funzione di colmare eventuali lacune nell'ordinamento, intese nel senso di situazioni di pericolo a fronte delle quali non sia previsto un normale potere di intervento di un'autorità amministrativa a tutela del pubblico interesse*», affermando cha invece «*hanno lo scopo di far fronte ad eventuali lacune di ordine operativo, cioè a situazioni di pericolo che non siano state fronteggiate in modo adeguato*» (TAR Campania, Napoli, sez. III, 15 gennaio 1999, n. 92; C.G.A.R. Sicilia, 28 agosto 1996, n. 129). A me pare, per come si cercherà di argomentare, che quelle che tale giurisprudenza definisce *lacune di ordine operativo* siano pur sempre lacune dell'ordinamento.

[21] In dottrina, l'elaborazione teorica della categoria degli atti necessitati si deve a M.S. GIANNINI, sin dal saggio *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., p. 391, il quale osservava che mentre gli atti necessitati «*sono strumenti che l'ordinamento attribuisce alle autorità per provvedere a situazioni eccezionali in senso temporale*», le ordinanze contingibili e urgenti «*provvedono a situazioni eccezionali in senso giuridico, cioè che richiedono delle deroghe alle norme vigenti*». Si veda anche M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., pp. 703-704. Nella giurisprudenza costituzionale, la distinzione tra "atti" necessitati e "ordinanze" *extra ordinem* risale alla sentenza della Corte Cost. 4 gennaio 1977, n. 4 (IT:COST:1977:4), a mente della quale «*i primi, come le seconde, fondantisi sulla urgente necessità; ma i primi, emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto; le altre, nell'esplicazione di poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto, per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni*» (la sentenza è stata commentata da L. CARLASSARE, *Ordinanze prefettizie e diritto di sciopero*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1977, pp. 258 ss., e P. POLACCO, *Legge e provvedimento amministrativo in materia di sciopero*, *ivi*, p. 264 ss.). La distinzione è stata ripresa dalla Corte con la sentenza n. 198 del 22 ottobre 2021 (IT:COST:2021:198), con la quale ha posto il suo sigillo sulla legittimità costituzionale della gestione della pandemia da Covid-19 ad opera del Governo, definendo i d.P.C.M. – sulla cui costituzionalità la dottrina si è divisa –"atti necessitati", in quanto emessi in attuazione di norme legislative che ne hanno fissato il contenuto. Tale sentenza è stata commentata, tra gli altri, da: A. CAMAIANI-S. FOÀ, *Postfazione. La Corte costituzionale e la natura giuridica del d.P.C.M. emergenziale*, cit., pp. 125 ss.; A. LUCARELLI, *L'erosione del principio di legalità e gli atti amministrativi sufficientemente tipizzati*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 5, 2021, pp. 2063C ss.; E. RINALDI, *La Corte costituzionale legittima le misure di contenimento del COVID-19, ma la motivazione soddisfa solo in parte*, *ivi*, pp. 2076 ss.; B. SBORO, *Stato d'emergenza, atti necessitati e ordinanze emergenziali. Alcune riflessioni a partire dalla sent. n. 198 del 2021*, in *federalismi.it*, n. 9, 2022, pp. 70 ss.; O. SPATARO, *Stato di emergenza e legalità costituzionale alla prova della pandemia*, in *federalismi.it*, n. 11/2022, pp. 158 ss., in particolare pp. 179-182; M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n. 198/2021*, in

ISSN 2036-7821

Tale tesi è contestata da Marzuoli, in quanto ritenuta incompatibile con l'assunto del potere come entità costituita dal diritto. L'argomento è che la lacuna significa assenza di diritto e, data la sequenza: prima il diritto e poi il potere, se vi è lacuna (cioè assenza del diritto), non vi può essere potere[22].

Marzuoli rinvia sul punto a Marazzita, il quale, pur riconoscendo che «*la peculiarità di ogni situazione di emergenza*» è che rispetto ad essa manchi «*alcuna previsione legislativa ordinaria*» e che ci si trovi, pertanto, dinanzi a «*lacune normative*», conclude che «[d]*i fronte ad una lacuna non* qualsiasi *rimedio è ammissibile per colmarla, ma solamente quello che è previsto dal diritto positivo o che comunque non vi si pone in contrasto*»[23].

L'argomento non convince.

La lacuna non è "assenza del diritto", ma – muovendo dall'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile – è assenza della «*precisa disposizione*», ovvero della disposizione[24] da cui trarre la norma applicabile al caso concreto.

Anzi, in presenza di lacuna normativa si invera al massimo grado il diritto, in quanto trovano applicazione i principi generali dell'ordinamento[25].

Quindi: non assenza del diritto, ma pienezza del diritto intesa come completezza dell'ordinamento.

In questi termini può, infatti, convenirsi con l'assioma che l'ordinamento non conosce lacune, in quanto anche un principio, sia espresso in apposita formulazione legislativa, sia implicito o latente nell'ordinamento, costituisce una norma,

---

federalismi,it, n. 25, 2021, pp. 81 ss.; A. MORELLI, *Le "convergenze parallele" dei modelli di normazione impiegati per fronteggiare la pandemia: «stato di emergenza» e «stato di necessità» alla luce della sent. n. 198/2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, n. 3/1, pp. 1 ss., e A. ARCURI, *La Corte costituzionale salva i dpcm e la gestione della pandemia. Riflessioni e interrogativi a margine della sent. n. 198/2021*, in *www.giustiziainsieme.it*.

[22] C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, cit., pp. 24-25.

[23] G. MARAZZITA, *Le ordinanze di necessità dopo la L. n. 225 del 1992 (Riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995)*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1996, pp. 505 ss. (p. 514). Continua l'Autore affermando che «*la considerazione che le ordinanze di necessità possano in concreto soddisfare le esigenze dell'emergenza nulla ci dice sulla loro ammissibilità; ribaltando l'espressione di Schmitt (che, descrivendo l'emergenza, affermava che "lo stato continua ad esistere mentre il diritto viene meno") possiamo dire che, nel sistema vigente, se viene meno il diritto viene meno anche lo stato poiché questo è anzitutto organizzazione della sovranità, modalità e condizioni di esercizio, individuazione dei soggetti cui spetta esercitarla. Per valutare l'ammissibilità del potere di ordinanza occorre allora porci sul piano del diritto positivo, in particolare assumendo a parametro i princìpi che regolano il sistema normativo nonché le norme deducibili dagli artt. 77 e 78 Cost.*».

[24] Si veda per le ragioni dell'importanza della distinzione tra "disposizione" e "norma", G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, Torino, 2021, pp. 30-34.

[25] Diversa è la posizione di Ferrajoli, che considera vere lacune dell'ordinamento solo quelle che definisce "strutturali" o "in senso forte" quali vizi consistenti nell'inosservanza, per omissione, di norme sulla produzione, di grado perciò sopraordinato al livello normativo cui sono riferite. In questo senso, le lacune sono conseguenti all'inosservanza per omissione di una norma costituzionale e possono essere risolte – non in via interpretativa, ma – solo con l'intervento del legislatore. L'illustre filosofo del diritto riconosce, però, che «*di solito viene chiamata "lacuna" qualunque mancanza di norme, pur se solubile anch'essa dall'interprete con il ricorso all'analogia o ai principi generali del diritto*», e definisce le lacune di questo tipo *lacune in senso debole* (cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, II ed., Roma-Bari, 2012, pp. 684-695).

ISSN 2036-7821

«*applicabile quale regola di determinati comportamenti pubblici e privati*», ed unisce all'efficacia vincolante un'efficacia *integrativa*[26].

È compito dell'interprete/operatore del diritto – sia esso il giudice, sia, come ritengo, l'amministrazione nell'esercizio del potere – individuare la "norma" [27], la regola del caso concreto, ricercandola in una "precisa disposizione" ovvero nelle disposizioni (anche in combinato disposto tra di loro) regolanti casi simili o materie analoghe (*analogia legis*) ovvero ancora facendo applicazione dei principi generali dell'ordinamento (*analogia iuris*). In particolare, l'*analogia iuris*, si risolve in un meccanismo integrativo[28] dell'ordinamento che permette al giudice di decidere comunque anche in presenza di lacune normative.

Diversamente da quanto sostenuto dalla dottrina citata, il potere straordinario nell'emergenza è *costituito* dalle disposizioni legislative che lo affidano a determinate autorità amministrative, consegnandoglielo però senza definirne i contorni e i contenuti neanche di massima. Altrimenti detto, la disposizione legislativa attributiva del potere di ordinanza contingibile urgente indica il presupposto (il fatto

---

[26] Così V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 72. Il quale continua: «*l'attività di integrazione e di ricerca del diritto – si voglia o non riconoscerle carattere propriamente discrezionale – è pur sempre regolata, nell'ordinamento vigente, da norme giuridiche (principi generali), tra cui bisogna appunto annoverare le norme costituzionali programmatiche*». Si veda anche R. DWORKIN, *On Gaps in Law*, in N. MACCORMICK-P. AMSELEK (eds.), *Controversies About Law's Ontology*, Edimburgh, 1991, pp. 84 ss., per il quale il diritto è necessariamente completo in quanto incorpora i principi e valori di una morale oggettiva che contiene una risposta per qualunque caso. Opposta, la posizione giuspositivistica, secondo cui il diritto deriva da fonti sociali, prodotte da atti umani e fraseggiate in un linguaggio, con la conseguenza che il diritto è necessariamente "limitato" (in questi termini, G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, cit., p. 243, nt. 60). Cfr. anche J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, in *Yale Law Yournal*, vol. 81, 1972, pp. 823 ss.; F. SCHAUER, *The Limited Domain of Law*, in *Virginia Law Review*, vol. 90, 2004, pp. 1909 ss.; E. BULYGIN, *Il positivismo giuridico*, Milano, 2007, pp. 25 ss.. Ferrajoli, muovendo dalla sua concezione della "lacuna strutturale" come lacuna che può essere colmata solo con l'intervento del legislatore, afferma che il «*prezzo che il positivismo giuridico paga alla certezza del diritto non è solo* [...] *la possibile incoerenza del diritto, ma anche la sua possibile incompletezza. Ma si tratta di un prezzo necessario, dato che su di esso si fonda l'intero edificio del garantismo e dello stato di diritto*» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., p. 694).

[27] Sulla "norma" quale prodotto dell'interpretazione si veda ancora V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Milano, 1964, pp. 195 ss.. Si veda anche T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in ID., *Problemi giuridici*, t. 1, Milano, 1959, p. 352, secondo cui «*oggetto dell'interpretazione non è una "norma", ma un testo* […]; *è in forza dell'interpretazione del testo* […] *che si formula la "norma"*». Negli stessi termini, G. TARELLO, *Osservazioni sulla individuazione dei precetti. La semantica del neustico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1965, p. 424, per il quale «*ciò che si interpreta, è l'enunciato. Il precetto, la norma, segue come prodotto (e non precede come dato) la interpretazione (che è interpretazione dell'enunciato)*». Infine, G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1988, p. 69: «*la disposizione è la fonte della norma attraverso l'interpretazione*». Per la giurisprudenza si veda Cass. Civ., SS. UU., 3 maggio 2019, n. 11747, (IT:CASS:2019:11747CIV), par. 11.8., a proposito della «*disposizione da applicare alla fattispecie, che sarà poi oggetto di interpretazione, divenendo norma ovvero assumendo,* tramite *l'interpretazione, il suo significato*».

[28] Secondo N. BOBBIO, *Analogia*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I, Torino, 1957, pp. 601 ss., ora in ID., *Saggi sulla scienza giuridica*, Torino, 2011, pp. 52 ss. (p. 55), l'*analogia iuris* non è vera analogia trattandosi di applicazione dei principi generali proprio in difetto dalla possibilità di reperire in via di interpretazione analogie fra caso e caso.

ISSN 2036-7821

emergenziale), l'autorità competente a adottare misure per farvi fronte, il fine da perseguire, non anche le misure da adottarsi per conseguire il fine[29]. L'azione della pubblica amministrazione non è previamente disciplinata, né può ritenersi che la stessa – in quanto non contemplata dalla disposizione normativa – sia giuridicamente indifferente; anzi, in quanto diretta alla tutela di interessi primari anche con il sacrificio o la limitazione di libertà garantite dalla Costituzione, è azione di sicura e pregnante rilevanza per l'ordinamento.

Riprendendo la costruzione teorica di Scoca, la norma – strutturata nelle due proposizioni costituite dalla fattispecie e dalla statuizione normativa – descrive (in termini generici e ricorrendo a concetti giuridici indeterminati[30]) il fatto extragiuridico, facendo sì «*che la norma rifletta sul fatto carattere giuridico, operandone il riconoscimento formale*»[31], ma risolve la statuizione normativa nell'investire l'autorità designata del potere-dovere di adottare le misure adeguate per far fronte alla situazione emergenziale, lasciando così al potere discrezionale dell'amministrazione la conformazione della realtà giuridica[32]. Discrezionalità che non trova i suoi limiti

[29] Secondo G. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza*, cit., p. 93, la norma attributiva del potere di ordinanza contingibile e urgente sarebbe norma sulla produzione giuridica, «*giacché si limita a dire a chi, in che materia, con quale forma, eventualmente con quali limiti spetta emanare nuove disposizioni anche in deroga a norme preesistenti, mentre ogni altra norma attributiva di normali poteri amministrativi è anche e prevalentemente norma di produzione giuridica, giacché anzitutto prevede positivamente che cosa rispetto a una determinata fattispecie può disporre la pubblica amministrazione*». L'Autore, nonostante ciò, conclude per il carattere amministrativo delle ordinanze, in quanto la natura della norma di attribuzione del potere non sarebbe decisiva per la sua qualificazione in termini normativi. Ma, come correttamente osserva A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, cit., p. 157, nt. 45, il concetto di "norma sulla produzione giuridica" è usato da Rescigno in modo generico, perché non coincide con quello di "norma sulla produzione normativa" – ciò che consente all'Autore citato di escludere la natura di atto normativo alle ordinanze in parola –; se si assume però che tale è una norma che prevede e disciplina atti giuridici, questo requisito, anziché proprio solo delle norme attributive del potere di ordinanza, è utilizzabile per definizione anche per quelle che prevedono qualsivoglia provvedimento amministrativo, pure gli atti necessitati.

[30] Sulla elaborazione della nozione di concetti giuridici indeterminati (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) da parte della dottrina tedesca si veda S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, pp. 282-289. L'Autore – per quel che si vedrà essere di interesse per la tesi che si intende sviluppare con il presente lavoro – afferma che «*quando il legislatore conferisce un potere amministrativo configurandone i presupposti sulla scorta di un concetto giuridico indeterminato, è evidente che ha inteso devolvere all'amministrazione il potere di individuare i presupposto del potere amministrativo stesso*» (p. 291).

[31] F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, p. 50, citato da S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., p. 122. Per l'illustre Maestro, «[r]*ilevanza giuridica è, quindi, il riconoscimento del fatto come formalmente (o morfologicamente) corrispondente alla descrizione normativa (fattispecie)*» (*ibidem*).

[32] Cfr. S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., p. 124: «[l]*a relazione di efficacia giuridica intercorre* [...] *fra la statuizione normativa (seconda proposizione costitutiva della norma) e il fatto qualificato, vale a dire il fatto giuridicamente rilevante. A differenza della relazione di rilevanza, che si esaurisce nella conformità morfologica fra fatto e fattispecie, la relazione di efficacia ha una sua connotazione dinamica perché, con il suo contenuto formante, struttura la realtà qualificata*». Per la tesi che nei casi di testi contenenti clausole generali o espressioni altamente indeterminate non si possa parlare propriamente di "interpretazione" quanto di esercizio di una valutazione discrezionale che l'ordinamento demanda all'interprete si vedano: A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Politica del diritto*, 1988, pp. 631 ss.; M. TARUFFO, *La giustificazione delle*

ISSN 2036-7821

nella statuizione della disposizione attributiva del potere, tanto che la Corte costituzionale e la dottrina qualificano lo stesso come "libero"[33], ancorché il potere discrezionale non possa mai qualificarsi tale[34].

Guastini, riconduce l'ipotesi descritta alla categoria della "lacuna tecnica": «*una norma raccomanda di perseguire un certo fine, ma nessuna norma stabilisce quali mezzi debbano impiegarsi*»[35].

Satta coglie, con riferimento alle ordinanze *extra ordinem*, i termini della questione nel distinguere l'"ordinamento giuridico" dall'"ordinamento normativo": «*l'ordinamento giuridico nel suo complesso non presenta e non tollera lacune; ma ciò dipende dal fatto che esso esprime nella sua compiutezza il diritto vivente di una società; è dunque inconcepibile che valori, assunti come giuridicamente significativi, rimangano estranei all'ordinamento ripetesi nel suo complesso. Ma per l'ordinamento normativo il discorso è semplicemente inverso: l'ordinamento normativo è quello che è costituito dalle leggi effettivamente emanate dal Parlamento, per regolare le situazioni e le necessità che le singole leggi considerano: "lacunoso", dunque, istituzionalmente, necessariamente lacunoso, perché è impossibile raccogliere, prevedere, disciplinare ogni possibile fattispecie*»[36].

---

decisioni fondate su standards, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Torino, 1989, pp. 311 ss.; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, p. 380 e T. ENDICOTT, *Legal Interpretation*, in A. MARMOR (ed. by), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, London-New York, 2012, pp. 109 ss., spec. pp. 111-112.

[33] L'aggettivo "libero", riferito alle ordinanze contingibili e urgenti, è stato utilizzato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 4/1977 cit., punto 2 in diritto, ove si riconducono i provvedimenti contingibili e urgenti entro la categoria concettuale delle c.d. "ordinanze libere", caratterizzate, in primo luogo, dal fatto che il contenuto dei provvedimenti stessi non è prestabilito dalla legge, ma da questa rimesso alla scelta discrezionale dell'organo agente, secondo quanto richiesto dalle circostanze, diverse da caso a caso, che ne impongono l'emanazione; in secondo luogo, dal fatto che dette circostanze non sono, a loro volta, previste – né, di regola, sono prevedibili in astratto – da specifiche disposizioni di legge. La Corte ha poi costantemente utilizzato tale aggettivo per qualificare le ordinanze in parola (cfr. ad es. sentenza 30 dicembre 1987, n. 617 - IT:COST:1987:617), sino alla recente sentenza n. 198/2021, cit. Giustamente critico sull'uso di tale aggettivo è F. BARTOLOMEI, *Ordinanza (diritto amministrativo)*, cit., pp. 970 ss. (978).

[34] Anche il potere amministrativo *extra ordinem* trova i propri vincoli interni nei criteri oggi posti dall'art. 1, comma 1, l. n. 241/1990. In altre parole, l'esercizio del potere *extra ordinem* deve pur sempre essere *ragionevole* e circoscritto a quanto strettamente indispensabile al superamento dell'emergenza e, in questi termini, è soggetto al sindacato giurisdizionale.

[35] R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, p. 133.

[36] F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, cit., p. 3. L'Autore continua affermando che «[n]*ella realtà delle cose, qualunque lacuna* normativa *si colma per via di interpretazione, cioè attraverso la collocazione del problema, rispetto al quale si pretende che la lacuna si ponga, nel quadro dell'ordinamento generale: criteri di giustizia, principi generali e speciali di diritto, forme di interpretazione estensiva o analogica, determinano la soluzione e dunque il diritto*». L'Autore, evidentemente, usa il termine "norma" come equivalente di "disposizione".

ISSN 2036-7821

La tesi che qui si intende sostenere è che in presenza di una lacuna dell'ordinamento, come il giudice, per il divieto di *non liquet*[37], *decide* sulla base dei principi generali dell'ordinamento, così l'amministrazione *provvede* applicando i medesimi principi.
Credo non sia discutibile che l'amministrazione sia tenuta all'interpretazione giuridica in funzione dell'applicazione delle norme ai casi concreti. Invero, l'amministrazione, nell'esercizio del potere amministrativo, ovvero della capacità giuridica speciale di diritto pubblico che si esprime nella possibilità di produrre, con una manifestazione di volontà unilaterale, effetti giuridici nella sfera dei destinatari[38], applica la norma al caso concreto[39]. L'applicazione della norma presuppone l'interpretazione, ovvero la *sussunzione* del fatto particolare nella fattispecie astratta prevista dalla norma stessa – richiede quindi il rinvenimento nell'ordinamento della norma nella cui fattispecie è sussumibile il fatto concreto –, e si risolve nella determinazione delle conseguenze che la norma riconnette alla fattispecie[40].
Come il giudice, in assenza della *precisa disposizione* e della disposizione relativa a casi simili o materie analoghe, *deve* decidere sulla base dei principi generali

[37] Il divieto di *non liquet*, previsto espressamente dall'art. 4 del *Code civil* francese, è generalmente derivato nell'ordinamento italiano dall'art. 12 delle preleggi. Cfr. G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Il Foro italiano*, V, 1969, pp. 112 ss..

[38] Così M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, V ed., Bologna, 2022, p. 105. Per la nozione di "potere" quale «capacità di determinare un cambiamento nella posizione giuridica propria o altrui» si veda anche W.N. HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in *Yale Law Journal*, vol. 23, 1913, pp. 16 ss. spec. pp. 44-54.

[39] Cfr. G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, cit., p. 50: «[l]*'applicazione-prodotto consiste dunque nell'esercizio di un "potere" attribuito ad un certo soggetto da apposite norme di competenza: una applicazione-prodotto può essere effettuata solo da un soggetto dotato di specifica autorità*». L'Autore osserva che, in termini kelseniani, «*l'applicazione-prodotto consiste nella "derivazione dinamica" di una norma individuale da un'altra norma*». L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit. pp. 556-560, definisce «*'applicazione'* [...] *l'atto formale o la decisione obbligatoriamente vincolati, il primo quanto alle forme la seconda anche quanto ai significati, dalle norme, rispettivamente formali e sostanziali, sulla loro produzione*» e «*'rispetto'* [...] *qualunque decisione il cui significato sia deciso in osservanza delle norme sostanziali sulla sua produzione*», concludendo che «[l]*a fenomenologia dell'osservanza delle norme sulla produzione si articola dunque in due ordini di fenomeni: la loro* applicazione *o il loro* rispetto [...], *consistenti l'una in atti formali o in decisioni di cui siano obbligatori la forma e/o il significato, e l'altro in decisioni di cui non sia vietato il significato*» [corsivi nel testo originario]. L'Autore colloca il "potere discrezionale" dell'amministrazione nella categoria del '*rispetto*', («*è osservante delle norme sostanziali sulla sua produzione* [...] *un provvedimento amministrativo le cui disposizioni 'rispettino', ossia non contrastino le norme di legge*» - p. 559), non cogliendo, però, a mio parere, il carattere *doveroso* del potere discrezionale. Ciò che induce l'Autore a concludere che «*solo l'applicazione sostanziale, e non anche il rispetto, suppone la prefigurazione di una "fattispecie" o, comunque, di un presupposto sostanziale che è obbligatorio accertare e qualificare giuridicamente*» (p. 559). Queste distinzioni sono essenziali, a giudizio dell'Autore, all'analisi della fenomenologia del potere nella democrazia costituzionale, in quanto valgono a fondare la distinzione tra «*'*funzioni di governo' [...], *siano esse legislative o esecutive, che sono poteri discrezionali al cui esercizio si richiede il semplice 'rispetto' delle norme sopraordinate e si conviene perciò una legittimazione soprattutto* politica, *e* 'funzioni di garanzia' [...], *quale è tipicamente quella giudiziaria, che sono invece poteri vincolati cui si richiede altresì l''applicazione sostanziale' delle norme sopraordinate e si conviene perciò una legittimazione interamente* legale» (p. 563).

[40] Sulla forma logica delle norme – con poche eccezioni – come "enunciato condizionale" il quale statuisce che cosa si debba fare od omettere se si verificano certe circostanze, si veda R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 18 e la dottrina ivi citata.

ISSN 2036-7821

dell'ordinamento, non potendo denegare giustizia, così l'amministrazione, a fronte della lacuna normativa svelata dalla emergenza, *deve* provvedere applicando gli stessi principi, non potendo rimanere inerte, ma dovendo perseguire l'interesse pubblico concreto ad essa affidato e – particolarmente nelle situazioni emergenziali – la tutela dei diritti fondamentali[41].
L'applicazione dei principi generali dell'ordinamento, come si vedrà nel prossimo paragrafo, avviene mediante il bilanciamento degli stessi.

3. *Il limite dei "principi generali dell'ordinamento"*.
I principi possono essere definiti come norme "fondamentali"[42], caratterizzanti l'identità assiologica[43] dell'intero ordinamento o di una sua parte[44]. Possono essere di rango costituzionale o semplicemente legislativo[45], ancorché si sia autorevolmente

[41] Si veda già G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1936, p. 425: «[l]*e istituzioni, intese qui come istituzioni appartenenti allo Stato, esistono tutte per una destinazione fondamentale che costituisce la loro ragione di vita: esse debbono agire per assicurare il soddisfacimento dei bisogni, ai quali sono indirizzate, la loro funzione si risolve in un vero obbligo giuridico, che è tale anche se non può essere preteso, anche se non si pone come corrispondente diritto subbiettivo nelle persone che sono interessate al suo adempimento. Per il potere legislativo l'attività normativa è un obbligo istituzionale, perché è la sua ragione di esistenza; per il potere esecutivo, considerato nel suo complesso, è obbligo istituzionale il proseguimento dei fini tutti che concernono la collettività*».

[42] In quanto, come sottolinea Guastini, norme *fondanti* e non *fondate*: ossia che danno fondamento e/o giustificazione assiologica (etico-politica) ad altre norme e a loro volta non richiedono alcun fondamento assiologico (cfr. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 173 ss.). L'Autore spiega che i principi, in primo luogo, sono norme fondamentali nel senso che danno fondamento e/o giustificazione assiologica (etico-politica) a molteplicità di altre norme; in secondo luogo, sono norme fondamentali nel senso che non hanno e non richiedono a loro volta alcun fondamento assiologico, alcuna giustificazione etico-politica, poiché sono percepite, nella cultura giuridica esistente, come norme evidentemente "giuste" o "corrette" (p. 176).

[43] Per la connessione tra principi e valori si veda R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1994 (trad. it. a cura di L. DI CARLO, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, pp. 162-197). Secondo Alexy la differenza tra principi e valori si riduce al fatto che i primi in quanto precetti appartengono all'ambito deontico, i secondi vanno ascritti al piano assiologico. Si veda anche J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, 1992 (trad. it. a cura di L. CEPPA, *Fatti e norme: contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996, p. 303), secondo cui i principi, a differenza dei valori, si impongono al generale rispetto della collettività non perché stabiliscono relazioni di preferenza, ma perché la positivizzazione dell'enunciato normativo conferisce loro la carica deontica di un'obbligazione incondizionata ed universale.

[44] Osserva Bartole che un principio può essere definito principio dell'ordinamento anche se la sua matrice è strettamente circoscritta all'àmbito di un istituto, di una materia, di una branca del diritto, purché il principio medesimo (ovvero la fattispecie cui esso ha riguardo) abbia (o abbiano) una rilevanza tale da qualificare, direttamente o indirettamente, il modo di essere dell'ordinamento intero, ovvero di importanti sue parti componenti (S. BARTOLE, *Principi del diritto (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, Milano, 1986, pp. 494 ss.). Secondo la definizione della Corte costituzionale, nella sentenza n. 6 del 26 giugno 1956 (IT:COST:1956:6), i principi generali dell'ordinamento sono «*quegli orientamenti e quelle direttive di carattere generale e fondamentale che si possono desumere dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dall'intima razionalità delle norme che concorrono a formare in un dato momento storico il tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico vigente*».

[45] Ad es. il principio di irretroattività della legge fuori della materia penale: art. 11, comma 1, disp. prel. cod. civ..

ISSN 2036-7821

sostenuto che tutti i principi generali dell'ordinamento sono dotati di copertura costituzionale almeno indiretta[46].

Nell'ambito dei principi costituzionali, inoltre, ve ne sono alcuni che non possono essere abrogati o sovvertiti neppure con leggi di revisione costituzionale e, in quanto tali, possono definirsi principi "supremi" dell'ordinamento[47].

I principi a volte sono esplicitati in una apposita disposizione normativa[48], spesso si desumono dalle norme positive attraverso un procedimento di astrazione e generalizzazione crescente ovvero muovendo dagli assetti organizzativi e istituzionali[49]. In ogni caso[50], i principi generali sono il risultato di un'operazione di costruzione giuridica, piuttosto che di interpretazione[51], per la quale Dworkin ha

---

[46] F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIV, Roma, 1991, pp. 1 ss. (p. 17).

[47] Cfr. Corte Cost. 29 dicembre 1988, n. 1146, (IT:COST:1988:1146): «[l]*a Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana. Questa Corte, del resto, ha già riconosciuto in numerose decisioni come i principi supremi dell'ordinamento costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale, sia quando ha ritenuto che anche le disposizioni del Concordato, le quali godono della particolare "copertura costituzionale" fornita dall'art. 7, comma secondo, Cost., non si sottraggono all'accertamento della loro conformità ai "principi supremi dell'ordinamento costituzionale" (v. sentt. nn. 30 del 1971, 12 del 1972, 175 del 1973, 1 del 1977, 18 del 1982), sia quando ha affermato che la legge di esecuzione del Trattato della CEE può essere assoggettata al sindacato di questa Corte "in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana" (v. sentt. nn. 183 del 1973, 170 del 1984)*».

[48] Ad es. i principi generali dell'attività amministrativa, posti dall'art. 1 l. 7 agosto 1990, n. 241, o i «*Principi fondamentali*» sanciti dagli artt. da 1 a 11 della Costituzione.

[49] La dottrina parla, rispettivamente, di principi "espressi", "inespressi" e "istituzionali". La nozione di principi "istituzionali" si deve a Santi Romano, il quale attribuiva diversa natura sostanziale a due gruppi di principi generali: quelli identificabili mediante l'analogia, i quali farebbero parte del diritto scritto (essendo compresi, sia pure in modo latente, nelle norme scritte, delle quali solo apparentemente rappresenterebbero un'estensione); quelli rivelantisi dalla stessa natura delle istituzioni, considerate in sé a prescindere da ogni disposizione formalmente dichiarata, i quali rappresenterebbero diritto non scritto, ed anzi, non volontario. Cfr. SANTI ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, Padova, 1939, pp. 31 ss., e ID., *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1940, p. 40 e pp. 351 ss.. V. Crisafulli, criticando la dottrina dell'epoca che, in larga prevalenza, riteneva che i principi generali fossero necessariamente inespressi, nell'affermare l'esistenza anche di principi esplicitamente formulati, nega rilevanza alla distinzione tra principi espressi e inespressi, riconducendo gli uni e gli altri alla categoria delle norme giuridiche. Cfr. V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto di principî generali del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941, pp. 41 ss., pp. 157 ss., pp. 230 ss..

[50] Osserva Modugno che, anche se esplicitati in una disposizione, i principi hanno un'eccedenza di contenuto deontologico o assiologico, che rende sempre indispensabile l'opera di valutazione dell'interprete (F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., p. 3).

[51] S. BARTOLE, *Principi del diritto (dir. cost.)*, cit., p. 496, evidenzia «*l'ambiguità di fondo dei principi generali che li colloca ad un problematico crocevia fra interpretazione, creazione non legislativa del diritto e processi argomentativi propri dell'una e dell'altra*». Per la tesi che i principi inespressi sono «*frutto non propriamente di interpretazione (in senso stretto, cioè ascrizione di senso a specifici testi normativi) ma di costruzione giuridica, ossia di integrazione del diritto ad opera degli interpreti*», si veda R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 185. Si veda ancora F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., p. 4: «[i]*l principio generale è dunque* strutturalmente, *una costruzione*

ISSN 2036-7821

inventato la figura di Ercole, giudice filosofo dalla capacità, cultura, pazienza e ingegno sovrumani[52].

Questa operazione risente della cultura giuridica del momento, oltre a concorrere a definirla.

Si guardi, a titolo di esempio, alla vicenda delle norme sull'attribuzione ai figli del cognome paterno, la cui matrice riposa nella formulazione, antecedente alla riforma del diritto di famiglia[53], dell'art. 144 cod. civ., il quale (con un testo identico a quello dell'art. 131 del codice civile del Regno d'Italia del 1865) disponeva che: «[i]*l marito è capo della famiglia; la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli crede opportuno di fissare la residenza*». Ebbene, la Corte costituzionale ha definito tale sistema di attribuzione del cognome – sopravvissuto (all'epoca della pronuncia) per oltre un quarantennio alla riforma del diritto di famiglia – «*retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna*»[54]. Nondimeno, anche in quell'occasione, come in diverse precedenti[55] – nelle quali aveva invocato l'intervento del legislatore –, la Corte ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale in quanto l'intervento invocato con la ordinanza di rimessione richiedeva una operazione manipolativa esorbitante i suoi poteri. Si sono resi necessari ulteriori dieci anni prima che la Corte, «*in attesa di un indifferibile intervento legislativo, destinato a disciplinare organicamente la materia, secondo criteri finalmente consoni al principio di parità*», dichiarasse l'illegittimità costituzionale della norma (di cui agli artt. 262, primo comma, secondo periodo, e 299, terzo comma, cod. civ.), nella parte in cui non consente «*ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno*»[56]. Fino alla recentissima sentenza n. 131/2022[57], con la quale la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo – in riferimento agli artt. 2, 3 e 117, primo comma,

---

dell'interprete-operatore – a partire dalle norme ritenute vigenti in un dato ordinamento positivo o ritenute implicite nelle sue istituzioni – che consiste in un fascio indeterminato di valutazioni o qualificazioni *di oggetti, fatti, situazioni, stati di cose, comportamenti, ecc., potenzialmente idoneo a sciogliersi, a concretarsi, di volta in volta, in qualificazioni determinate, puntuali, e quindi applicabili a concrete fattispecie*».

[52] R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (MA), 1977, p. 105: «*We might therefore do well to consider how a philosophical judge might develop, in appropriate cases, theories of what legislative purpose and legal principles require. We shall find that he would construct these theories in the same manner as a philosophical referee would construct the character of a game. I have invented, for this purpose, a lawyer of superhuman skill, learning, patience and acumen, whom I shall call Hercules*».

[53] L. 19 maggio 1975, n. 151.

[54] Corte Cost. 16 febbraio 2006, n. 61, (IT:COST:2006:61).

[55] Corte Cost., ordinanza, 11 febbraio 1988, n. 176, (IT:COST:1988:176), e ordinanza 19 maggio 1988, n. 586, (IT:COST:1988:586).

[56] Corte Cost. 21 dicembre 2016, n. 286, (IT:COST:2016:286).

[57] Corte Cost. 31 maggio 2022, n. 131, (IT:COST:2022:131).

ISSN 2036-7821

Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU – l'art. 262, primo comma, cod. civ., nella parte in cui prevede, con riguardo all'ipotesi del riconoscimento effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori, che il figlio assume il cognome del padre, anziché prevedere che il figlio assume i cognomi dei genitori, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo, al momento del riconoscimento, per attribuire il cognome di uno di loro soltanto. La Corte ha anche statuito che, ove difetti l'accordo sull'ordine di attribuzione dei cognomi dei genitori, che è parte della regola suppletiva, si rende necessario dirimere il contrasto e lo strumento che le norme vigenti consentono, attualmente, di approntare è quello dell'intervento giudiziale.

Pare significativo osservare che quello che a giudizio della Corte, ancora nel 1988, era una norma limitativa sì dell'eguaglianza dei coniugi, ma desumibile dall'art. 29 Cost., in quanto utilizzava «*una regola radicata nel costume sociale come criterio di tutela dell'unità della famiglia fondata sul matrimonio*»[58], si appalesa oggi allo stesso giudice come «*il lascito di una visione discriminatoria, che attraverso il cognome si riverbera sull'identità di ciascuno, non* […] *più tollerabile*»[59]. Inoltre, l'operazione manipolativa della norma, ritenuta dalla Corte, ancora nel 2006, esorbitante i suoi poteri, è oggi legittimata – stante la perdurante inerzia del legislatore – dal dovere di rendere effettiva la "legalità costituzionale"[60].

Tale evoluzione del fondamentale principio di uguaglianza è stata sicuramente indotta da modifiche dell'ordinamento positivo, determinate anche dall'adesione dell'Italia alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo[61] e da obblighi assunti nell'arena internazionale[62]. Tuttavia, le pronunce della Corte costituzionale appena citate sono tutte – di molto – successive alle innovazioni normative in questione; nondimeno, il semplice confronto tra le stesse rende evidente come sulla trasformazione del principio abbia influito soprattutto il profondo cambiamento del

[58] Corte Cost., ordinanza n. 586/1988, cit..

[59] Corte Cost. n. 61/2006, cit., par. 10.1. Ma ancora Corte Cost., ordinanza, 27 aprile 2007, n. 144, (IT:COST:2007:144).

[60] Cfr. Corte Cost. n. 131/2022, cit., par. 11.2.: «*questa Corte, preso atto che delle numerose proposte di riforma legislativa, presentate a partire dalla VIII legislatura, nessuna è giunta a compimento, non può più esimersi dal rendere effettiva la "legalità costituzionale"*».

[61] La Corte EDU ha invitato l'Italia alla «*eliminazione di ogni discriminazione* [...] *nella scelta del cognome*», sul presupposto che «*la tradizione di manifestare l'unità della famiglia attraverso l'attribuzione a tutti i suoi membri del cognome del marito non p*[uò] *giustificare una discriminazione nei confronti delle donne (si veda, in particolare, Ünal Tekeli v. Turkey, [paragrafi] 64-65)*» (Corte EDU, sentenza 7 gennaio 2014, *Cusan e Fazzo c. Italia*, par. 66).

[62] Sin dalla fine degli anni Settanta, gli obblighi internazionali, cui si è vincolato l'ordinamento italiano, sollecitano l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, in tutte le questioni derivanti dal matrimonio e nei rapporti familiari, compresa la scelta del cognome. Cfr. l'art. 16, comma 1, lettera g), della Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York il 18 dicembre 1979, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 14 marzo 1985, n. 132, nonché le raccomandazioni del Consiglio d'Europa n. 1271 del 1995 e n. 1362 del 1998, e, ancor prima, la risoluzione n. 37 del 1978.

ISSN 2036-7821

"costume sociale", ovvero della cultura e del sistema valoriale della società, che concorre a plasmare la cultura giuridica del Paese.
I principi generali dell'ordinamento, quindi, esprimono i valori etico-politici che definiscono la fisionomia dell'ordinamento nel momento in cui degli stessi principi si fa applicazione[63].

4. *Segue. Il bilanciamento come forma di applicazione dei principi.*
Alexy sostiene che la ponderazione è «*la forma di applicazione caratteristica dei princìpi*»[64]. E invero, l'illustre filosofo del diritto tedesco afferma che «*i* princìpi (Prinzipien) *sono norme che prescrivono che qualcosa è da realizzare nella misura più alta possibile relativamente alle possibilità giuridiche e fattuali. I principi sono, secondo questa definizione,* precetti di ottimizzazione (Optimierungsgebote)*, caratterizzati dal fatto che possono essere realizzati in gradi diversi e che la misura prescritta della loro realizzazione dipende non solo dalle possibilità fattuali, ma anche dalle possibilità giuridiche*». Al contrario, le regole (*Regeln*) sono norme che possono essere sempre realizzate o non realizzate e contengono, perciò, *determinazioni* (*Festsetzungen*) nello spazio di ciò che è fattualmente e giuridicamente possibile[65]. L'ambito delle possibilità giuridiche è determinato attraverso principi e regole collidenti. Ma mentre il conflitto tra regole può essere risolto solo inserendo, in una delle regole, una clausola di eccezione (*Ausnahmeklausel*) che elimini il conflitto oppure dichiarando invalida almeno una delle regole, se due principi collidono, uno prevale sull'altro sotto determinate circostanze, mentre sotto altre circostanze il problema della priorità può essere risolto in maniera inversa. «*Si può intendere tutto questo se si afferma che i principi, nei casi concreti, hanno diverso peso, e che ha la priorità il principio con il peso di volta in volta maggiore*». Quindi, riprendendo le tesi di Dworkin[66], Alexy conclude affermando che «[i] *conflitti di regole hanno luogo nella dimensione della validità, le collisioni di principi*

[63] Osserva Modugno che i principi generali hanno natura essenzialmente implicita, in quanto dotati di contenuto deontologico eccedente la loro possibile formulazione, sia quest'ultima dichiarata in disposizioni normative, sia dichiarata dell'operatore-interprete (F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., p. 3). La tesi dell'eccedenza del contenuto assiologico o deontologico dei principi è dovuta a Emilio Betti e si accompagna alla negazione della natura normativa dei principi medesimi. Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, II ed., Milano, 1971, pp. 205 ss. (p. 316): «*i principi generali, in quanto criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, sono caratterizzati da* un'eccedenza di contenuto deontologico *(o* assiologico*, che dir si voglia) in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema*».

[64] R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino, 1997, p. 37.

[65] Alexy afferma che la distinzione tra regole e principi è una distinzione qualitativa e non di grado. Ogni norma o è una regola o un principio (R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 107).

[66] R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 26-27: «*Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersects* […]*, one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and the judgment that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is*».

ISSN 2036-7821

hanno luogo, invece, nella dimensione del peso, al di là della dimensione della validità poiché solo principi validi possono collidere»[67].

In altri termini, se i conflitti di regole sono da risolvere secondo i criteri tradizionali di risoluzione delle antinomie[68], la tecnica di risoluzione dei conflitti tra principi è il bilanciamento, il quale mette in risalto come la dimensione più propria dei principi sia il peso. O, come argomenta altra dottrina, «*i principi* [a differenza delle regole] *non sono mai tra loro incompatibili: sono sempre tra loro concorrenti*»[69] e applicarne uno significa, insieme, applicare tutti quelli con esso concorrenti alla ricerca del modo di sacrificarne ciascuno nella misura minore possibile, compatibile con il rispetto dovuto a ciascun altro.

I principi, quindi, avendo – come afferma Dworkin, nel segnarne la distinzione dalle regole – una struttura che non si presta ad una osservanza in «*all–or–nothing fashion*»[70], sono abitualmente posti a confronto con interessi e valori diversi da quelli alla cui tutela concorrono.

Guastini pare esprimere lo stesso concetto quando indica nella "defettibilità" una delle caratteristiche dei principi, spiegando che «*una norma è defettibile allorché ammette eccezioni inespresse, non stabilite dalla norma stessa né in alcuna altra norma dell'ordinamento, e pertanto totalmente indeterminate*»[71]. Tale caratteristica a me pare

---

[67] R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 101-110. La distinzione tra principi e regole come norme *qualitativamente* diverse si deve innanzitutto a Dworkin, che l'ha elaborata criticando la tesi giuspositivista di Hart, ripresa da Raz, secondo cui la differenza tra regole e principi riguarda fondamentalmente il livello di generalità e vaghezza, in quanto i principi altro non sono che norme molto generali e vaghe. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., pp. 564-565, rileva, invece, la «*limitata portata*» della distinzione e contesta la tesi che «*i principi si* rispettano *mentre le regole, siano esse formali o sostanziali, si* applicano», osservando che «[c]*ontrapporre regole e principi come le une applicabili e gli altri solo rispettabili, sulla base di un bilanciamento con altre ragioni di natura diversa dal bilanciamento richiesto in ogni interpretazione sistematica, rischia di fatto di offuscare e depotenziale il valore vincolante dei secondi, tanto più grave se essi rivestono rango costituzionale*».

[68] Quali, ad esempio, il criterio gerarchico, il criterio cronologico, il criterio di specialità e il criterio di competenza.

[69] L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985, pp. 65 ss. (p. 78) (corsivo nel testo).

[70] R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 24: «*The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case it contributes ntoghing to the decision*».

[71] R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 178. Lo stesso concetto esprime L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi*, cit., pp. 65 ss., quando afferma: «[c]*he una norma valga come principio significa che l'argomentazione in cui consiste la sua applicazione può anche, per quanto paradossale possa apparire, avere una conclusione che si presenta come incompatibile con la formulazione letterale del principio. Ma, a questa conclusione, non si sarà pervenuti per via interpretativa, cioè risolvendo a monte l'incompatibilità (qualificata come meramente apparente) mediante una riformulazione della disposizione da cui la norma vien tratta, in un enunciato dichiarato sinonimo di quello legislativo* [...]. *Che una norma in una argomentazione valga come principio significa che il soggetto argomentante riconosce apertamente (e direi, se mi permettete, onestamente) tale incompatibilità; ed appunto con ciò si impegna a fornire e fornisce, al di là delle acrobazie interpretative sempre possibili ma di corto respiro, le ragioni che militano a favore della conclusione incompatibile con il principio; nonché, evidentemente,*

ISSN 2036-7821

conseguenza del fatto che nella dimensione concreta – nel *farsi* dell'ordinamento[72] – i principi, come i valori che esprimono, non vivono da soli, ma insieme e – spesso – in conflitto con altri principi[73]: dal loro ragionevole bilanciamento scaturisce il contenuto prescrittivo degli stessi, che sarà caso per caso diverso e più o meno ampio in ragione della maggiore o minore forza dei principi (valori) e interessi antagonisti in funzione dell'interesse pubblico concreto e attuale da perseguire[74].

Anche questo concetto è espresso da Alexy quando afferma che le regole sono l'esito di un bilanciamento tra principi, cioè il risultato del processo di ottimizzazione dei principi stessi e, in quanto tali, precetti definitivi, non più suscettibili di ottimizzazione. Le regole derivano quindi dai principi, non per deduzione, ma per bilanciamento[75].

Un esempio può forse aiutare nell'argomentazione.

Principio fondamentale, che esprime un valore basilare del nostro ordinamento, è il principio di uguaglianza in ragione del sesso. Ipotizziamo che si sviluppi e diffonda una particolare forma virale che colpisce solo gli appartenenti ad un determinato sesso. Sarebbero in tal caso ragionevoli misure precauzionali anche fortemente limitative di libertà costituzionali prese nei confronti solo di coloro che appartengono al sesso a rischio di contagio. In tale ipotesi, infatti, le libertà costituzionali (di

---

delle ragioni di secondo ordine o grado, capaci di giustificare la prevalenza attribuita a quelle ragioni su quel principio» (pp. 77-78).

[72] Il riferimento è a E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 126, secondo cui «*l'ordinamento giuridico* [...] *è qualcosa che non è, ma* si fa [...] *proprio per opera assidua di interpretazione*» (corsivo nel testo).

[73] Secondo L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi*, cit., p. 78, l'essere in concorrenza con altri principi sarebbe il tratto definitorio del concetto stesso di principio. Ma già M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, nel porre la sua fondamentale tesi sul potere discrezionale della pubblica amministrazione, affermava che «*un determinato interesse pubblico* non esiste mai isolato nel mondo sociale» [corsivo nel testo] (p. 77) e che «[l]*'apprezzamento politico della discrezionalità consiste pertanto in una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie*» (p. 74).

[74] Dworkin, nel confutare le obiezioni di Raz (in J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, cit., pp. 823 ss.), alla sua distinzione tra *regole* e *principi* compendia così la sua tesi: «*I argued that principles, like those I mentioned, conflict and interact with one another, so that each principle that is relevant to a particular legal problem provides a reason arguing in favor of, but does not stipulate a particular solution. The man who must decide the 190roblemi s therefore required to assess all of the competing and conflicting principles that bear upon it, and to make a resolution of these principles rather than identifying one among others as 'valid'*» (R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 72). Osserva Modugno che «[m]*entre le norme, in generale, una volte costruite, a partire dagli enunciati normativi, anche in combinazione fra loro, sono già pronte per l'applicazione, le norme ricavabili dai principi presuppongono la elaborata opera di individuazione e ricostruzione (bilanciamento) dei medesimi intesi come valori*» (F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., p. 12). Osserva G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., p. 121, che «*il limite dei principi si risolve nel limite di una congrua motivazione e di adeguato bilanciamento a fronte di qualsiasi* ius novum, *tanto più serrato quanto più rispondente ad interessi "forti" (come ad e. l'interesse alla tutela dell'ambiente) sia la normativa che si va a derogare*».

[75] La radice di questo argomentare pare rinvenirsi nel pensiero di Kant e nella sua distinzione tra doveri etici «*larghi*» e doveri giuridici «*stretti*». Cfr. I. Kant, *Metafisica dei costumi*, a cura di G. LANDOLFI PETRONE-R. MORDACCI, Milano, 2006, pp. 395 ss. e 467.

ISSN 2036-7821

circolazione, di riunione, di lavoro) possono essere ritenute cedevoli a fronte della necessità di garantire la salute, sia come diritto dei singoli che come interesse della comunità. Il decisore pubblico dovrà, però, adottare le misure precauzionali strettamente necessarie (proporzionate in senso stretto) allo scopo. Saranno, quindi, giustificate in quanto ragionevoli solo le limitazioni imposte agli appartenenti al sesso minacciato. In questo caso, il ragionevole bilanciamento degli interessi e dei diritti in gioco conduce ad una radicale – sia pur necessariamente temporanea – compressione di un principio fondamentale del nostro ordinamento, quale l'uguaglianza in ragione del sesso.

Di quanto fin qui detto si trova evidenza nella stessa giurisprudenza della Corte costituzionale che pur, come ricordato, ha posto come condizioni di legittimità costituzionale del potere di ordinanza *extra ordinem*, la sua conformità ai «*principii dell'ordinamento giuridico*» (sentenza n. 8/1956, cit.), ed in particolare a «*quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria*» (sentenza n. 26/1961, cit.). Ebbene, già con la sentenza n. 4 del 1977, la Corte ha dichiarato non fondata la questione di costituzionalità dell'art. 20 del t.u.l.p.s., in ordine alla precettazione di alcuni bidelli, disposta dal Prefetto di Rieti in occasione dello sciopero proclamato dal personale scolastico non docente e motivata sulla base del pericolo di epidemie legato alla mancata pulizia dei plessi scolastici, sostenendo che i limiti al diritto di sciopero trovano nel caso fondamento nell'art. 32 Cost. e nelle ragioni di sicurezza sottese alla tutela dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost.. Ed ancora, con la sentenza n. 51 del 1991[76], la Corte ha affermato che «*la libertà di movimento dei beni tra una zona e l'altra del territorio nazionale – garantita in via generale dall'art. 41 della Costituzione e, per quel che concerne il potere di limitazione regionale, dall'art. 120 della stessa Costituzione – dev'essere bilanciata con un complesso di interessi costituzionalmente protetti, riconducibili a diritti fondamentali o a valori collettivi di carattere primario, fra i quali rientrano sicuramente la salute pubblica e, come fine di utilità sociale, la conservazione e lo sviluppo del patrimonio zootecnico*». Fino a ad arrivare, in tempo di pandemia da Covid-19, alla sentenza n. 128 del 2021[77], con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della previsione di legge che ha disposto la seconda proroga della sospensione dei procedimenti esecutivi per il pignoramento immobiliare aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore[78] – al fine di

[76] Corte Cost. 6 febbraio 1991, n. 51, (IT:COST:1991:51), in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, pp. 388 ss..

[77] Corte Cost. 22 giugno 2021, n. 128, (IT:COST:2021:128).

[78] L'art. 54-*ter* del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, introdotto dall'Allegato alla legge di conversione 24 aprile 2020, n. 27, ha stabilito che, «[a]*l fine di contenere gli effetti negativi dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, in tutto il territorio nazionale è sospesa, per la durata di sei mesi a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, ogni procedura esecutiva per il pignoramento immobiliare, di cui all'articolo 555 del codice di procedura civile, che abbia ad oggetto l'abitazione principale del debitore*». La disposizione è stata prorogata nel termine di efficacia al 31 dicembre 2020, dall'art. 4, comma 1, del d.l. n. 137 del 2020 (come convertito nella legge n. 176 del

ISSN 2036-7821

contenere gli effetti negativi di carattere socio-economico dell'emergenza pandemica – perché il «*bilanciamento sotteso alla temporanea sospensione delle procedure esecutive aventi ad oggetto l'abitazione principale è divenuto, nel tempo, irragionevole e sproporzionato*». La Corte premette che il diritto all'abitazione costituisce «*diritto sociale*» e «*rientra fra i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità in cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione*» e, benché non sia espressamente menzionato, «*deve ritenersi incluso nel catalogo dei diritti inviolabili*». Ora, in presenza di tale diritto, il legislatore può procrastinare la soddisfazione del diritto del creditore alla tutela giurisdizionale anche in sede esecutiva, garantito dall'art. 24 Cost., ma deve «*sussistere un ragionevole bilanciamento tra i valori costituzionali in conflitto, da valutarsi considerando la proporzionalità dei mezzi scelti in relazione alle esigenze obiettive da soddisfare e alle finalità perseguite*». Ebbene, il bilanciamento operato dal legislatore è stato ritenuto ragionevole dalla Corte nella prima fase dell'emergenza, ma essendo rimasto invariato in occasione delle due proroghe nei termini inizialmente valutati, è divenuto nel tempo irragionevole in quanto il legislatore «*avrebbe dovuto specificare i presupposti soggettivi e oggettivi della misura, anche eventualmente demandando al vaglio dello stesso giudice dell'esecuzione il contemperamento in concreto degli interessi in gioco*».
Tale pronuncia evidenzia non solo – ciò che è pacifico in giurisprudenza e in dottrina – che i limiti temporali della misura incidono sulla proporzionalità della stessa e, quindi, sulla ragionevolezza del bilanciamento dei contrapposti interessi, ma che la stessa ragionevolezza del bilanciamento è condizionata dall'"urgenza dell'emergenza", ovvero dalla vicinanza temporale con il fatto emergenziale e, dunque, dalla capacità o meno di articolare una risposta compiutamente ponderata.
Quindi, si possono trarre le seguenti conclusioni dalle considerazioni sin qui svolte.
I principi generali dell'ordinamento esprimono i valori etico-politici che definiscono la fisionomia dell'ordinamento.
Ai sensi dell'art. 12 delle disposizioni preliminare al codice civile, i principi generali svolgono una funzione di integrazione dell'ordinamento, consentendo di colmarne le lacune: auto-integrazione, essendo i principi stessi norme dell'ordinamento.
Il giudice quando non rinviene le disposizioni con le quali decidere una controversia, nemmeno ricercandole tra quelle regolanti casi simili o analoghi (*analogia legis*), decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato (*analogia juris*). La tesi che qui si sostiene è che analoga operazione è tenuta a fare l'amministrazione quando, operando in condizioni di emergenza in assenza della

2020), e quindi fino al 30 giugno 2021, dall'art. 13, comma 14, del d.l. n. 183 del 2020 (ancora in corso di conversione al momento della proposizione delle questioni di costituzionalità e poi convertito nella legge n. 21 del 2021). Quest'ultima è la disposizione dichiarata incostituzionale dalla Corte.

ISSN 2036-7821

disposizione normativa adeguata, deve rinvenire la norma del caso concreto (la regola) derivandola dai principi generali dell'ordinamento[79].

I principi generali, singolarmente presi, esprimono pienamente il proprio contenuto assiologico, mentre la norma del caso concreto scaturisce dal loro contemperamento e bilanciamento.

I principi generali dell'ordinamento, in quanto termini dell'operazione di bilanciamento, non operano come limiti esterni al potere amministrativo nell'emergenza, ma come limiti interni ovvero come criteri orientatori[80] per il ragionevole – e, quindi, legittimo – esercizio dello stesso[81].

Come ho tentato di argomentare in altro scritto[82], nell'operazione di bilanciamento, lo stato di emergenza può rendere ragionevole (proporzionata in senso stretto) anche la – temporanea – sospensione, ovvero la loro compressione sin nel nucleo essenziale, dei principi in cui si esprimono i diritti e le libertà costituzionali[83]. Ciò con il solo

---

[79] Guastini, nella prospettiva dell'interpretazione e dell'argomentazione, riferisce l'operazione di concretizzazione dei principi costituzionali al giudice costituzionale, per decidere della conformità a costituzione di una norma di legge, e al giudice comune, per colmare la lacuna nella legge (cfr. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 201 ss.). Pare evidente, però, che tale operazione, è innanzitutto in capo all'amministrazione e al legislatore. Solo in un secondo momento – eventualmente – il giudice può essere chiamato a valutarne rispettivamente la legittimità e la legalità costituzionale. Sembra cogliere tale aspetto Bartole, quando rileva che in alcune situazioni i principi generali «*operano come "*guidelines*" di decisioni di autorità, non legislative, altrimenti rilasciate all'arbitrio dei loro autori*». In tali ipotesi, «*l'elasticità dei princìpi (che è funzione della generalità delle loro indicazioni) consente a chi è tenuto a farne uso di articolare nel loro àmbito soluzioni adeguate ai casi di specie in ordine ai quali è tenuto a provvedere*» (S. BARTOLE, *Principi del diritto (dir. cost.)*, cit., p. 517).

[80] Sulla definizione dei principi generali dell'ordinamento come *criteri orientatori* si veda G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, ed. XV, Milano, 2021, pp. 29-30.

[81] Questo aspetto mi sembra colto già da G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, cit., pp. 2185 ss., laddove ammette di avere qualche dubbio sull'esattezza e praticabilità del rispetto, sempre e comunque, dei principi generali dell'ordinamento, osservando che «*il principio di congruità e proporzionalità tra evento e misura assorbe, e limita nello stesso tempo, il presunto principio del rispetto dei princìpi generali dell'ordinamento, nel senso che, se l'ordinanza è congrua e proporzionata alla necessità (ricordando che il giudice può annullarla o disapplicarla, se viziata), in generale essa rispetterà anche i princìpi generali dell'ordinamento* […], *ma è ragionevole immaginare un'emergenza tale da esigere, in un caso specifico, la deroga anche ad un principio generale dell'ordinamento (naturalmente la cosa andrà adeguatamente motivata e resta sotto il controllo dei giudici)*» (nt. 25). Alle medesime conclusioni giunge, come si è già visto, sulla base dell'esame della giurisprudenza amministrativa, A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., p. 299, il quale afferma che «[i] *principi dell'ordinamento operano, dunque, come limite intrinseco alla discrezionalità dell'amministrazione procedente, condizionando dall'interno il contenuto dell'atto contingibile e urgente più che marcando dall'esterno un confine che il potere* extra ordinem *non può superare*».

[82] F. SCALIA, *The Reasonable Balancing of Righths and Interests at the Time of Pandemic*, in *Review of European Adiministrative Law*, vol. 13, n. 4, 2020, pp. 89 ss. e ID., *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *federalismi.it*, n. 32/2020, pp. 183 ss.

[83] È quanto rileva, sulla base dell'analisi della giurisprudenza amministrativa in tema di ordinanze *extra ordinem*, anche A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., p. 305, laddove afferma che «*nella vita concreta del potere contingibile e urgente il limite dei principi dell'ordinamento, posto dalla Corte nella sentenza n. 8 del 1956 e sviluppato nella successiva sentenza n. 26 del 1961, ha finito per tradursi nel momento del controllo giurisdizionale in un blando scrutinio di adeguatezza del contenuto dispositivo dell'atto di necessità ed urgenza; atto rispetto al quale la portata*

ISSN 2036-7821

limite di quei principi dell'ordinamento la cui sospensione anche nel loro nucleo essenziale in ragione della tutela di altri valori, giudicati – nella situazione data – prevalenti, determinerebbe la rottura della Costituzione stessa. È da ritenere, però, che tale limite non sia rappresentato dai c.d. principi "supremi", se tra questi si ricomprendono – come pare corretto – anche i diritti fondamentali riconosciuti nella prima parte della Costituzione. Anche tali principi, come insegna autorevole dottrina, sono derogabili, ancorché sottratti a revisione costituzionale e immodificabili[84]. A me sembra che l'unico limite, oltrepassato il quale si verificherebbe la rottura della Costituzione, è quello posto dall'art. 139 della stessa (non a caso l'unica disposizione che pone esplicitamente limiti alla revisione costituzionale), ovvero la "forma repubblicana", intesa nel senso – corrispondente al pensiero politico moderno – di governo derivato dal popolo, coincidente, quindi, con la "forma democratica".

5. *La riserva di legge*.

Secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale (e la dottrina citata), il potere amministrativo nell'emergenza non può invadere la riserva assoluta di legge[85] e, nel caso di riserva relativa, la norma primaria attributiva del potere deve comunque adeguatamente delimitarne il contenuto discrezionale[86].

Deve innanzitutto tracciarsi la distinzione tra principio di legalità e riserva di legge.

Sul punto pare insuperata la lezione di Crisafulli: il principio di legalità esige che l'esplicazione dell'autorità trovi il proprio fondamento positivo, oltre che il proprio limite negativo, in una previa norma, non necessariamente posta da legge in senso formale o da atto ad essa equiparato[87]; la riserva di legge esige che la legge (formale o

normativa del principio opera dall'interno ma con una "forza" decisamente ridotta e quasi annichilita dalle ragioni dell'emergenza. Sia nel caso dei principi costituzionali in materia di diritti e libertà fondamentali, sia nel caso dei principi generali in materia di concorrenza, di trasparenza e di "giusto procedimento", infatti, la ricostruzione della portata normativa dei principi restituisce un parametro per il sindacato giurisdizionale in gran parte svuotato delle pretese regolative che gli stessi principi ordinariamente avanzano al di fuori dei contesti emergenziali».

[84] Cfr. F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., pp. 12-13: «[c]*ome principi supremi, essi sono dunque immodificabili, ma soggetti a bilanciamento*».

[85] Cfr. Corte Cost. n. 201/1987, cit..

[86] Cfr. Corte Cost. n. 201/1987, cit. e Corte Cost. n. 26/1961, cit. (IT:COST:1961:26).

[87] Si veda sul punto F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969, spec. pp. 235 ss., il quale sottolinea che «[l]*a norma può avere qualunque origine e quindi sia essere posta dal parlamento in forma di legge, sia risultare da consuetudini o da prassi o da norme poste dall'amministrazione stessa*» (p. 243). Si veda anche G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, vol. II, Milano, 1971, p. 37 e nt. 54, che propone la sostituzione del principio di legalità con quello di giuridicità, o normatività, dell'azione attraverso il ricorso a fonti anche diverse dalla legge, e, più di recente, N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, Bologna, 2003, il quale parla di «*principio di legalità regolamentare*». Sul principio di legalità la letteratura è vastissima. Si segnalano, oltre, ai testi già citati, gli Atti del 53° convegno di studi amministrativi di Varenna del 20-22 settembre 2007, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008. Si vedano inoltre le voci di L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XVIII, Roma, 1989, R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Torino, 1994, pp. 84 e ss., e S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*,

ISSN 2036-7821

atto ad essa equiparato) regoli essa stessa, in tutto o in parte, ma comunque in modo sufficientemente preciso, così da limitare la discrezionalità amministrativa, le materie che ne sono oggetto. L'uno è un limite al potere esecutivo; l'altra un vincolo di contenuto della stessa legge formale. Nondimeno, «*riserve "relative" e principio di legalità tendono a identificarsi, ove quest'ultimo debba essere inteso in senso sostanziale, anziché come implicante semplicemente l'esigenza di previa norma di legge attributiva di potere (come mera legalità formale, cioè)*»[88].

La Corte costituzionale ritiene osservato il principio di legalità, nel suo contenuto essenziale, dalla norma attributiva del potere di ordinanza contingibile e urgente, che, anche senza disciplinare il contenuto dell'atto («*il quale, in tal senso, può considerarsi libero*»), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata[89].

Milano, 1973, pp. 659 ss.. Si vedano anche V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962, pp. 132 ss.; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, pp. 157 ss.; G. BERTI, *Dalla legalità formale alla legalità sostanziale*, in *Il diritto della Regione*, 1992, pp. 623 ss.; M.S. GIANNINI, *Sulla tipicità degli atti amministrativi*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996, pp. 319 ss.; A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamento giuridico*, in *Diritto amministrativo*, 1999, pp. 111 ss.; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, 2007, pp. 708 ss..; G. CORSO, *Principio di legalità e interpretazione della legge*, Napoli, 2014, e ID., *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017.

[88] V. CRISFAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, V ed., Padova, 1984, pp. 55-61. Ancorché, come rilevano R. BALDUZZI-F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, anche in tal caso i due istituti continuino a rispondere a logiche ed esigenze diverse: l'uno destinato ad operare sul piano dei rapporti tra fonti, l'altro su quello dei limiti all'agire amministrativo.

[89] Così Corte Cost. n. 201/1987, cit. Pare non potersi condividere la tesi di chi indica nel potere *extra ordinem* legittimato dallo stato di emergenza un «*paradigma costitutivo dell'ordine giuridico*» alternativo al sistema della legalità ed evidenzia la contraddizione irrisolvibile tra il potere di ordinanza e il modello dello Stato di diritto, «*trattandosi di potere costituito non dal diritto ma da una realtà di fatto, cioè l'emergenza*» (Così M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e stato di diritto*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, pp. 795 ss., che cita G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, p. 16). Tale dottrina, in continuità con l'insegnamento di Santi Romano, individua nella "necessità" una fonte di produzione del diritto alternativa alla legge (superiore, nella concezione romaniana: *necessitas non habet legem*; Cfr. S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, II ed., Milano, 1946, p. 92). Invero, anche il potere di ordinanza *extra ordinem* trova il suo fondamento nella legge, che lo assegna a determinate autorità ed indica nell'emergenza il presupposto fattuale che ne legittima l'esercizio e nel fronteggiare e superare la stessa la finalità da conseguire. Anzi, se è vero che il canone della ragionevolezza opera come parametro di sintesi e misura ultima della legalità sostanziale delle scelte amministrative (in questi termini, G. DELLA CANANEA-M. DUGATO-B. MARCHETTI-A. POLICE-M. RAMAJOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022, p. 104), deve concludersi che anche per le ordinanze contingibili e urgenti operi il principio di legalità sostanziale e che il contenuto delle stesse non sia affatto "libero", in quanto presidiato dai principi che reggono l'esercizio della potestà discrezionale dell'amministrazione. Si veda, in tal senso, G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., pp. 99-100, laddove afferma che «*la non tipizzazione è compensata dalla necessaria e motivata individuazione dei presupposti previsti dalla legge, che a sua volta deve indicare le motivazioni, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata, dalla rete di principi fondamentali da osservare, come pure dall'obbligo di osservare la normativa dell'Unione europea e gli obblighi internazionali, nonché dalla necessità di adeguata istruttoria, dai principi di proporzionalità, ragionevolezza, adeguatezza che devono legare la situazione emergenziale (da riscontrare con compiutezza) e i provvedimenti idonei a risolverla o comunque a fronteggiarla e a mitigarla.* [...] *Tutti elementi che concorrono a ricondurre le ordinanze entro l'alveo della legalità sostanziale e a consentire così la "raffrontabilità" con le fonti primarie*». Si veda anche P. LAZZARA, *L'azione amministrativa ed il procedimento in*

ISSN 2036-7821

Nel quadro tratteggiato dalla Corte, il principio di legalità – ai fini della legittimazione del potere di ordinanza di necessità e urgenza – opera nella sua dimensione formale[90], ovvero nel suo «*contenuto minimo*». Altrimenti detto, il principio di legalità pone un vincolo – oltre che al potere esecutivo – al legislatore, vietandogli di conferire a questo poteri senza determinare le finalità, i presupposti, il procedimento, il contenuto, gli effetti[91]. Tale vincolo è di molto attenuato quando il legislatore conferisce i poteri necessari per far fronte a situazioni di emergenza[92]. In

cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale, in G. DELLA CANANEA-M. DUGATO, *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 425 ss., per la tesi che attraverso i principi generali dell'azione amministrativa si realizza l'*interpositio legislatoris*, nel senso che si impone alla pubblica amministrazione «*il metodo del procedimento*», con adeguata istruttoria e congrua motivazione in ogni ipotesi di esercizio del potere. Si veda, sul punto, anche Corte Cost. 5 aprile 2018, n. 69, (IT:COST:2018:69); 28 febbraio 2019, n. 28, (IT:COST:2019:28); 23 giugno 2020, n. 116, (IT:COST:2020:116); 13 maggio 2022, n. 121, (IT:COST:2022:121) e 26 aprile 2022 n. 186, (IT:COST:2022:186). In particolare, la prima sentenza della serie afferma: «[è] *nella sede procedimentale, dunque, che può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l'interesse del soggetto privato operatore economico, sia ancora (e non da ultimo) con ulteriori interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità, e che trovano nei princìpi costituzionali la loro previsione e tutela. La struttura del procedimento amministrativo, infatti, rende possibili l'emersione di tali interessi, la loro adeguata prospettazione, nonché la pubblicità e la trasparenza della loro valutazione, in attuazione dei princìpi di cui all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi): efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza. Viene in tal modo garantita, in primo luogo, l'imparzialità della scelta, alla stregua dell'art. 97 Cost., ma poi anche il perseguimento, nel modo più adeguato ed efficace, dell'interesse primario, in attuazione del principio del buon andamento dell'amministrazione, di cui allo stesso art. 97 Cost. In definitiva viene in tal modo garantito il rispetto del principio di legalità – anch'esso desumibile dall'art. 97 Cost. – in senso non solo formale, come attribuzione normativa del potere, ma anche sostanziale, come esercizio del potere in modo coerente con la fonte normativa di attribuzione. Difatti, a chiusura del sistema, vi è la possibilità di sottoporre le scelte compiute e le relative modalità di adozione al vaglio giurisdizionale*». In realtà, come si vedrà, le garanzie procedimentali possono essere elise dall'urgenza di provvedere determinata dalla situazione emergenziale.

[90] Il concetto di principio di legalità in senso formale si deve a M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., pp. 165 ss., il quale lo ha usato per sostenere l'esistenza di una riserva di amministrazione quale riserva di regolamento e di indirizzo governativo sull'organizzazione amministrativa. Osserva R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., p. 129 che «[o]*ve si ponga mente al rapporto fra disposizione attributiva del potere di ordinanza ed atto amministrativo che del primo sia estrinsecazione (ordinanza di necessità e urgenza) è agevole riconoscere un tipico esempio offerto dall'ordinamento di conformità formale del principio di legalità. Le norme di previsione del potere, infatti, individuano con atto legislativo la competenza, i presupposti, la definizione, esplicita o implicita del fine pubblico e del tipo di attività (autoritativa) di cui l'amministrazione è titolare*». Nello stesso senso F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, cit., p. 3, la quale osserva che «*presupposto per l'ammissibilità delle ordinanze è di interpretare la legalità in senso formale, ritenendo che tale principio sia rispettato allorché il potere trova fondamento in una norma legislativa (sicché l'ipotesi che la norma delimiti il potere mediante criteri direttivi quale condizione per intervenire con ordinanze in campi coperte da riserve relative di legge sarebbe un "di più" rispetto alle esigenze della legalità) senza pretendere che esso viga anche come regola generalizzata di tipicità di ciascun atto della P.A.*».

[91] Così G. CORSO, *Il principio di legalità*, cit., p. 28, il quale conclude che «[u]*na legge che si astenesse dal disciplinare questi aspetti sarebbe costituzionalmente illegittima "per difetto": ossia non per quello che regola ma per quello che omette di regolare*». Si veda anche R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit., pp. 89 e 96, che sottolinea come il principio di legalità sostanziale rappresenti «*una regola sulla legislazione*», concludendo che il principio valga – peraltro con diversa intensità – solo in relazione a quelle materie che la costituzione riserva alla legge.

[92] Usando le categorie di R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit., p. 86, si potrebbe parlare di conformità "in senso debole" dell'atto amministrativo alla legge. Ipotesi che si verifica, secondo l'Autore, quando l'atto è

ISSN 2036-7821

tal caso è sufficiente la previsione legislativa del potere e dell'autorità cui lo stesso è conferito, oltre che della finalità da perseguire[93], non anche la predeterminazione del suo contenuto, negli elementi minimi individuati dalla giurisprudenza costituzionale, nell'enucleazione del principio di legalità sostanziale[94]. Delle due

autorizzato dalla legge. Diversa dalla conformità "in senso forte", che si ha quando l'atto ha la forma ed il contenuto predeterminato dalla legge.

[93] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2016, n. 4705, (ECLI:IT:CDS:2016:4705SENT), part. 7.1.: «[i]*l principio di legalità, di rilevanza costituzionale (artt. 1, 23, 42, 113 Cost.), impone che la legge predetermini lo scopo da perseguire (cosiddetta legalità-indirizzo) e le modalità, formali e sostanziali, attraverso le quali l'azione amministrativa deve svolgersi (cosiddetta legalità-garanzia). In relazione alle ordinanze di necessità ed urgenza la legge si limita ad indicare, oltre agli organi competenti, il fine da perseguire (nella specie, assicurare l'ordine pubblico) e le caratteristiche tipologiche (necessità ed urgenza) di tali provvedimenti che possono essere declinate nella: i) contingibilità, intesa come urgente necessità di provvedere con efficacia ed immediatezza in casi di pericolo attuale od imminente per la tutela di un interesse pubblico, per far fronte a situazione non prevedibili e permanenti; ii) provvisorietà, intesa nel duplice senso di imposizione di misure non definitive e di efficacia temporale normalmente limitata. La sostanziale "atipicità" contenutistica e la conseguente dequotazione del principio di legalità-garanzia sostanziale si giustifica in ragione dell'urgenza di provvedere. La variabilità delle situazioni concrete da fronteggiare con immediatezza impedisce al legislatore di prefigurare quale possa essere il contenuto dell'atto più idoneo per regolare la fattispecie concreta. Pur in presenza di tale ampiezza di poteri le ordinanze in questione devono rispettare i principi generali dell'ordinamento e, in particolare, il principio di legalità sia pure nel senso "limitato" sopra indicato*». Si veda anche Corte Cost. n. 201/1987, cit., (IT:COST:1987:201): «[p]*er l'esercizio da parte di autorità amministrative di siffatti poteri, con effetto di deroga – ma non anche di abrogazione o di modifica – della normativa primaria, occorre, come questa Corte ha già più volte chiarito (cfr. sentt. nn. 4 del 1977, 26 del 1961 e 8 del 1956) una specifica autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto dell'atto (questo in tal senso può considerarsi libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata*». Si veda anche Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2019, n. 953, (IT:CDS:2019:953SENT): «[i]*l potere di ordinanza è un "potere atipico" che deroga, in parte, al principio di legalità sostanziale nel senso che il legislatore si limita a "nominare" il provvedimento da adottare, prevedendo generali presupposti legittimanti, quali la necessità e l'urgenza, e demandando, per la definizione del suo contenuto, al potere determinativo della stessa amministrazione*».

[94] Il principio di legalità sostanziale, con riferimento all'amministrazione, è stato enucleato dalla Corte costituzionale sin dalla sentenza 2 luglio 1982, n. 150, in ordine al tema degli atti governativi di indirizzo e coordinamento e, in particolare, relativamente alle condizioni che ne legittimano l'esercizio, rendendo tali atti vincolanti per gli organi delle Regioni, anche in materie ad esse trasferite e già disciplinate da leggi regionali contrastanti con quanto disposto dall'atto di indirizzo. La Corte sottolineava che la legittimità di un atto di indirizzo richiedeva la presenza di «*un'ulteriore disposizione legislativa: a quale, in apposita considerazione della materia, che volta a volta esige l'intervento degli organi centrali, vincoli e diriga la scelta del Governo, prima che questo possa, dal canto suo, indirizzare e coordinare lo svolgimento di poteri di autonomia*». A seguito della sentenza n. 150/1982 e fino alla riforma del titolo V della Costituzione, con la legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3, il principio di legalità sostanziale ha operato, nella giurisprudenza costituzionale pressoché costantemente quale parametro di legittimità per gli atti statali di indirizzo e coordinamento. Dopo la riforma del 2001, il principio è divenuto parametro di legittimità costituzionale delle leggi regionali incidenti sulle prerogative statali nelle materie di competenza concorrente. Si vedano, in particolare, Corte Cost. 7 ottobre 2003, n. 307, con nota di Q. CAMERLENGO, *Il nuovo assetto delle funzioni legislative tra equilibri intangibili e legalità sostanziale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2003 e 6 febbraio 2009, n. 32, con nota di A. BARAGGIA, *Legalità sostanziale e (attuale) sostanza della legalità. Brevi riflessioni a margine della sentenza 32/2009*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009. Sulla sentenza n. 307/2003 si sofferma anche F.G. SCOCA, *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, in *Annuario 2004, AIPDA*, Milano, 2005, pp. 6-7, sottolineando, in particolare, che «[d]*alla lettura di questa rilevante sentenza si ricava che il legislatore (almeno quello regionale) non può attribuire poteri ad organi amministrativi senza contemporaneamente stabilirne le condizioni e i criteri di esercizio: il potere non deve trasformarsi in arbitrio, e potere essere usato in contrasto con l'interesse generale e con i diritti dei privati. Anzi è anche solo il pericolo di arbitraria utilizzazione del potere a determinare la violazione del principio di legalità sostanziale e, di conseguenza, la*

ISSN 2036-7821

declinazioni di tale principio, la "tipicità"[95] e la "nominatività"[96], solo la seconda sarebbe, pertanto, predicabile per le ordinanze contingibili e urgenti[97].

---

illegittimità costituzionale della previsione legislativa. Se il principio di legalità sostanziale venisse assunto dalla Corte con valore generale e applicato anche alla legislazione statale, da esso scaturirebbe un rigoroso limite, consistente in un vincolo nel quid: la legge non potrebbe in nessun caso attribuire poteri senza dettarne la disciplina vincolante per l'amministrazione». Si è visto che la sentenza Corte Cost. 7 aprile 2011, n. 115, senza arrivare alle estreme conseguenze indicate (e probabilmente paventate) dall'Illustre Autore, ha posto il principio di legalità sostanziale quale canone di legittimità costituzionale di tutte le norme attributive del potere amministrativo. Ma già R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit., p. 87, evidenziava per il "principio di legalità in senso sostanziale" «[è] *invalida (costituzionalmente illegittima) ogni legge che conferisca un potere senza disciplinarlo compiutamente*».

[95] Secondo A. TRAVI, *Tipicità degli atti e potere 'amministrativo'*, in *Jus*, 2-3, 2020, pp. 529 ss.. (537), la tipicità esprime una dipendenza stretta dell'atto alla norma, comportando non solo l'esclusione di provvedimenti 'atipici' (e cioè non contemplati da alcuna norma), ma anche una soggezione del provvedimento alle ragioni e agli interessi salvaguardati dalla norma. Per l'ipotesi che il principio di tipicità non derivi né coincida con il principio di legalità si veda E. FERRARI, *Nozione e fondamento costituzionale della tipicità degli atti amministrativi*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019 del 9 giugno 2019, pp. 548 ss.. Secondo tale Autore il principio di tipicità ha contenuti e fondamento che oltrepassano il principio di legalità e rappresenta la sintesi dei principi costituzionali di funzionalizzazione (art. 97 e 98 Cost.), di tassatività (art. 2 e 3 Cost.) e di determinatezza (art. 101, 113 Cost.) degli atti e delle attività amministrative.

[96] Parte della dottrina tende a considerare in modo congiunto (una sorta di endiadi) o in modo fungibile le nozioni di "tipicità" e "nominatività". Secondo F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, IV ed., Padova, 1959, p. 136, la nominatività si traduce nella regola secondo cui i provvedimenti amministrativi costituiscono un numero chiuso e l'amministrazione non può crearne di nuovi. Come osserva A. TRAVI, *Tipicità degli atti e potere 'amministrativo'*, cit., pp. 529 ss. (532), così intesa, a ben vedere, la nominatività è una sorta di corollario del principio di tipicità. Infatti, la circostanza che i provvedimenti rappresentino un numero chiuso comporta tutt'al più un chiarimento o una precisazione rispetto alla necessità che a fondamento del potere c.d. amministrativo vi sia una norma giuridica (nei termini modellati dal principio di legalità nella sua formulazione più elementare) e che da quella norma il provvedimento derivi la matrice che definisca anche gli obiettivi e gli interessi perseguiti (profilo che sarebbe sviluppato dalla tipicità dell'atto amministrativo). M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., pp. 670 e 678, dopo aver evidenziato che il principio di nominatività «*più che un principio a sé, è aspetto applicativo del principio di legalità*» e che «*per il provvedimento amministrativo sussiste, non tanto una nominatività, quanto una tipicità, la quale non esclude affatto discrezionalità, anche notevolmente ampie, dell'amministrazione*», afferma che «[i]*l principio di nominatività del provvedimento gioca nel senso di dare una "tipicità" al provvedimento medesimo*» e che «[l]a *tipicità comporta una connessione, fissata dalle norme, tra i vari elementi dell'atto, e una predeterminazione, sempre normativa, degli effetti che esso può produrre*». A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, XIV ed., Napoli, 1984, pp. 596-597, ritiene che la nominatività dei provvedimenti amministrativi comporti che ciascun interesse pubblico particolare da realizzare corrispondesse a un tipo di atto perfettamente definito dalla legge, quindi una forma ancor più avanzata di tipicità del provvedimento. La tesi che però pare preferibile è che, se la nominatività si risolve nel fatto stesso della previsione di una di una determinata categoria di provvedimenti da parte del legislatore, la tipicità comporta una predeterminazione normativa estesa a più aspetti ed elementi dell'atto, che costituiscono tratti del tipo (così, R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017, pp. 40-41. Si veda anche la dottrina citata nella nota che segue). In tal senso anche S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., p. 152-153, ancorché usi i termini "nominatività" e "tipicità" come equivalenti, entrambi riferiti al principio per cui sono provvedimenti amministrativi solo quelli indicati come tali dal legislatore, mentre usa il termine "tassatività" per indicare il principio (da altri indicato come di "tipicità") per il quale il contenuto del provvedimento è prefigurato dalla norma la quale, prevedendo limiti e divieti o imponendo obblighi, stabilisce quale determinazione può assumere l'amministrazione con il provvedimento.

[97] Cfr. D. SORACE-S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2021, pp. 96-97, secondo cui la tipicità comporta anche una predeterminazione degli effetti giuridici, quale non si riscontra però per le ordinanze d'urgenza, che sarebbero comunque 'nominate', perché sono comunque previste e definite

ISSN 2036-7821

Con la sentenza n. 115 del 2011[98], la Corte ha invece ribadito, con riferimento a norma attributiva del potere di emanare «*ordinanze di ordinaria amministrazione*»,

---

dall'ordinamento. Soltanto in presenza dei requisiti di contingibilità e dell'urgenza è ammissibile l'attribuzione di poteri autoritativi all'amministrazione pur in assenza di una definizione legislativa degli effetti giuridici ottenibili con il loro esercizio, cioè derogando al principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 41, affermano che la distinzione tra tipicità e nominatività si riesce a cogliere se si ha riguardo alle ordinanze di necessità e urgenza: atti nominati, in quanto previsti dall'ordinamento, ma non completamente tipizzati, in quanto i loro effetti non sono predeterminati dal legislatore. A questo proposito, gli Autori parlano di restrizione più che di eccezione del principio di tipicità. Nello stesso senso E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XXIII ed., Milano, 2021, pp. 477-479, che osserva: «[l]*'ordinamento generale appresta in ogni caso due tipi di limiti a garanzia dei privati: da un lato la predefinizione dei tipi di vicende giuridiche che possono essere prodotte dall'amministrazione (tipicità); dall'altro, la predeterminazione degli elementi (e della connessione fra gli stessi) del potere che può essere esercitato per conseguire quegli effetti (nominatività)*» (p. 478). F. VOLPE, *Il principio di nominatività*, in M. RENNA-F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 349 ss., risolve il principio di nominatività nell'affermazione che l'atto amministrativo deve essere necessariamente assunto in vista del diretto soddisfacimento della funzione indicata, a suo riguardo dalla legge. Nelle ordinanze c.d. libere, mentre la tipicità è assente, perché la legge non anticipa la descrizione degli effetti che possono derivarne, la nominatività è invece presente perché anche a loro riguardo la legge deve indicare (in modo espresso o, per mezzo dell'enunciazione dei presupposti provvedimentali, in modo implicito) almeno i motivi che giustificano l'emanazione delle stesse. V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., p. 163, definisce, invece, i poteri di ordinanza contingibile e urgente «*poteri del tutto innominati, e quindi derogatori dei principi di tipicità e di nominatività degli atti amministrativi, nonché derogatori rispetto all'ordine normale dell'attribuzione e delle competenze. A una determinata autorità viene conferita la capacità di esercitare, in determinate circostanze (caratterizzate dalla loro assoluta imprevedibilità e transitorietà) ogni tipo di potere che si renda necessario allo scopo*». Come sempre efficace è, infine, la chiosa di Giannini: «*le ordinanze d'urgenza sono provvedimenti amministrativi che, in quanto previsti dalle norme, stanno nel principio di legalità, ma costituiscono un'eccezione rispetto alla regola della tipicità; la potestà d'ordinanza è perciò una potestà di creare provvedimenti atipici, al di fuori della previsione normativa, e pertanto, sotto tale profilo, necessariamente derogatori*» (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 706). Si veda, però, per la tesi che anche le ordinanze contingibili e urgenti rispettano il principio di tipicità, C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, cit., pp. 17-18, secondo cui «*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 [costituzionale] indica come aspetti non derogabili poterebbero essere considerati come l'esplicazione del parametro di tipicità in relazione a questo tipo di potere*». D'altronde, osserva F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, p. 12, la «*tutela contro l'arbitrio del potere sta nella tipicità dell'atto*». Per la giurisprudenza amministrativa si veda Cons. Stato, sez. IV, 11 gennaio 2021, n. 344, a mente del quale «*per costante giurisprudenza di questo Consiglio (Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2019, n. 3580; sez. VI, 29 aprile 2019, n. 2696; sez. V, 12 giugno 2017, n. 2799), l'esercizio del potere di ordinanza urgente e contingibile da parte del Sindaco, costituendo una deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e ammettendo la possibilità di derogare alla disciplina vigente, presuppone necessariamente situazioni di pericolo effettivo non tipizzate dalla legge, non altrimenti fronteggiabile con i mezzi ordinari apprestati dall'ordinamento, la cui sussistenza deve essere suffragata da istruttoria adeguata e da congrua motivazione*».

[98] Corte Cost. 7 aprile 2011, n. 115. La sentenza è stata oggetto di numerosi commenti. Tra questi si vedano: G. MANFREDI, *Poteri di ordinanza, legalità, Stato governativo*, in *Amministrare*, 2013, pp. 407 ss.,; P. CERBO, *Principio di legalità e "nuove e inedite" fattispecie di illecito create dai Sindaci*, in *Le Regioni*, 2012, pp. 215 ss.; A. CELOTTO, *Ibis redibis…: quando ad essere incostituzionale è una sola parola (in margine alla sent. n. 115 del 2011*, in *Giustamm.it*, 2011; A. CARDONE, *L'incostituzionalità della riforma delle ordinanze sindacali tra «presupposizione legislativa» e «conformità alla previa legge»: un doppio regime per la riserva relativa?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, 2, pp. 2065 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sindaco legislatore?*, cit., pp. 1600 ss.; G. TROPEA, *Una rivoluzionaria sentenza restauratrice (in margine a Corte cost. n. 115/2011)*, in *Diritto amministrativo*, 2011, pp. 623 ss.; M. CARRER, *Le ordinanze dei Sindaci e le scorciatoie della Corte. Osservazioni, a prima lettura, alla sentenza della Corte costituzionale 7 aprile 2011, n. 115* e S.

ISSN 2036-7821

l'imprescindibile necessità che «*in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto*», principio che non consente l'assoluta indeterminatezza del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, con l'effetto di attribuire, in pratica, una totale libertà al soggetto od organo investito della funzione[99].

Con la stessa sentenza, la Corte ha definito l'ambito riservato alla legge con riferimento a provvedimenti amministrativi, non contingibili e urgenti, che imponessero ai destinatari prescrizioni di comportamento, divieti, obblighi di fare e di non fare, pur indirizzati alla tutela di beni pubblici importanti. L'art. 23 Cost. pone, infatti, una riserva relativa di legge, che lascia all'autorità amministrativa consistenti margini di regolazione. A giudizio della Corte, però, il carattere relativo della riserva *de qua* non relega tuttavia la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad una prescrizione normativa "in bianco", genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini[100].

La Corte, quindi, conferma l'intuizione di Crisafulli che riserve "relative" e principio di legalità sostanziale tendono a identificarsi[101] ed al più le prime «*potranno differenziarsi per elementi* quantitativi, *vale a dire per una maggiore determinatezza della*

PARISI, *Dimenticare l'obiezione di Zagrebelsky? Brevi note su legalità sostanziale e riserva di legge relativa nella sent. n. 115/2011*, entrambi in *www.forumcostituzionale.it*.

[99] La Corte richiama sul punto le proprie sentenze n. 307 del 7 ottobre 2003, (IT:COST:2003:307); n. 32 del 6 febbraio 2009, (IT:COST:32:209) e n. 150 del 29 luglio 1982, (IT:COST:1982:150). Il principio è stato recentemente ribadito da Corte Cost. 18 gennaio 2021, n. 5, punto 5.1. in diritto, (IT:COST:2021:5).

[100] Continua la Corte: «[s]*econdo la giurisprudenza di questa Corte, costante sin dalle sue prime pronunce, l'espressione «in base alla legge», contenuta nell'art. 23 Cost., si deve interpretare «in relazione col fine della protezione della libertà e della proprietà individuale, a cui si ispira tale fondamentale principio costituzionale»; questo principio «implica che la legge che attribuisce ad un ente il potere di imporre una prestazione non lasci all'arbitrio dell'ente impositore la determinazione della prestazione» (sentenza n. 4 del 1957). Lo stesso orientamento è stato ribadito in tempi recenti, quando la Corte ha affermato che, per rispettare la riserva relativa di cui all'art. 23 Cost., è quanto meno necessario che «la concreta entità della prestazione imposta sia desumibile chiaramente dagli interventi legislativi che riguardano l'attività dell'amministrazione» (sentenza n. 190 del 2007). È necessario ancora precisare che la formula utilizzata dall'art. 23 Cost. «unifica nella previsione i due tipi di prestazioni "imposte"» e «conserva a ciascuna di esse la sua autonomia», estendendosi naturalmente agli «obblighi coattivi di fare» (sentenza n. 290 del 1987). Si deve aggiungere che l'imposizione coattiva di obblighi di non fare rientra ugualmente nel concetto di "prestazione", in quanto, imponendo l'omissione di un comportamento altrimenti riconducibile alla sfera del legalmente lecito, è anch'essa restrittiva della libertà dei cittadini, suscettibile di essere incisa solo dalle determinazioni di un atto legislativo, direttamente o indirettamente riconducibile al Parlamento, espressivo della sovranità popolare*».

[101] Dal punto di vista oggettivo, non richiedendo il principio di legalità – a differenza della riserva di legge – che la previa norma abbia forza di legge.

ISSN 2036-7821

disciplina che dev'essere dettata dalla legge, rispetto a quella considerata sufficiente affinché sia rispettato il principio di legalità sostanziale»[102].

È opportuno sottolineare, però, che la sentenza della Corte da ultimo citata riguarda una norma attributiva del potere di emanare ordinanze di «*ordinaria amministrazione*», mentre, per norme attributive del potere di emanare ordinanze contingibili e urgenti, la Corte ha sempre ritenuto sufficiente l'osservanza del principio di legalità "formale"[103].

La stessa Corte costituzionale, nel sancire, con la già citata sentenza n. 198 del 2021, la legittimità costituzionale della gestione della pandemia da Covid-19 ad opera del Governo, definendo i famigerati dd.P.C.M. – sulla cui costituzionalità la dottrina si è divisa[104] – "atti necessitati" (sia pure «*per certi versi*»), in quanto emessi in attuazione di norme legislative che ne hanno fissato il contenuto, fa salva la diversa opzione delle «*"ordinanze necessitate" (a contenuto libero)*», adottabili in forza dell'art. 25 del codice della protezione civile (d.lgs. n. 1 del 2018), sottolineando che «[l]'*alternatività dei modelli di regolazione non solleva tuttavia un problema di legittimità costituzionale*».

Non solo, ma prima ancora che venisse dichiarato lo stato di emergenza[105], il Ministro della salute ha potuto, con ordinanze assunte in forza dell'art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, sottoporre a controlli sanitari tutti i passeggeri sbarcanti in

---

[102] V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, V ed., Padova, 1984., p. 59. Sostiene che tra principio di legalità sostanziale e riserva di legge relativa vi sia una differenza di grado o quantitativa, in quanto la seconda sarebbe una figura intermedia tra la riserva assoluta e la legalità sostanziale, L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, cit., p. 7 e ID., *Regolamento (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1988, p. 662.

[103] Per la considerazione che il principio di legalità, nella sua accezione meramente formale, rappresenti un attributo ineliminabile dello Stato di diritto, e in tal modo venga recepito dalla Costituzione insieme alla qualificazione della forma di Stato come Stato di diritto, si veda F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in ID. (a cura di), *Diritto pubblico*, IV ed., Torino, 2019, p. 156. Per contro, secondo l'Autore, il principio di legalità sostanziale ha un suo spazio in quanto non sia assorbito da una riserva, sia pure relativa, di legge e in quanto deducibile dalla Costituzione, ma non informa di sé l'interezza dei rapporti tra legislativo ed esecutivo (che sono invece improntati al principio di legalità formale o alla riserva di legge assoluta o relativa) (158).

[104] Si veda per una serrata ed articolata critica, L.A. MAZZAROLLI, *«Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa.. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri*, in *federalismi.it*, 23 marzo 2020. Si veda anche per giudizi analoghi: F.R. TRABUCCO, *Prime note al D.P.C.M. 8 marzo 2020: con l'emergenza Coronavirus la gerarchia delle fonti diventa un optional,* in *www.lexitalia.it*; M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020 del 28 aprile 2020, pp. 142 ss. (spec. pp. 157-158) ed il documento della Commissione Covid-19 dell'Accademia Nazionale dei Lincei del 16 giugno 2020, in *www.lincei.it*. Liquida, invece, le polemiche sull'abuso del d.P.C.M. come «*spicciole (e futili)*», E. GROSSO, *La legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che "nulla potrà più essere come prima"?*, in *federalismi.it*, 27 maggio 2020, mentre M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, pp. 25-26, giudica corrette, sia pure con qualche "slabbratura", le procedure seguite, afferma, con riguardo all'alternativa tra decreti-legge e d.P.C.M. che «*è tutto da dimostrare che per la garanzia dei diritti sia più efficace la catena fonte primaria / provvedimento applicativo e non quella fonte primaria / fonte secondaria / provvedimento applicativo*».

[105] Lo stato di emergenza sul territorio nazionale per la durata di sei mesi è stato dichiarato dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020.

ISSN 2036-7821

Italia e provenienti con volo diretto da Paesi comprendenti aree in cui si fosse verificata una trasmissione autoctona di Covid-19, disponendo il loro «*eventuale trasferimento in bio-contenimento*»[106], e, successivamente, interdire il traffico aereo dalla Cina[107]. Lo stesso Ministro della salute, dopo la dichiarazione dello stato di emergenza, rilevato il primo caso di un contagio in territorio italiano, ha usato il potere di ordinanza contingibile e urgente, attribuitogli dall'art. 32 citato, per creare le prime due zone rosse, disponendo la quarantena e la sospensione di tutte le attività sociali e commerciali in alcuni Comuni lombardi e veneti.
Ebbene, non sono forse, questi, provvedimenti limitativi di libertà costituzionali, presidiate da riserve di legge[108], assunti in forza della mera autorizzazione legislativa

[106] Ordinanza del 25 gennaio 2020, pubblicata in G.U. Serie Generale n. 21 del 27 gennaio 2020, e Circolare della direzione generale della prevenzione del Ministero della Salute prot. n. 1997 del 22 gennaio 2020, che indicava le misure adottabili.

[107] Ordinanza del 30 gennaio 2020, pubblicata in G.U. Serie Generale n. 26 del 1° febbraio 2020.

[108] Sicuramente la libertà di circolazione (art. 16), limitabile solo con legge in via generale e per motivi di sanità o di sicurezza. Discutibile che tali provvedimenti abbiano disposto un trattamento sanitario obbligatorio, vietato se non in base a disposizioni di legge (art. 32). Autorevole dottrina, infatti, intende per "trattamento sanitario" sole le «*attività diagnostiche e terapeutiche volte a prevenire o curare le malattie*» (così F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, in *Diritto e Società*, 1982, p. 302. Parte della dottrina ha addirittura ritenuto la misura della quarantena limitativa della libertà personale e, quindi, presidiata dalla riserva assoluta di legge e di giurisdizione posta dall'art. 13 Cost. Si veda per tale tesi M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020, pp. 174 ss., il quale sostiene che «*il "divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus", che viene trattata dal legislatore come un'ipotesi di limitazione della libertà di circolazione e soggiorno, ma che, non essendo disposta in via generale, ma nei confronti di quegli specifici individui sottoposti a quarantena parrebbe più ortodossamente da ricondurre tra le forme di limitazione della libertà personale, ex art. 13 Cost.*» (p. 190). Anche F. SAVERIO MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in F. SAVERIO MARINI-G. SCACCIA, *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, p. 66 ritiene molto arduo ricondurre le misure sull'obbligo di non uscire dalla propria abitazione a mere limitazioni della libertà di circolazione e non ricondurle, invece, nell'ambito di applicazione dell'art. 13 Cost.. Si vedano anche, per giudizi analoghi, L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la risposta italiana*, in *federalismi.it*, 31 marzo 2020, e A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *ConsultaOnline*, n. 1/2020, p. 207. Sostiene tale tesi anche la dottrina penalista. Si vedano G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sistema penale*, 2 aprile 2020; V. VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in *Archivio penale*, 2020, pp. 1 ss., e A. NATALE, *Il decreto-legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie*, in *Questione giustizia*, 28 marzo 2020. In realtà, la Corte costituzionale ha chiarito, sin dalla sentenza 30 giugno 1964, n. 68, (IT:COST:1964:68), che l'inciso "in via generale" nella formulazione dell'art. 16 Cost. va inteso «*non nel senso che non si* [possano] *adottare provvedimenti contro singoli o contro gruppi, ma nel senso che non si* [possano] *stabilire illegittime discriminazioni contro singoli o contro gruppi*». Con tale pronuncia, la Corte, portando ad esempio proprio la «*necessità di isolare individui affetti da malattie contagiose*», ha chiarito che i «*motivi di sanità e di sicurezza possono anche derivare, e più frequentemente derivano, da esigenze che si riferiscono a casi individuali, accertabili dietro valutazioni di carattere personale*» e – richiamando i propri precedenti (sentenze n. 2 e 11 del 1956 e 45 del 1960) – ha precisato che la restrizione della libertà personale che ricade nell'art. 13 Cost. è quella che si risolve «*in una sorta di degradazione giuridica*», per aversi la quale «*occorre che il provvedimento provochi una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da potere essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere, in cui si concreta la violazione del principio dell'habeas corpus*». In dottrina, per la tesi che la libertà personale è in giuoco solo quando si è di fronte a provvedimenti che implichino un apprezzamento moralmente negativo del soggetto attinto, A.

ISSN 2036-7821

non tipizzante contenuta nell'art. 32 della legge istitutiva del Sistema Sanitario Nazionale?[109]

A fronte di tale evidenza, pare utile – piuttosto che continuare a ritenere sottratte al potere amministrativo contingibile e urgente, le materie coperte da riserve assolute o relative di legge[110] – ricercare nel sistema il fondamento costituzionale del potere di limitare libertà costituzionali anche senza previa interposizione del legislatore. Infatti, se si accedesse alla tesi della dottrina e all'orientamento (sul punto, però, tralatizio) della Corte che, nelle materie riservate alla legge, la norma attributiva del

---

BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1971, p. 121, e G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1976, pp. 25 ss..

[109] L'art. 32, primo comma, si limita a statuire che «[i]*l Ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni*». Anche se si accedesse alla tesi – a mio avviso preferibile – che la libertà di circolazione sia coperta da riserva di legge solo relativa (in questo senso F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza* coronavirus, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, pp. 131 ss.; U. DE SIERVO, *Soggiorno, circolazione, emigrazione (libertà di)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XVII, Torino, 1970, p. 820; A.M. SANDULLI, *La potestà regolamentare nell'ordinamento vigente*, in *Il Foro italiano*, vol. 81, parte quarta, 1958, pp. 57 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2001, pp. 250 ss.. M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Circolazione (libertà di)*, Enciclopedia del diritto, vol. VII, Milano, 1960, p. 20), il carattere della norma legislativa abilitante il potere di ordinanza *extra ordinem* è tale da non soddisfare sicuramente i requisiti prescritti dalla giurisprudenza della Corte costituzionale citata. E comunque, larga parte della dottrina costituzionalista ritiene che la riserva di legge posta dall'art. 16 Cost. abbia carattere assoluto. Si vedano per tale tesi: T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XVI ed. (interamente riveduta da Gaetano Silvestri), Milano, 2022, p. 407, il quale afferma che la riserva assoluta di legge vale nel campo penale (art. 25 Cost.) ed in quello dei diritti e delle libertà fondamentali dei cittadini (art. 13, 14, 15, 16, 21, 25, comma 1; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., pp. 558 ss.; L. MAZZAROLLI, *Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale*, cit.; G. FILIPPETTA, *La libertà personale e la libertà di domicilio, di circolazione e individuale*, in R. NANIA-P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2001, p. 390; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, parte speciale, Padova, 2002, p. 283; G. DEMURO, *Commento all'art. 16 della Costituzione*, in A. CELOTTO-M. OLIVETTI-R. BIFULCO (a cura di), *Commentario alla Costituzione,* Torino, 2006, pp. 372 ss.; M. RUOTOLO, *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, in *Astrid Rassegna*, 2009.

[110] Commentando la sentenza n. 198/2021, M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n. 198/2021*, cit., sottolinea – citando dottrina costituzionalistica e amministrativistica (M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., pp. 388 e ss. – citazione, come si vedrà, impropria; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., p. 4; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., pp. 92 ss.) e giurisprudenza della Corte costituzionale – che la distinzione tra ordinanze e atti necessitati rileva essenzialmente per le materie coperte da riserva assoluta di legge, nelle quali non può essere legittimamente esercitato il potere di ordinanza, mentre possono trovare spazio gli atti amministrativi necessitati, ovvero «*quegli atti che la pubblica amministrazione adotta, in mera esecuzione, dopo che il legislatore ha esaurito la valutazione di tutti gli interessi, limitandosi a dover accertare la sussistenza dello stato di fatto che giustifica l'urgenza di provvedere e a scegliere il tipo di provvedimento tra quelli previsti dalla fonte legislativa*». In altro commento della sentenza si è osservato che «*non può in realtà non ritenersi che restrizioni così incisive dei diritti, quali quelle che sono state introdotte per contenere la diffusione del virus, non avrebbero potuto disporsi con ordinanze della protezione civile*» (O. SPATARO, *Stato di emergenza e legalità costituzionale alla prova della pandemia*, cit., p. 183.). Lucarelli conclude il suo commento della sentenza, osservando che «[i]*l principio di legalità, in particolare laddove azionabile in materie coperte* tendenzialmente *da riserva di legge assoluta, per essere garantito, avrebbe dovuto implicare un'attribuzione da parte della fonte normativa di rango sovraordinato, seppur "una volta per tutte", di contenuto dettagliato e circostanziato. Così non è stato*» (A. LUCARELLI, *L'erosione del principio di legalità e gli atti amministrativi sufficientemente tipizzati*, cit.).

ISSN 2036-7821

potere di ordinanza contingibile e urgente dovrebbe osservare (almeno) il principio di legalità sostanziale (se nella materia opera una riserva relativa di legge) o, addirittura, dovrebbe disciplinare nel dettaglio il contenuto del provvedimento (nelle materie coperte da riserva assoluta), dovrebbe concludersi per la sostanziale insussistenza del potere amministrativo contingibile e urgente, ovvero del potere di ordinanza c.d. libera. E ciò perché la nostra Costituzione è disseminata di riserve di legge e, in particolare, le libertà personali – sulle quali solitamente (direi, inevitabilmente) incidono i provvedimenti contingibili e urgenti – sono, secondo autorevole dottrina, assistite da riserve assolute di legge[111]. Tant'è – come già evidenziato – che i limiti posti dalla Corte costituzionale, nel confermare la legittimità delle norme attributive dei poteri di ordinanza, sono «*invero spesso non rispettati nella prassi dell'azione di governo*»[112].

Diversi sono stati i tentativi di risposta della dottrina all'ineluttabilità di ordinanze *contra legem* in materie riservate alla stessa.

Ad esempio, Rescigno ha ipotizzato la legalizzazione *ex post* di tali ordinanze, rappresentando le stesse una rottura del diritto, da considerarsi però opportuna e perciò meritevole non di sanzione ma di approvazione[113]. Quindi, il potere di ordinanza in materia riservata alla legge sarebbe incompatibile con la Costituzione, ma, in quanto necessario, il suo esercizio sarebbe sanabile successivamente dal legislatore.

Cavallo Perin ha invece prospettato un'operazione ermeneutica che rendesse compatibile il potere di ordinanza a contenuto indeterminato con il limite derivante dalla riserva di legge, ricercando il contenuto possibile del potere stesso, non già nella relativa norma attributiva, ma in ogni altra disposizione legislativa e osservando che «[s]*e la norma attributiva del potere di ordinanza non determina i contenuti possibili del potere ciò non significa che degli stessi non si debba trovar definizione in altre leggi*»[114]. Ora, in disparte la considerazione che tale operazione varrebbe al più a

---

[111] T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, cit., in nota n. 93. F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, cit., p. 152, afferma che sono considerate assolute tutte le riserve in materia di libertà fondamentali, tendenzialmente relative alle altre.

[112] V. CERULLI IRELLI, *Sindaco legislatore?*, cit., pp. 1600 ss..

[113] Cfr. G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza*, cit., p. 99. L'Autore non esclude che in fatto la pubblica amministrazione possa essere costretta a derogare a diritto e che questa rottura di per sé illegale possa essere opportuna e perciò meritevole non di sanzione ma di approvazione. In tale ipotesi, però, affinché alla rottura del diritto compiuta per necessità non venga ricollegata una sanzione ma una piena efficacia giuridica, occorre un atto positivo di sanatoria da parte di quegli organi che nell'ordinamento hanno la possibilità di produrre un tale effetto.

[114] R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., pp. 146-149. Rileva la contraddittorietà di tale operazione A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, cit., p. 154, nt. 42, il quale osserva che altro è ricorrere al diritto vigente per limitare la discrezionalità dell'agente e l'ambito dei poteri di ordinanza che astrattamente rispettano i limiti costituzionali, altro è utilizzare il diritto vigente per sanare vizi di legittimità delle norme attributive di quegli stessi poteri.

ISSN 2036-7821

rendere compatibile il potere di ordinanza contingibile e urgente con la riserva relativa di legge – e, in questi termini, è dall'Autore costruita –, è un dato che quando l'ordinamento prevede la norma – pur ricavabile da diverse disposizioni legislative – che consente di far fronte all'emergenza in una materia riservata alla legge, definendo sufficientemente il contenuto del provvedimento amministrativo applicativo della misura limitativa del diritto, non può adottarsi l'ordinanza contingibile e urgente per il carattere necessariamente residuale della stessa[115]. Si avrebbe – stando alla classificazione del Giannini – un *atto necessitato* e non vi sarebbe spazio per un'ordinanza contingibile e urgente.

Lo stesso è a dirsi per disposizioni di legge che, per far fronte ad una situazione di emergenza in atto, attribuiscano il relativo potere al Governo o all'amministrazione, definendo criteri orientativi e modalità di esercizio dello stesso. Come si è visto, anche in questo caso, la Corte costituzionale[116] parla di "atti necessitati", ritenendo il fenomeno non inquadrabile nell'istituto dell'ordinanza contingibile e urgente.

Motivata dalla stessa esigenza – e, a mio avviso, del pari non condivisibile – è la tesi del medesimo Autore che vuole assolti i vincoli derivanti al legislatore dalle riserve di legge relative, dalla definizione legislativa astratta del presupposto (necessità e urgenza) e del fine di interesse pubblico dell'atto, consentendo questi – in uno con l'obbligo di motivazione – il riscontro concreto di congruità dell'esercizio del potere, in relazione al contenuto dell'atto. Ciò conduce a ritenere conforme a riserva di legge relativa la norma attributiva di potere di ordinanza contingibile e urgente[117]. Tale tesi però riduce – per il profilo del *quantum* di predeterminazione normativa del contenuto dell'atto amministrativo – l'istituto della riserva relativa di legge al principio di legalità "formale", privando così il medesimo istituto di ogni valenza e svilendolo a vincolo di mera autorizzazione legislativa non tipizzante. Mentre – come già evidenziato – la Corte costituzionale ritiene, perché sia osservato il principio di legalità in senso sostanziale, non sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, in quanto è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa[118].

---

[115] Gli esempi in proposito portati dall'Autore non sfuggono a tale considerazione. In particolare, l'art. 7 l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, che prevede il potere dell'autorità amministrativa di disporre «*con decreto motivato, sempre però senza pregiudizio dei diritti delle parti*» della proprietà pubblica «*per grave necessità pubblica*»; e l'art. 258 del r.d. n. 1265 del 1934, il quale dispone che qualsiasi cittadino dimorante in un Comune in cui sia manifestata una malattia infettiva di carattere epidemico, è tenuto, nell'interesse dei servizi di difesa contro la malattia stessa, alle prestazioni conformi alla sua condizione, arte o professione, delle quali venga richiesto dal podestà con provvedimento contenente le condizioni di assunzione, preso su parere dell'Ufficiale sanitario.

[116] Corte Cost. n. 198/2021, cit..

[117] R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., pp. 170-182.

[118] Corte Cost. n. 115/2011, cit..

ISSN 2036-7821

Marzuoli afferma che, nelle ipotesi in cui si debba incidere per far fronte all'emergenza su materie oggetto di riserva assoluta di legge, si può usare il decreto-legge e pone l'esigenza di uno strumento simile anche a livello di ordinamento regionale[119]. Questa notazione evidenzia, a mio avviso, l'inadeguatezza della decretazione d'urgenza per far fronte alle emergenze locali, che pur possono richiedere la temporanea limitazione di libertà costituzionali. Anche il decreto-legge regionale sarebbe uno strumento al tempo stesso inefficiente (sicuramente intempestivo) e sproporzionato per il Sindaco costretto – ad esempio – ad ordinare ai propri concittadini di non uscire di casa, se un impianto industriale ha sprigionato una nube tossica.
A mio avviso, la soluzione al tema può essere più utilmente ricercata nel vincolo del potere di ordinanza all'applicazione dei principi generali dell'ordinamento, intesi questi – come si è già argomentato – non come limite esterno al potere stesso, ma come suoi criteri orientativi.

6. *Segue. La riserva di legge come principio*.
La Corte costituzionale, sin dalla sentenza n. 26 del 1961, ha ricompreso la riserva di legge (tanto assoluta, quanto relativa) tra i «*principi generali dell'ordinamento*»[120].
Massimo Severo Giannini indica nella riserva di legge uno dei due principi supremi che regolano l'agire amministrativo (l'altro è il principio dell'atto formale)[121], eppure conclude il suo fondamentale saggio del 1948 con l'affermazione che «*gli atti di ordinanza* […] *costituiscono l'unica deroga, fra gli atti amministrativi dispositivi, al*

[119] C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, cit., pp. 27-28.

[120] Cfr. Corte Cost. n. 26/1961, cit.: «[p]*er quel che si riferisce alle riserve di legge, la Corte ritiene che si debba distinguere. Nei casi in cui la Costituzione stabilisce che la legge provveda direttamente a disciplinare una determinata materia (per esempio, art. 13, terzo comma), non può concepirsi che nella materia stessa l'art. 2 permetta la emanazione di atti amministrativi che dispongano in difformità alla legge prevista dalla Costituzione. Per quanto riguarda quei campi rispetto ai quali la Costituzione ha stabilito una riserva adoperando la formula "in base alla legge" o altra di eguale significato, giova ricordare che la costante giurisprudenza di questo Collegio, formatasi principalmente nei riguardi dell'art. 23 della Carta costituzionale, ha ritenuto ammissibile che la legge ordinaria attribuisca all'Autorità amministrativa l'emanazione di atti anche normativi, purché la legge indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito. E, pertanto, nulla vieta che, nelle materie ora indicate, una disposizione di legge ordinaria conferisca al Prefetto il potere di emettere ordinanze di necessità ed urgenza, ma occorre che risultino adeguati limiti all'esercizio di tale potere. Si può concludere che la omessa prescrizione, nel testo dell'art. 2, del rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico renderebbe possibile - ed in realtà ha reso, di recente, possibile – un'applicazione della norma, tale da violare i diritti dei cittadini e da menomare la tutela giurisdizionale. È, dunque, da ritenere che l'illegittimità dell'art. 2 sussiste soltanto nei limiti in cui esso attribuisce ai Prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico, intesa questa espressione nei sensi sopra indicati*».

[121] M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., p. 389: «*l'agire delle amministrazioni è regolato da un insieme di principi generali, che culminano in due principi supremi: quello della riserva di legge, e quello dell'atto formale. Ad essi si collegano, e ne dipendono, quello di legalità (conformità alla legge) dell'azione, quello di nominatività degli atti amministrativi, quello dell'articolazione dell'attività concreta*».

ISSN 2036-7821

principio della riserva di legge»[122]. Vero è che – come si è dato sopra conto – l'illustre Maestro ha poi mutato radicalmente il proprio pensiero. Nondimeno, è utile ai fini del nostro discorso approfondire le intuizioni di quel primo lavoro.

Giannini osserva che, mentre nello Stato assoluto il potere di ordinanza era illimitato, nello Stato costituzionale «*il potere di ordinanza diviene eccezionale, ed ha la funzione di valvola cui si ricorre in casi estremi, cioè, in termini non figurati, ma giuridici, è una* deroga al principio della riserva di legge, predeterminata dallo stesso ordinamento per fini eccezionali [corsivo nel testo]». Ciò comporta che l'ordinamento dello stato costituzionale, in conformità con i propri principi, regoli minuziosamente l'attribuzione di tale potere, in ordine alla competenza, alla legittimazione, ai presupposti, ai motivi, all'oggetto.

Continua l'Autore affermando che in materia di atti di ordinanza deve ritenersi vigente un principio generale non scritto, secondo il quale l'autorità può usare di essi solo nel caso in cui ogni altro modo di agire le sia impossibile. Questo principio non scritto «*deriva dalle norme attributive del potere di ordinanza, poste in relazione con i principi generali regolativi dell'azione amministrativa* […] *e cioè, in ultima istanza, con i principi informatori dello Stato moderno*».

In ordine ai motivi, gli atti di ordinanza sono relativamente discrezionali; cioè i motivi sono predeterminati mediante categorie late (ad es. sanità, sicurezza pubblica).

Quanto all'oggetto, le norme attributive del potere di ordinanza «*non contengono nessun utile elemento ai fini della determinazione giuridica diretta dell'oggetto delle ordinanze. Viene determinato, sì l'oggetto materiale della volontà, precisamente mediante indicazione di late categorie che abbiamo detto (polizia locale; sanità, ecc.)* […] *ma non l'oggetto in senso proprio*».

Quindi, l'osservazione – a mio avviso – decisiva: «*osservando i fatti, e riflettendo sui principi, cioè sulle ragioni viste dianzi, per le quali è accolto e codificato negli ordinamenti moderni il potere di ordinanza, si deve constatare che in tanto vi è bisogno di esso, in quanto si renda necessario provvedere, per causa di necessità, in modo derogativo (eccezionale) rispetto alla regolamentazione contenuta nelle norme positive; cioè il potere d'ordinanza, quanto all'oggetto, è essenzialmente* un potere derogatorio necessitato [corsivo nel testo]».

Di qui la distinzione, poi ripresa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 4 del 1977, tra atti necessitati e ordinanze d'urgenza libere: «[g]*li atti ordinari d'urgenza sono eccezionali e derogatori, ma sempre predeterminati dalle norme, e regolati di solito con grande minuziosità, nei presupposti, nei motivi, nell'oggetto, nei fatti di legittimazione, nella*

[122] *Op. ult. cit.*, p. 397. L'illustre studioso continua affermando che gli atti di ordinanza «*invece non derogano, negli ordinamenti moderni, agli altri principi fondamentali che reggono l'attività amministrativa, e primo tra essi quello dell'atto formale: anzi il legislatore, proprio perché costituiscono una deroga al principio della riserva di legge, rafforza per essi in modo pronunciato tutti gli altri elementi riconducibili al principio dell'atto formale ed ai principi con questo connessi*».

ISSN 2036-7821

competenza. Il potere di provvedere d'urgenza mediante tali atti ha carattere eccezionale, ma solo rispetto ai presupposti – principio del resto comune a tutti gli atti necessitati –; non lo ha rispetto all'oggetto. Invece, nelle ordinanze vi è un'eccezionalità anche rispetto all'oggetto: ove si consideri che i principi di riserva di legge e di nominatività degli atti amministrativi dispiegano il loro valore soprattutto nella predeterminazione dell'oggetto degli atti, si può apprezzare nel suo pieno valore la gravità di siffatta deroga».

Conclude Giannini affermando che «*il potere di ordinanza si risolve in una deroga ai principi*» e che «[c]*iò che con le ordinanze non può farsi, è invece di derogare ai principi generali*» (tra i quali, evidentemente non è compreso, in questa prima versione del pensiero dell'illustre studioso, il principio della riserva di legge).

Comunemente, l'origine della riserva di legge viene collocata agli albori della nascita dello Stato moderno[123], ma è con la formazione dello Stato liberale, e in particolare con la forma di governo della monarchia limitata o costituzionale, che il principio acquista significati più pregnanti di garanzia dei diritti economici e delle libertà civili dei singoli nei confronti del Monarca[124].

La *ratio* dell'istituto è legata alla natura del parlamento-legislatore: potere elettivo, rappresentativo del popolo, istanza espressiva della democrazia[125].

La riserva di legge pare però anche il retaggio storico, nella cultura giuridica europea[126], di una certa diffidenza, tipica del pensiero illuminista, verso il potere giudiziario, visto come diretta espressione di interessi corporativi e cetuali[127]. Di qui la proclamazione dei diritti e delle libertà fondamentali nella Costituzione quali, al tempo stesso, indirizzo e vincolo per il legislatore, chiamato ad assicurarne la (progressiva) attuazione e a disporne le eventuali limitazioni: la Costituzione, quindi, come documento programmatico rivolto innanzitutto al legislatore.

La Corte costituzionale ha però chiarito, sin dalla sua prima sentenza, in tema di libertà di manifestazione del pensiero, che l'illegittimità costituzionale di una legge può derivare anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche[128] e, in sentenze successive, che l'esistenza di norme, ancorché norme di principio, le quali proclamano veri e propri diritti costituzionali, non può

[123] Ancorché la genesi del principio – inteso come necessità di una deliberazione delle città e delle contee su questioni riguardanti l'imposizione tributaria, sia di molto più risalente, potendosi collocarlo nell'ordinamento feudale del XIII secolo (cfr. il n. 2 della *Magna Charta* del 15 giugno 1215, il n. 6 della *Confirmatio Chartarum* del 10 ottobre-5 novembre 1297 e il n. 1 dello *Statutum de tallagio non concedendo* del 30 settembre 1297). Si veda in questi termini R. BALDUZZI-F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., p. 1207.

[124] R. BALDUZZI-F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., p. 1212; S. FOIS, *La «riserva di legge». Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963, pp. 11-12, nt. 18.

[125] Così F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, cit., p. 153.

[126] Negli Stati Uniti, invece, con la sentenza *Marbury v. Madison*, del 1803, è emerso, quasi immediatamente, il ruolo del controllo giurisdizionale in funzione di garanzia dei diritti fondamentali.

[127] Si veda, in proposito, M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, III ed., Torino, 2014, p. 71.

[128] Corte Cost. 14 giugno 1956, n. 1, (IT:COST:1956:1).

ISSN 2036-7821

ridursi al semplice auspicio di un intervento futuro dell'autorità politico-amministrativa, come suggerirebbe il concetto di norme meramente programmatiche. Dalle norme costituzionali in questione deriva sempre e necessariamente l'obbligo di ricercare una "tutela minima", immediatamente operativa, sottratta alla vicenda politica e direttamente determinabile attraverso l'interpretazione costituzionale dell'ordinamento, anche per mezzo della valorizzazione di tutti gli elementi normativi esistenti, suscettibili di essere finalizzati allo scopo indicato dalla Costituzione[129].

Qualora si verta in materia riservata alla legge – dovendosi, ad esempio, assumere misure limitative di libertà in tal modo garantite dalla Costituzione –, la lacuna normativa svelata dallo stato di emergenza dovrebbe essere colmata dalla legge stessa o da atto avente la sua forza. È quanto è avvenuto nella gestione della pandemia da Covid-19: il Governo, con decreti-legge, ha disciplinato le misure da adottare per far fronte all'emergenza, demandando a decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri – su parere del Comitato tecnico-scientifico – la loro implementazione e modulazione in ragione dell'andamento della diffusione del contagio. Come visto, la Corte costituzionale ha escluso – a mio avviso, correttamente – che i provvedimenti così adottati fossero qualificabili come ordinanze contingibili e urgenti e li ha ricondotti alla categoria degli atti necessitati.

E però, si è visto anche che, prima che fossero adottati i decreti-legge che hanno disciplinato la risposta all'emergenza, il Ministro della salute ha adottato ordinanze contingibili e urgenti con le quali ha fortemente limitato la libertà di circolazione di coloro che avessero già contratto il virus.

La lacuna dell'ordinamento, pur in materia riservata alla legge, è stata colmata con provvedimenti amministrativi adottati in forza di una mera autorizzazione legislativa.

7. *Segue. La possibile applicazione diretta* praeter legem *da parte dell'amministrazione dei principi generali dell'ordinamento anche in materie coperte da riserva assoluta di legge.*

L'applicazione diretta da parte del giudice dei principi generali dell'ordinamento ha riguardato, in particolare, i diritti costituzionali. Si pensi – per fare un solo esempio – al caso Englaro, per il quale la Corte di cassazione ha affrontato, come essa stessa afferma, «*una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali*»[130].

[129] Così, Corte Cost. 19 gennaio 1996, n. 15, (IT:COST:1996:15). In termini, già Corte Cost. 11 febbraio 1982, n. 28, (IT:COST:1982:28)

[130] Cass. Civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Il Foro Italiano*, vol. 130, n. 11, novembre 2007, pp. 3025 ss.. La Cassazione, facendo perno sugli artt. 32, comma 2, 13 e 2 della Costituzione, afferma il principio che «*il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella*

ISSN 2036-7821

Ora: quel che è imposto al giudice, è consentito (*recte*, imposto[131] anche) all'amministrazione?

Se l'emergenza sia tale – per l'urgenza di provvedere che impone o per il carattere solo locale della stessa – da non consentire o giustificare l'intervento del legislatore (l'*interpositio legislatoris*) in materia ad esso riservata, deve l'amministrazione colmare la lacuna dell'ordinamento facendo diretta applicazione dei principi generali dello stesso e assicurando quella "tutela minima" dei diritti costituzionali, immediatamente operativa, che la Corte costituzionale ha statuito debba essere sempre ricercata?[132]

È stato osservato che l'applicazione diretta della Costituzione da parte della pubblica amministrazione si svolge in uno spazio giuridico residuale ed elastico, variabile in funzione della mobilità di un elemento antagonista che è la legge o – in termini più appropriati – l'eventualità che la legge vincoli l'attività amministrativa, descrivendo per intero la regola del caso concreto[133].

L'opinione diffusa in dottrina[134] è che, per gli aspetti vincolati degli atti, l'applicazione diretta della Costituzione non sia ammessa in quanto coinvolgerebbe implicitamente una decisione incidentale sulla validità della legge stessa, preclusa all'amministrazione dalla riserva di giurisdizione in favore della Corte costituzionale. Diverso può essere, invece, il giudizio per quanto attiene alla sfera discrezionale del potere amministrativo. In tale ambito, l'applicazione diretta della Costituzione da parte dell'amministrazione è – secondo autorevole dottrina – il riflesso dell'efficacia normativa delle sue norme nei confronti della stessa; si pone pertanto come doverosa, trattandosi di un «*vincolo in più rispetto alla legge*», di un «*rafforzamento, quindi* […] *delle garanzie dello Stato di diritto*»[135].

---

terminale»: principio da cui la Corte ricava il corollario che «*deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita*».

[131] Osserva A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., p. 90, che «[s]*e tutti i poteri amministrativi sono doverosi, quello d'emergenza sembra esserlo al massimo grado*», tanto da configurare l'inerzia in una situazione emergenziale quale delitto di rifiuto o omissione di atti d'ufficio, facendo l'art. 328 c.p. specifico riferimento alle fattispecie in cui «*per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità*» l'atto deve essere compiuto senza ritardo.

[132] Corte Cost. n. 15/1996, cit..

[133] Così M. MAGRI, *L'applicazione diretta della costituzione da parte della pubblica amministrazione*, in E. MALFATTI-R. ROMBOLI-E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002, pp. 118 ss. (p. 118).

[134] Con l'eccezione di V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano, 1967, il quale ha teorizzato il potere della pubblica amministrazione di disapplicare la legge ritenuta incostituzionale.

[135] Così L. CARLASSARE, *L'impegno per l'attuazione della Costituzione*, in AA.VV., *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, Padova, 1994, p. 64, interpretando il pensiero espresso da V.CRISAFULLI in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., p. 71.

ISSN 2036-7821

Crisafulli affermava che «*ogni norma costituzionale deve dirsi senz'altro obbligatoria nei confronti di ogni potestà statale discrezionale, compresa la stessa potestà legislativa*»[136]. Vero è che l'illustre Maestro così si esprimeva in ordine al tema – allora dibattuto – dell'immediata obbligatorietà delle norme costituzionali programmatiche; ma la sottolineatura che questa si rivolgesse nei confronti di *ogni potestà statale*[137], non quindi solo nei confronti del legislatore, rappresenta un autorevolissimo viatico per il tentativo di argomentare la tesi della diretta applicabilità da parte dell'amministrazione dei principi generali dell'ordinamento (e, tra questi, dei principi costituzionali), anche in materie coperte da riserva assoluta di legge[138].
La dottrina che si è occupata più di recente del tema[139] limita la possibilità di applicazione diretta della Costituzione da parte dell'amministrazione a poche norme costituzionali di immediata e sicura precettività[140], escludendola se la norma costituzionale è programmatica o anche soltanto di principio. E ciò perché «*la discrezionalità amministrativa, a differenza di ciò che si potrebbe dire della libertà interpretativa e della discrezionalità del giudice, non ha in sé gli strumenti operativi per assicurare "direttamente" la legalità costituzionale*»[141]. A giudizio di tale dottrina, «[l]*'efficacia della norma costituzionale verso i poteri discrezionali dell'amministrazione, quantunque possa sfociare in una decisione* del giudice *di fare diretta applicazione della*

[136] V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., p. 77. Nell'introduzione (p. 11) l'illustre studioso sottolineava che «*una costituzione deve essere intesa e interpretata, in tutte le sue parti,* magis ut valeat*, perché così vogliono la sua natura e la sua funzione, che sono e non poterebbero non essere, ripetiamo, di atto normativo,* diretto a disciplinare obbligatoriamente comportamenti pubblici e privati» (corsivo aggiunto).

[137] Come d'altronde statuisce l'ultimo comma dell'ultima disposizione transitoria: «[l]*a Costituzione dovrà essere fedelmente osservata come Legge fondamentale della Repubblica da tutti i cittadini e dagli organi dello Stato*».

[138] Si veda sul tema A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., p. 366, il quale pur escludendo che il potere *extra ordinem* possa esplicarsi in materie coperte da riserva assoluta di legge, afferma: «[i]*n ambiente costituzionale pluralista, proprio perché si consuma la rottura della separazione tra ordine legale ed ordine costituzionale e la Costituzione diviene direttamente applicabile alla regolazione/disciplina della realtà sostanziale, per un verso, qualsiasi norma costituzionale ha immediato (nel senso di* non mediato*) bisogno di un'attuazione amministrativa, per l'altro, specularmente, qualsiasi attività amministrativa è direttamente riconducibile alla Costituzione ed alla sua attuazione, ossia al perseguimento dei fini ed alla concretizzazione dei principi che ne definiscono la dimensione normativa*».

[139] R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, III ed., Torino, 2019, p. 49; M. MAGRI, *L'applicazione diretta della costituzione da parte della pubblica amministrazione*, cit..

[140] M. MAGRI, *L'applicazione diretta della costituzione da parte della pubblica amministrazione*, cit., p. 131, limita tali norme a quelle per cui «*agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso*» (art. 97, comma 3, Cost.); «*lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della repubblica*» (art. 10, comma 3, Cost.); «*l'adempimento del servizio militare non pregiudica la posizione di lavoro del cittadino*» (art. 52, comma 2, Cost.); «*il lavoratore ha diritto ad una retribuzione* [...] *in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla propria famiglia un'esistenza libera e dignitosa*» (art. 36, comma 1, Cost.); «*il lavoratore ha diritto* [...] *a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi*» (art. 36, comma 3, Cost.); «*i pubblici uffici sono organizzati* [...] *in modo che sia assicurata l'imparzialità dell'amministrazione*» (art. 97, comma 1, Cost.). Lo stesso Autore in altro scritto evidenzia il rischio che un rapporto diretto tra amministrazione e Costituzione possa avallare la tendenza alla dequotazione del principio di legalità sostanziale (cfr. M. MAGRI, *Democrazia costituzionale,* «ruolo» *dell'amministrazione e diritto amministrativo*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2018, pp. 697 ss.).

[141] M. MAGRI, *L'applicazione diretta della costituzione da parte della pubblica amministrazione*, cit., p. 137.

ISSN 2036-7821

Costituzione all'atto amministrativo, non implica il rovesciamento del principio sul versante dell'amministrazione: non è sempre testimone, cioè – risalendo dal processo alla sostanza – di una retrostante potestà dell'amministrazione di disporre dei poteri "discrezionali", a questa affidati per legge, allo scopo di assicurare la conformità a Costituzione dell'atto amministrativo»[142].

A me pare che tale conclusione contenga in sé una petizione di principio: afferma cioè l'assunto che dovrebbe invece dimostrare.

Il processo descritto – la decisione del giudice sulla legittimità di un atto amministrativo in relazione diretta con la norma costituzionale – a me sembra, invece, logicamente presupporre la necessità che l'amministrazione – in assenza della norma legislativa per il caso concreto – possa (e debba) fare applicazione diretta della norma costituzionale e, più in generale, dei principi generali dell'ordinamento: ovvero, debba ricavare da questi la regola del caso concreto. L'esercizio della giurisdizione segue – cronologicamente, oltre che logicamente – l'esercizio del potere amministrativo. Se il giudice deve ricercare nella Costituzione – o nei principi generali dell'ordinamento – la norma in raffronto alla quale valutare la legittimità dell'atto amministrativo, la medesima operazione ha dovuto prima compiere l'amministrazione nell'esercizio del proprio potere, applicando alla fattispecie concreta la norma così individuata. Trattandosi dell'applicazione di principi generali, la norma del caso concreto sarà il risultato del bilanciamento degli stessi (ovvero degli interessi in conflitto, resi giuridicamente rilevanti dai principi). A tale operazione è chiamato, come noto, il giudice – nel valutare la ragionevolezza del bilanciamento – e, prima ancora, l'amministrazione nell'esercizio del potere discrezionale[143].

Gli stessi principi che governano l'azione discrezionale dell'amministrazione – già enucleati dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato della prima metà del Novecento, nel sindacare la discrezionalità attraverso le figure sintomatiche

---

[142] M. MAGRI, *L'applicazione diretta della costituzione da parte della pubblica amministrazione*, cit., p. 128. Si veda, in termini analoghi, R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, p. 228, secondo il quale la Costituzione, come gli altri atti normativi, può essere direttamente applicata dal giudice la cui attenzione sia attratta dal modo in cui l'autorità amministrativa è giunta alla composizione degli interessi, ossia dalle «*regole di condotta cui essa si è attenuta nell'analisi dei fatti e nella selezione degli interessi*». Ma l'*iter* della decisione giurisdizionale, in questo caso, non significa che le norme costituzionali – alle quali la pronuncia si ispira – possano «*funzionare* [...] *quali premesse maggiori nel riscontro oggettivo di altrettanti elementi della decisione amministrativa*».

[143] È quanto osserva, esaminando la giurisprudenza amministrativa in materia di ordinanze *extra ordinem*, A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., p. 302, laddove afferma che «*il sindacato giurisdizionale dell'atto contingibile e urgente alla stregua del limite dei principi dell'ordinamento si articola nei due momenti della ricostruzione della portata precettiva che il principio assume in situazioni d'emergenza e della valutazione della conformità del contenuto del potere derogatorio rispetto alla portata precettiva così individuata (e non a quella che caratterizza il principio nella generalità ordinaria dei casi)*».

ISSN 2036-7821

dell'eccesso di potere[144], e oggi enunciati dalla legge sul procedimento amministrativo – hanno assunto, secondo autorevole dottrina[145] e la Consulta[146], valore costituzionale, avendo il loro ancoraggio nei principi di uguaglianza – e quindi, di proporzionalità – (art. 3 Cost.), di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost). Come anche i principi di derivazione europea si impongono non solo al legislatore e alle giurisdizioni nazionali, ma anche direttamente all'amministrazione, chiamata, secondo una recente sentenza dell'Adunanza Plenaria, a disapplicare la stessa legge statale che si ponga con essi in contrasto[147].

Riprendendo, e parafrasando, le conclusioni della dottrina che qui si critica, a me sembra che la discrezionalità amministrativa abbia in sé – direi storicamente – gli strumenti operativi per assicurare "direttamente" la legalità costituzionale.

Nella dottrina di lingua tedesca dell'Ottocento, ad opera di Edmund Bernatzik e della scuola di Vienna, si sostenne la tesi che il potere discrezionale delle amministrazioni non fosse che l'opera di sussunzione della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, opera che presuppone l'attribuzione di senso a concetti giuridici indeterminati (*unbestimmte Rechtsbegriffe*)[148]. La tesi è stata ripresa nella metà del secolo scorso da Hermann Reuss, secondo il quale, a fronte della ricorrenza di concetti giuridici indeterminati, l'attività dell'amministrazione sarebbe solo interpretativa (*kognitiver Erkenntnisakt*), proponendosi una sola soluzione legittima[149].

La dottrina italiana ha – con Giannini[150] – da tempo chiarito che la discrezionalità amministrativa non si esaurisce nella sola interpretazione della norma, ma si esplica

---

[144] Ciò che ha portato l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza 28 gennaio 1961, n. 3, ad affermare che il diritto amministrativo nel suo complesso non risulta composto soltanto da norme positive, ma anche da «*principi che dottrina e giurisprudenza hanno elevato a dignità di sistema*». F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, I, pp. 1 ss., individua le norme che definiscono il vizio di eccesso di potere nei «*principî e norme di carattere generale che sono connaturati alla stessa esistenza dell'ordinamento giuridico amministrativo*» (p. 26).

[145] S. CASSESE, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Silvestri*, vol. I, Torino, 2016, pp. 501 ss.; V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019, il quale afferma che tali principi hanno acquistato rango costituzionale, intorno al principio di imparzialità (art. 97) e formano lo «*statuto costituzionale della funzione amministrativa*» (4).

[146] Si veda, ad esempio, per l'obbligo di motivazione, Corte Cost. 5 novembre 2010, n. 310, (IT:COST:2010:310, e, per il principio del giusto procedimento, Corte Cost. 30 aprile 2015, n. 71, (IT:COST:2015:71).

[147] Cons. Stato, Ad. Plen., 9 novembre 2021, n. 13, (IT:CDS:2021:13OPLE), sull'obbligo di gara e di disapplicazione del regime nazionale di proroga delle concessioni demaniali marittime.

[148] E. BERNATZIK, *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft*, Wien, 1886. Sulla dottrina austriaca di fine Ottocento, che vedeva nell'attività amministrativa e nell'attività giurisdizionale l'espressione di una eguale potestà di applicare la legge al caso concreto conferita dall'ordinamento ad un organo dello Stato, si veda A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Milano, 1964, pp. 65 ss., spec. pp. 69-72.

[149] H. REUSS, *Das Ermessen: Versuch einer Begriffklärung*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1953, pp. 585 ss..

[150] M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit.. Osserva F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4/2000, pp. 1149 ss., che l'aver sottratto la discrezionalità dalle manifestazioni dell'attività interpretativa costituisce uno dei meriti dell'opera di Giannini.

ISSN 2036-7821

nella (e si caratterizza per la) ponderazione comparativa degli interessi in conflitto, in funzione del perseguimento dell'interesse pubblico concreto[151]. Nondimeno, a fronte di concetti giuridici indeterminati e di clausole generali[152], la discrezionalità amministrativa comprende in sé (e si svolge attraverso anche) un'attività interpretativa.

Perongini descrive nitidamente questo processo distinguendo i due momenti in cui si articola la specificazione devoluta all'amministrazione, in presenza di un concetto giuridico indeterminato: innanzi tutto, «*l'amministrazione deve specificare la norma, generica e indeterminata, utilizzando le disposizioni di rango sovraordinato, quali principi generali dell'ordinamento, norme costituzionali e norme comunitarie. In altri termini, fra tutte quelle astrattamente possibili, deve scegliere una fattispecie e riferirla al caso di cui essa si occupa. Si è in presenza di una tipica attività interpretativa, analoga a quella svolta dal giudice in sede giurisdizionale*»; in secondo luogo, «*gli elementi di indeterminatezza che dovessero residuare all'esito della predetta attività interpretativa, vanno puntualizzati sulla scorta di una attività valutativa, che può avere natura comparativa degli interessi in gioco, oppure natura valutativa di altri profili*». Conclude l'Autore osservando che «[i]*l concetto giuridico indeterminato implica il conferimento all'amministrazione del potere discrezionale di specificarne la fattispecie di riferimento in sede di esercizio del potere stesso. L'amministrazione, fra le varie soluzioni che dovessero residuare all'esito dell'esercizio dei poteri ermeneutici, avrà il dovere di optare per quella che, al termine di una comparazione fra i vari interessi inerenti alla vicenda oppure di una mera comparazione, appaia maggiormente conforme all'interesse pubblico. L'attività interpretativa sarà sindacabile dal giudice, negli stessi termini in cui è sindacabile l'interpretazione svolta in sede giurisdizionale.* […] *L'ulteriore specificazione, effettuata scegliendo fra le varie soluzioni possibili quella conforme a (e derivante da) una valutazione comparativa degli interessi, integrerà un tipico esercizio di un potere discrezionale o valutativo di altra natura, sindacabile nei limiti dell'eccesso di potere*»[153].

È significativo che Perongini sottolinei che, nella sua ricerca della norma da applicare alla fattispecie, l'amministrazione, usando correttamente i canoni ermeneutici eviterà

---

[151] Si riprende la classica definizione di Giannini della discrezionalità quale «*ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario* [corsivo nel testo]» (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 487), ancorché, come osserva F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, cit., «[s]*e ad agire non è un organo solitario (che deve darsi carico anche di interessi pubblici in cura ad altri organi) ma l'insieme degli organi interessati, è difficile conservare la distinzione tra interesse primario e interessi secondari*». A me pare che la concezione relativa della primarietà dell'interesse, che era già in Giannini, mantenga la sua attualità anche nell'attività coordinata tra più amministrazione, in quanto la presenza di un'amministrazione procedente consente di riferire ad essa l'interesse primario da ponderare con gli interessi pubblici perseguiti dalle altre amministrazioni coinvolte, al fine della individuazione e perseguimento dell'interesse pubblico concreto.

[152] Sulla distinzione tra "clausole generali", "concetti giuridici indeterminati" nel diritto amministrativo si veda R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014, pp. 39 ss..

[153] S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., pp. 291-292.

ISSN 2036-7821

«*soluzioni che violino il principio di legalità*[154], *optando per una ipotesi interpretativa conforme all'impianto normativo sovraordinato*»[155]. In tale prospettiva, il principio di legalità opera sempre nella sua dimensione sostanziale, in quanto, anche per l'ambito latamente discrezionale del potere amministrativo si impone la coerenza con i principi generali dell'ordinamento e con la norma per il caso concreto che dagli stessi deve trarsi[156].

Cognetti rileva che, nel colmare le *sacche* di rarefazione del sillogismo, tanto il giudice civile quanto il giudice penale non interferiscono normalmente con l'esercizio di poteri antagonisti nella determinazione della fattispecie. Ciò invece si verifica nella funzione svolta dai giudici amministrativi – come anche in quella svolta dai giudici costituzionali e dai giudici sovranazionali – che «*sovrappongono la loro opera interpretativa su quella già svolta a monte dalle pubbliche amministrazioni – e dai legislatori nazionali e sovranazionali – interagendo con essa*»[157].

Anche Ramajoli osserva che, mentre solitamente negli altri campi del diritto titolare del potere di concretizzazione valutativa della clausola generale è il giudice, di contro, in ambito pubblicistico «*l'interprete delle clausole generali chiamato a un'opera di integrazione valutativa è anzitutto la pubblica amministrazione e solo in seconda battuta il giudice (amministrativo)*»[158]. E se, come afferma Rosario Ferrara, la clausola generale può essere equiparata in qualche misura ai principi generali dell'ordinamento, evidenziando «*un valore generale e fondamentale dell'ordinamento giuridico, talmente generale da poter essere assunto come parametro (residuale) di interpretazione della legge*»[159],

---

[154] Principio che, se si è correttamente interpretato il suo pensiero, è inteso dall'Autore sempre e necessariamente nella sua dimensione sostanziale.

[155] S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., p. 292.

[156] Si veda anche L.R. PERFETTI (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 2007, pp. 280 ss. e 342 ss. e ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, p. 132, nt. 21, per la tesi che la fattispecie legale del caso concreto non sia – nella gran parte dei casi – preesistente all'indagine giuridica sul fatto della vita, quanto, piuttosto, rivenga da un procedimento che è, insieme, di accertamento delle circostanze e di individuazione della fattispecie legale che vi si applica, così come che quest'ultima, in quanto necessariamente combinazione di principi generali, di norme procedurali e di disposizioni puntuali non sarà rintracciabile in un unico precetto normativo essendo piuttosto vero che l'amministrazione, nella sua attività procedimentale che precede l'adozione del provvedimento, costruisce, nel dialogo paritario con gli interessi, la fattispecie legale piuttosto che trovarla già esistente e solo da applicare al caso concreto.

[157] S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012 , pp. 1997 ss. (1997-1998).

[158] Cfr. M. CLARICH-M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021, pp. 48-50. Continua l'Autrice affermando che «[i]*n ambito pubblicistico la presenza di clausole generali chiama in gioco anzitutto i limiti del potere amministrativo d'integrazione valutativa e, successivamente e conseguentemente, l'ampiezza del relativo sindacato giurisdizionale. Dal momento che la questioni di tali clausole non è separabile da quella generale dell'interpretazione normativa, alla sequenza classica caso/norma/giudice si sostituisce nel diritto amministrativo la diversa e più articolata sequenza caso/norma/amministrazione/giudice*» (50).

[159] R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p. 39.

ISSN 2036-7821

non può negarsi che l'amministrazione, nell'esercizio della discrezionalità amministrativa, sia usa ad inferire dai principi generali la regola del caso concreto.
Quindi, per concludere sul punto, l'esercizio del potere discrezionale da parte della pubblica amministrazione presuppone un'attività interpretativa, più o meno ampia, pur non esaurendosi in essa, ma risolvendosi nella scelta funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico concreto, all'esito della ponderazione comparativa degli interessi pubblici e privati in gioco. La norma attributiva del potere, in genere, definisce l'ambito della discrezionalità ricorrendo a clausole generali e concetti giuridici indeterminati, onde consentire all'amministrazione di scegliere la soluzione migliore nel caso concreto[160], ma – come insegna la Corte costituzionale[161] – non può limitarsi al mero richiamo formale ad una prescrizione normativa "in bianco", genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini. Invece, la norma attributiva del potere *extra ordinem* – come visto, con l'avallo della stessa Corte costituzionale – lascia all'amministrazione un ambito di apprezzamento amplissimo, autorizzandola a porre in essere le misure adeguate per far fronte all'evento emergenziale – senza definirne contenuti e modi – e affidandole il perseguimento di un interesse pubblico, anch'esso definito ricorrendo concetti giuridici indeterminati. In tal caso, in assenza della norma di legge che definisca contenuti e modi dell'azione amministrativa, sarà compito della pubblica amministrazione – nell'esercizio dell'attività interpretativa propedeutica alla scelta discrezionale – inferire dai principi generali dell'ordinamento la regola da applicare al caso concreto. Il punto è se possa farlo anche in materie riservate dalla Costituzione alla legge. Ebbene, a mio avviso, se l'emergenza è tale da precludere l'intervento del legislatore, l'essere la materia presidiata da riserva assoluta di legge, lungi dall'impedire l'intervento diretto dell'amministrazione, lo impone[162]. E ciò argomentando ancora dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.
Già con la sua prima sentenza, la Consulta ha chiarito che «[u]*na disciplina delle modalità di esercizio di un diritto, in modo che l'attività di un individuo rivolta al*

[160] Afferma M. Clarich, in M. CLARICH-M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, cit., pp. 12-13, che la discrezionalità costituisce l'essenza dell'amministrare. Agli apparati amministrativi, in quanto esperti nella cura in concreto degli interessi pubblici, deve essere riservata in molti contesti la possibilità di scegliere, nei limiti della legge, la soluzione migliore nel caso concreto.

[161] Sentenza n. 115 del 2011, cit.

[162] Sia pur non affrontando specificamente il tema della riserva di legge, ma nell'argomentare in generale la compatibilità costituzionale del potere *extra ordinem* dell'esecutivo, giunge ad analoghe conclusioni A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., p. 393 laddove afferma, con riferimento alle ordinanze *praeter legem*, che «*ogni qual volta la pubblica amministrazione adotta un'ordinanza contingibile ed urgente in mancanza di una previsione legislativa che ne disciplini puntualmente criteri, contenuto e limiti, essa non opera affatto nel "vuoto dell'ordinamento" ma non fa altro che applicare direttamente la Costituzione al caso concreto, bilanciando le norme costituzionali eventualmente confliggenti*».

ISSN 2036-7821

perseguimento dei propri fini si concili con il perseguimento dei fini degli altri, non sarebbe perciò da considerare di per sé violazione o negazione del diritto. E se pure si pensasse che dalla disciplina dell'esercizio può anche derivare indirettamente un certo limite al diritto stesso, bisognerebbe ricordare che il concetto di limite è insito nel concetto di diritto e che nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile»[163].

Si può trarre da queste parole – che hanno dato avvio alla ricchissima giurisprudenza costituzionale sul bilanciamento degli interessi e sulla reciproca limitazione dei diritti fondamentali – la conclusione che gli interessi in funzione dei quali devono essere operate limitazioni ai diritti e alle libertà costituzionali – che la Costituzione riserva alla legge – corrispondono, in genere, a diritti e libertà costituzionali potenzialmente in conflitto con il diritto oggetto delle stesse limitazioni[164]. La "tutela minima", immediatamente operativa, di tali diritti deve poter essere garantita anche nell'impossibilità dell'intervento del legislatore[165].

Può aiutare l'argomentazione tornare al caso delle ordinanze del Ministro della salute emanate nella primissima fase dell'emergenza pandemica. In quell'occasione la limitazione della libertà di circolazione è stata funzionale a garantire il fondamentale diritto alla salute, nella sua dimensione di interesse della collettività. L'autorità amministrativa, autorizzata dalla legge a adottare le misure necessarie e adeguate a far fronte all'emergenza pandemica, ha colmato la lacuna dell'ordinamento ed ha rinvenuto la regola da applicare al caso, bilanciando ragionevolmente i diritti costituzionali in conflitto. Tale bilanciamento avrebbe dovuto essere operato dal legislatore, in ragione della riserva di legge prevista dall'art. 16 Cost.[166], ma l'"urgenza dell'emergenza" ha imposto all'autorità amministrativa, a ciò (semplicemente) autorizzata dalla legge, di sostituirsi al legislatore nell'operazione, al fine di assicurare la tutela dei diritti costituzionali in conflitto.

---

[163] Corte Cost. n. 1/1956, cit., (IT:COST:1956:1).

[164] Cfr. R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2, 2002, pp. 115 ss. (p. 123): «[p]*ressoché ogni conflitto giuridico si trova in un immaginario spazio giuridico nel quale si sovrappongono le aree di protezione di due o più diritti o interessi costituzionali* [...]. *Qualsiasi conflitto di interessi che non abbia una persuasiva composizione nelle leggi ordinarie ha altissime probabilità di essere tematizzato come conflitto di interessi costituzionalmente rilevanti*». Si veda anche C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, cit., p. 20: «*il limite al diritto finisce per essere non solo il potere pubblico ma un altro diritto di un altro cittadino; il potere pubblico è solo una sorta di intermediario, certo irrinunciabile, ma non tale da cancellare l'ulteriore protagonista*».

[165] Sembra opinare in questi termini F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, cit., p. 6, laddove, con riferimento alla libertà di soggiorno e circolazione, che l'art. 16 Cost. consente di limitare per ragioni di sanità o di sicurezza, ma in via generale per legge, afferma che: «*pare evidente che se sorge una situazione di emergenza, non prevista dal legislatore, del tutto legittimamente l'autorità investita del potere di ordinanza possa colmare la lacuna della legge e quindi imporre limitazioni alla libertà di circolazione e soggiorno*».

[166] È irrilevante ai nostri fini se da ritenere come assoluta o relativa, perché, come già evidenziato, anche se si accedesse a tale seconda tesi, il carattere della norma legislativa abilitante il potere di ordinanza *extra ordinem* è tale da non soddisfare sicuramente i requisiti prescritti dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.

ISSN 2036-7821

Inoltre, il sindacato del giudice amministrativo sulle ordinanze *extra ordinem* garantisce il controllo sulla ragionevolezza del bilanciamento. Peraltro, tale sindacato – a differenza di quello della Consulta sulla legge – è azionabile direttamente anche dal privato che assuma sproporzionatamente compresso il proprio diritto costituzionale.

D'altronde, l'applicazione diretta della Costituzione da parte dell'amministrazione ha avuto importanti riconoscimenti giurisprudenziali, sia pure con riferimento ai diritti fondamentali "sociali" e, tra questi, in particolare al diritto alla salute, quale diritto alle prestazioni sanitarie e più in generale all'attività pubblica in ambito sanitario.

Si è ricordata la pronuncia della Corte di cassazione sul caso Englaro. Ebbene, a tale sentenza ha fatto seguito il provvedimento di diniego dell'amministrazione sanitaria di ricovero per il distacco del sondino naso-gastrico di alimentazione e idratazione artificiali. Il Consiglio di Stato[167], nel confermare la sentenza di annullamento di tale provvedimento del TAR per la Lombardia[168], ha affermato che il *vuoto normativo* non può risolversi nel diniego di eseguire la prestazione sanitaria e nella sostanziale negazione di un diritto fondamentale[169] e che in capo all'amministrazione sanitaria sussiste un vero e proprio obbligo di *facere*, poiché solo mediante la prestazione della struttura sanitaria è possibile che il diritto del paziente trovi attuazione, né rileva che tale obbligo non sia espressamente affermato dal provvedimento giurisdizionale a carico dell'amministrazione, poiché esso discende direttamente dalla natura e dall'oggetto del diritto riconosciuto al paziente, «*alla luce dei principi costituzionali direttamente applicabili*»[170].

Il legislatore è intervenuto solo dopo tale sentenza, con legge 22 dicembre 2017, n. 219, recependo e sviluppando le conclusioni alle quali era già pervenuta la giurisprudenza ordinaria[171] e amministrativa.

La legislazione oggi vigente, però, se riconosce, a pazienti costretti in una condizione di costante "medicalizzazione", il diritto di lasciarsi morire mediante il rifiuto e l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale, non consente ancora l'assistenza

[167] Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460.

[168] TAR Lombardia, Milano, sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214, (IT:TARMI:2009:214SENT).

[169] Cons. Stato, n. 4460/2014 cit., punto 45.4 in diritto: «*il vuoto normativo, come anche la mancata previsione di specifiche misure organizzative nella legislazione del servizio sanitario nazionale o nei livelli essenziali di assistenza, non può certo risolversi nel diniego di eseguire la prestazione sanitaria e ancor meno, a fronte di tale illegittimo rifiuto, in un diniego di tutela giurisdizionale e conseguentemente, per il principio ubi ius, ibi remedium, nella sostanziale negazione di un diritto fondamentale, come quello di cui si discute, anzi del più fondamentale e inviolabile dei diritti, quello sulla propria vita e sul proprio corpo, nella concezione e nella proiezione che ciascuno ha di sé e della propria dignità, anche rifiutando le cure, giacché il diritto alla salute ha un nucleo irriducibile, protetto dalla Costituzione "come ambito inviolabile della dignità umana" (Corte cost., sentenza n. 309 del 1999)*».

[170] *Ibidem*, punto 47 in diritto.

[171] Oltre a Cass. Civ. n. 21748/2007, cit., sul caso Englaro, la sentenza sul caso Welby (Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Roma, sentenza 23 luglio-17 ottobre 2007, n. 2049).

ISSN 2036-7821

medica al suicidio, nonostante la Corte costituzionale abbia dichiarato tale divieto, nella sua dimensione assoluta, illegittimo, in quanto lesivo della «*libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dall'art. 2, 13, 32, secondo comma, Cost.*», e abbia invitato il legislatore a regolare la materia, sospendendo il giudizio e rinviando la trattazione a undici mesi di distanza[172]. Il mancato intervento del legislatore ha quindi determinato il giudice delle leggi a ricavare «*dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento*»[173].
Ebbene, dopo qualche incertezza[174], l'amministrazione sanitaria sta dando attuazione diretta – in assenza di norma legislativa – al diritto fondamentale riconosciuto dalla Costituzione, così come "rivelato" e conformato dalla Consulta[175].

8. *Segue. La tesi di Cardone*.
L'assunto su cui si fondano le conclusioni del bel saggio di Cardone[176] è che i poteri di ordinanza cui l'ordinamento ricorre nelle situazioni di emergenza trovano un loro diretto fondamento nella superiore prescrittività della Costituzione[177],

[172] Cfr. Corte Cost. 16 novembre 2018, n. 207, (IT:COST:2018:207) sul caso DJ Fabo. Si tratta di pronuncia – per il profilo processuale – assolutamente innovativa. Per casi simili, infatti, in passato la Corte ha dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnandola con un monito al legislatore per l'introduzione della disciplina necessaria a rimuovere il vulnus costituzionale: pronuncia alla quale, ove il monito fosse rimasto senza riscontro, ha fatto seguito, di norma, una declaratoria di incostituzionalità. Questa tecnica, però, lascia in vigore, per un tempo non predeterminabile, la norma ritenuta incostituzionale. Con l'ordinanza citata, invece, la Corte facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale, ha fissato una nuova udienza di trattazione delle questioni, lasciando al Parlamento la possibilità di assumere le necessarie decisioni rimesse alla sua discrezionalità, ma sospendendo il processo ed evitando così che, nel frattempo, la norma già ritenuta incostituzionale potesse trovare applicazione.

[173] Corte Cost. 22 novembre 2019, n. 242, (IT:COST:2019:242), punto 4 in diritto.

[174] Si veda il caso del rifiuto opposto dall'Azienda Sanitaria delle Marche alla richiesta di un paziente di assistenza medica al suicidio in applicazione dei criteri indicati dalla Corte costituzionale, e la relativa ordinanza del Tribunale di Ancona, 9 giugno 2021 (pubblicata in *questionegiustizia.it*, con commento di Nello Rossi), la quale ha disposto che l'Azienda, previa acquisizione del parere del Comitato etico territorialmente competente, dovesse accertare: «*a) se il reclamante* [...] *sia persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che egli reputa intollerabili; b) se lo stesso sia pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli; c) se le modalità, la metodica e il farmaco* [...] *prescelti siano idonei a garantirgli la morte più rapida, indolore e dignitosa possibile* [...]».

[175] Si veda, a titolo di esempio, il parere n. 2 del 14 febbraio 2020 della Commissione Regionale di Bioetica della Regione Toscana, *Liceità condizionata del suicidio medicalmente assistito e sistema sanitario regionale*, rinvenibile in *www.regione.toscana.it*.

[176] A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., opera una pregevole ricostruzione del fondamento del potere di ordinanza *extra ordinem* nel bilanciamento delle norme costituzionali alla luce della portata precettiva che le medesime vengono ad assumere nel contesto emergenziale.

[177] La premessa teorica da cui muove l'Autore è che il potere *extra ordinem* vive oggi nel contesto della declinazione dello "stato costituzionale di diritto" rappresentata dallo "stato costituzionale pluralista", ossia all'interno di un ordinamento in cui, per effetto dell'erompere del pluralismo, si è definitivamente ed irreversibilmente affermata la superiore prescrittività della Costituzione (l'Autore cita sul punto O. CHESSA,

ISSN 2036-7821

rappresentando applicazione diretta della norma fondamentale. E invero, «*se il fondamento del potere sospensivo, a differenza della sua mera disciplina procedurale, non può essere rinvenuto nell'orbita della legge, sia per l'atipicità che contraddistingue il contenuto degli atti* extra ordinem *sia per la portata derogatoria che ne caratterizza gli effetti, allora esso non può che essere cercato nella sfera di precettività di una Costituzione direttamente applicabile come forza regolativa della realtà materiale*». «[S]*ono innanzitutto le norme costituzionali sui diritti e sulle libertà a dover essere applicate in contesti emergenziali, proprio per poter escludere che esse, nello stato di crisi, debbano andare necessariamente incontro ad un annichilimento della propria portata precettiva: l'emergenza funziona, allora, da criterio interpretativo per giungere alla determinazione della misura* ragionevole *in cui le medesime tollerano di essere* sostanzialmente violate, *e quindi allo stesso tempo* residualmente applicate, *per l'adozione degli interventi necessari al superamento dello stato d'eccezione*»[178].

Manca, a mio parere, in questa ricostruzione un passaggio logico-giuridico: perché la norma costituzionale sia direttamente applicabile dall'amministrazione è necessario che quest'ultima si trovi dinanzi ad una lacuna dell'ordinamento. Solo in questa condizione, come si è tentato sin qui di argomentare, l'amministrazione – a ciò autorizzata dalla legge – può individuare ed applicare la regola del caso concreto, ricorrendo ai principi generali dell'ordinamento e – tra questi – ai principi costituzionali.

La mancanza di questo passaggio porta Cardone a conclusioni a mio avviso non condivisibili e che comunque non spiegano il fenomeno del potere amministrativo *extra ordinem* nella sua complessità.

Innanzitutto, la diretta e immediata (nel senso di *non mediata*) applicazione della Costituzione porta l'Autore ad individuare nel Governo il «*titolare del potere* extra ordinem *a livello costituzionale*», in quanto esso è il soggetto che sarebbe comunque competente a dare attuazione a quegli stessi diritti e libertà che, per il fatto di dover essere esercitati nello stato d'emergenza, richiedono l'attivazione di strumenti derogatori. Cardone muove, sul punto, da quella dottrina che legittima sul piano costituzionale il diritto straordinario nell'emergenza osservando che, «*nel caso in cui dovesse mancare una simile attribuzione ed una disciplina siffatta, ciò evidentemente non significa che la Costituzione escluda il fenomeno dell'emergenza, ma occorre determinare in via interpretativa le regole costituzionali dello stato di eccezione, che, in tal caso,*

Libertà fondamentali e teoria costituzionale, Milano, 2022, *passim*. In particolare, la rottura della separazione tra ordine legale ed ordine costituzionale «*spiana la strada all'applicazione diretta della norma fondamentale per la risoluzione dei casi controversi e, più in generale, per la disciplina/regolazione della realtà sostanziale*» - cfr. A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., spec. pp. 348 ss.).

[178] A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., pp. 358-359.

ISSN 2036-7821

verosimilmente, sono le medesime della condizione ordinaria e normale»[179]. Se non si è frainteso il pensiero dell'Autore, il riconoscimento della competenza costituzionale del Governo all'esercizio del potere contingibile e urgente deriverebbe dall'esistenza di una specifica disciplina costituzionale di istituti emergenziali diversi, come la decretazione d'urgenza o lo stato di guerra, che individua appunto nel Governo l'organo competente nelle situazioni di emergenza contemplate dalla Costituzione. In disparte, però, la considerazione che le norme costituzionali evocate dall'Autore citato richiedono sempre il concorso anche del Parlamento, la tesi prospettata non spiega il potere *extra ordinem* – immediatamente attuativo di fini costituzionali in situazioni di emergenza – in capo ad altri organi, quali, il Prefetto, il Sindaco, i Presidenti di Provincia e Regione, gli stessi Ministri della salute e dell'ambiente, che pur membri del Governo non possono essere identificati con esso.

In secondo luogo, in conseguenza delle premesse teoriche poste, l'Autore è costretto a distinguere tra ordinanze di necessità e urgenza *praeter legem* e *contra legem*: le prime opererebbero in assenza di una norma che disciplina il potere, le seconde in presenza di una norma che vieterebbe all'atto di necessità e urgenza di assumere proprio il dispositivo che l'amministrazione giudica necessario per il superamento dello stato d'eccezione. Le ordinanze *praeter legem* non porrebbero problemi di sorta, in quanto «*ogni qual volta la pubblica amministrazione adotta un'ordinanza contingibile ed urgente in mancanza di una previsione legislativa che ne disciplini puntualmente criteri, contenuto e limiti, essa non opera affatto nel "vuoto dell'ordinamento" ma non fa altro che applicare direttamente la Costituzione al caso concreto, bilanciando le norme costituzionali eventualmente confliggenti*». Diversamente, le ordinanze *contra legem* impongono all'autore di «*reimpostare radicalmente la questione degli obblighi di condotta che gravano sulla p.a. a fronte della legge costituzionalmente illegittima*». Osserva Cardone che, «[n]*el delineato contesto, infatti, torna di prorompente attualità l'autorevole, ma scarsamente seguita, proposta di ricondurre il problema della possibile disapplicazione da parte dell'amministrazione della legge non conforme a Costituzione nell'alveo del più generale tema dell'individuazione della regola giuridica che disciplina una data fattispecie concreta; operazione cui la p.a. è tenuta come qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento, prima di porre in essere qualsivoglia determinazione che incida sulla realtà sostanziale*[180]». Pertanto, conclude l'Autore sul punto, «*in caso di ordinanze* extra ordinem *l'autorità amministrativa non opera in spregio del principio di legalità e del dovere di fedeltà alla Repubblica di cui all'art. 54 Cost. ma si limita a disapplicare la norma legislativa in contrasto*

[179] P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988, p. 116, citato in A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., p. 361.

[180] Il riferimento è alla proposta di V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, cit., *passim*.

ISSN 2036-7821

con le norme costituzionali applicabili al caso concreto, quando esso richiede quel determinato provvedimento contingibile ed urgente che la legge non consente di adottare»[181].
Ebbene, se ci si avvede che il potere amministrativo *extra ordinem* legittimato dal fatto emergenziale opera necessariamente – si è detto, per definizione – in assenza di una norma che ponga la regola del caso concreto, limitandosi la disposizione legislativa ad individuare l'autorità amministrativa competente a provvedere, al più delimitando la materia ed indicando la finalità da perseguire, non può non concludersi che tale potere si esplichi sempre *praeter* (mai *contra*) *legem*. Non rileva che la legge vieti la misura ritenuta dall'amministrazione necessaria – che è quanto normalmente avviene, trattandosi (il più delle volte) di misure limitative di libertà garantite dalla Costituzione –; la norma che pone il divieto non opera nella situazione emergenziale, applicandosi, invece, la disposizione legislativa che autorizza l'amministrazione a adottare le misure adeguate per far fronte alla stessa, traendo dai principi generali dell'ordinamento la regola del caso concreto.
Non vi è quindi necessità, per sostenere la legalità costituzionale del carattere – necessariamente – derogatorio del potere *extra ordinem*, di consentire all'amministrazione quanto non è consentito al giudice: la disapplicazione nella norma di legge incostituzionale. L'amministrazione nell'emergenza non disapplica la norma di legge, applica invece la regola del caso concreto che trae dai principi generali dell'ordinamento, in assenza della norma che consenta di far fronte alla situazione emergenziale.
Su questi presupposti, si dissente anche dalla conclusione cui Cardone giunge in ordine al limite della riserva assoluta di legge. Proprio la considerazione dell'Autore che il potere d'ordinanza «*è il canale che può rendersi necessario per l'attuazione dei fini costituzionali in situazioni di emergenza*»[182] dovrebbe indurlo a concludere che, quando queste siano tali da non consentire l'intervento del legislatore, si impone all'amministrazione l'attuazione dei fini costituzionali anche in assenza di legge.

9. *Integrazione piuttosto che deroga alla legislazione vigente*.
La tesi che qui si sostiene circa la natura del potere amministrativo contingibile e urgente, quale applicazione dei principi generali dell'ordinamento in presenza di

[181] A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., pp. 393-409. Le citazioni sono tratte da pp. 393, 397 e 399. Argomenta l'Autore: «[n]*on vi è, infatti, alcuna ragione per escludere che la norma costituzionale, individuata nella sua concreta portata precettiva dell'emergenza, possa fungere non solo da criterio per orientare la selezione della regola super-legislativa da applicare al caso concreto ma anche da parametro per l'esercizio della* Verwefungskompetenz. *E ciò per la fondamentale ragione che una norma legislativa che non consente l'adozione dell'atto contingibile e urgente che sarebbe richiesto dalla norma costituzionale, eccezionalmente declinata in chiave di emergenza come disciplina del caso concreto, non può andare incontro ad un esito negativo della valutazione di compatibilità con la Costituzione formale che l'amministrazione effettua nell'esercizio di quella* Prüfungskompetenz *che non le può in alcun modo essere negata in regime di interpretazione costituzionale diffusa*» (p. 399).
[182] A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., p. 363.

ISSN 2036-7821

lacuna normativa svelata dall'emergenza, conduce alla conclusione che le ordinanze adottate nell'esercizio di tale potere (in genere) non deroghino alla legislazione vigente ma, semmai, la integrino. In definitiva, l'amministrazione – a ciò autorizzata dalla legge – non fa altro che rinvenire nell'ordinamento giuridico la norma della fattispecie desumendola dai principi generali e integrando così il complesso delle disposizioni positive vigenti, rivelatesi prive di quella (o quelle, in combinato disposto tra loro) da cui trarre la regola per affrontare e superare la situazione emergenziale.

Uso il termine "integrazione" nello stesso senso in cui lo usano dottrina[183] e giurisprudenza[184] riferendosi all'*analogia juris*, quale meccanismo di integrazione del diritto in presenza di lacune normative. Si tratta, però, di termine improprio in una prospettiva di teoria generale, in quanto i principi generali sono norme giuridiche a tutti gli effetti e rendono, pertanto, l'ordinamento in sé completo, lasciando all'interprete solo il compito di farne applicazione. In altre parole, l'amministrazione – come il giudice – non "pone" la norma (e, quindi, non integra l'ordinamento), ma la applica, avendola ricavata dai principi generali dell'ordinamento.

Su questi presupposti, le ordinanze contingibili e urgenti, come già evidenziato, non sarebbero mai *contra legem*, ma sempre *praeter legem*.

Questa tesi consente di sciogliere il nodo della compatibilità del potere di ordinanza *extra ordinem* con il sistema costituzionale chiuso delle fonti primarie.

La citata giurisprudenza della Corte costituzionale risolve la questione affermando che le ordinanze di necessità e urgenza «*anche se e quando (eventualmente) normative, non sono certamente ricomprese tra le fonti del nostro ordinamento giuridico; non innovano il diritto oggettivo; né, tanto meno, sono equiparabili ad atti con forza di legge, per il sol fatto di essere eccezionalmente autorizzate a provvedere in deroga alla legge*», ma «*sono provvedimenti amministrativi, soggetti, come ogni altro, ai controlli giurisdizionali esperibili nei confronti di tutti gli atti amministrativi*»[185]. Ora, in disparte l'ossimoro rappresentato da ordinanze (eventualmente) normative non ricomprese tra le fonti del diritto, quella della Corte è affermazione che non elimina la contraddizione di un provvedimento amministrativo legittimo, ancorché derogatorio (e quindi, in violazione) di norme di legge[186]. Detto diversamente: o l'ordinanza di necessità e

[183] Si vedano, oltre al già citato Bobbio, F. MODUGNO, *L'analogia nella logica del diritto*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, pp. 1 ss. (20).

[184] Si veda per la distinzione tra analogia in generale e interpretazione, Cons. Stato, sez. IV, 1° dicembre 2021, n. 8012, (IT:CDS:2021:8012SENT), punto 10.5.1.1.: «*l'interpretazione analogica attiene ai metodi di integrazione del diritto (ed è quindi, secondo talune ricostruzioni, un atto di costruzione normativa), mentre l'interpretazione (anche) estensiva rientra nei metodi interpretativi propriamente detti*».

[185] Corte Cost. n. 4/1977, cit.

[186] Osserva G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., p. 112, che l'affermazione della Corte, «*indubbiamente intrisa di perplessità, è la conferma della difficoltà di conciliare la deroga alla legge disposta tramite atto amministrativo con i principi in tema di rapporti tra fonti*».

ISSN 2036-7821

urgenza ha natura normativa (ed è quindi fonte del diritto) autorizzata – o delegata – dalla legge a derogare alla legge stessa[187] o è provvedimento amministrativo, ma in tal caso non potrebbe introdurre deroghe al diritto vigente, se non in forza di disposizione legislativa che non si risolva in mera autorizzazione, ma – analogamente a quanto avviene, in ragione dell'art. 17, comma 2, l. n. 400/1988, per le leggi di delegificazione – definisca compiutamente criteri ed ambito della deroga[188].
Autorevole dottrina osserva che, a ben riflettere, «*le ordinanze contingibili e urgenti non operano una* deroga *al diritto vigente: concetto che, oltre alla natura normativa dell'atto, dovrebbe implicare il fenomeno della sottrazione, dall'ambito di efficacia di una regola giuridica, di una situazione o di un rapporto rispondente ad una* ratio *diversa (o* ratio derogandi*), ma pur sempre riconducibile a quella della norma derogata, secondo lo schema specie a genere. Le ordinanze, invero, sono autorizzate per legge a* porre una misura eccezionale in relazione ad una situazione *extra ordinem: la razionalità-legittimità delle ordinanze contingibili e urgenti sta tutta in questa situazione* extra ordinem»[189].
Sennonché, anche il lemma "eccezione" – usato dalla dottrina appena citata per qualificare la misura emergenziale – esprime, al pari della deroga, un concetto di relazione[190]: relazione che avrebbe per altro termine la regola, senza la quale l'eccezione non potrebbe concettualmente darsi[191]. E invero, la norma eccezionale si distingue dalla deroga solo per il carattere singolare della norma (quale *jus singulare*)[192], rimanendo pertanto irrisolto il tema della compatibilità con il sistema delle fonti e con il principio di legalità dell'atto amministrativo che operasse un'eccezione rispetto alla legislazione vigente.

---

[187] Fonte normativa che va in tensione con la nota teoria per cui, in un ordinamento costituzionale a costituzione rigida, la legge ordinaria non può validamente istituire, senza idonea copertura costituzionale, fonti "concorrenziali" rispetto a sé medesima, cioè dotate della stessa forza. Si veda per tale teoria V. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1990, p. 5; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 126, e L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 348. Tale teoria può, però, ritenersi superata dal dato positivo della disciplina, con l. n. 400/1988, dei regolamenti di delegificazione.

[188] Ciò che a mio avviso avviene, come, si vedrà, per le ordinanze contingibili e urgenti in materia ambientale disciplinate dall'art. 191 del d.lgs. n. 152/2006.

[189] A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2018, p. 2019.

[190] Si veda sul punto S. PUGLIATTI, *Eccezione (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 151.

[191] E in tale senso la norma eccezionale è intesa dal legislatore, laddove dispone che le leggi penali e quelle che *fanno eccezione a regole generali* non si applicano oltre i casi e i tempi in sé considerati (art. 14 disp. prel. cod. civ.).

[192] Tant'è che lo stesso Autore così tratteggia la distinzione tra deroga e norma eccezionale: «*mentre la norma derogatoria è in rapporto ad una norma generale nel senso che la* ratio derogandi *è pur sempre riconducibile a quella della norma derogata, una eccezione riguarda un caso specifico sorretto da una* ratio *esclusiva e singolare. Ad es: tutti i cittadini italiani votano in Italia (norma generale: art. 48.1 cost.), mentre i cittadini residenti all'estero, nello stato di residenza (norma in deroga: art. 48.3 cost.), fa eccezione, però, il caso dei membri e dei discendenti della reale casa Savoia, che non sono elettori in Italia (XIII disp. fin. Cost.)*». L'Autore segnala, altresì, che in concreto, tuttavia, «*la distinzione tra norma in deroga e norma eccezionale tende a sfumare*», ancorché assuma un «*certo rilievo nel caso delle ordinanze contingibili e urgenti*» (cfr. A. MORRONE, *Fonti normative*, cit., p. 60).

ISSN 2036-7821

Diverso è a dirsi se il lemma "eccezione" viene riferito alla situazione di emergenza – come tale, *eccezionale* –, che, rivelando l'inadeguatezza della legislazione vigente, impone all'amministrazione di non tener conto di questa e di trarre dai principi generali la regola da applicare. Questa sarà solo apparentemente *derogatoria* della (o *eccezionale* rispetto alla) legislazione risultata inadeguata, ma sarà in realtà applicativa della norma desunta dai principi generali.

In ciò sta la "straordinarietà" (*extra ordinem*) del potere di ordinanza contingibile e urgente: non nell'essere *extraneus* all'ordinamento – essendo invece previsto da norme di legge[193] –, ma nella eccezionalità della situazione nella quale si esplica, tale da svelare l'assenza di *precise disposizioni* adeguate a fondare l'azione dell'amministrazione e da indurre questa a ricorrere ai principi generali dell'ordinamento per assicurare il conseguimento dell'intesse pubblico concreto ad essa affidato.

La tesi che qui si sostiene parrebbe in contraddizione con l'art. 42 del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33[194] - laddove dispone in via generale che le pubbliche amministrazioni che adottano provvedimenti contingibili e urgenti pubblicano i provvedimenti adottati, «*con la indicazione espressa delle norme di legge eventualmente derogate e dei motivi della deroga*» -, con l'art. 191 del codice dell'ambiente - che, con riferimento alle ordinanze in materia ambientale, parla di «*deroga alle disposizioni vigenti*» - e – salvo quanto si dirà *infra* – con il codice della protezione civile, il cui art. 25 disciplina le ordinanze (anche) in deroga alla legge[195]. Si tratta, però, a mio avviso di contraddizione solo apparente. Quanto sin qui sostenuto non esclude che le ordinanze contingibili e

[193] L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 53, giudica impropria la qualificazione di *extra ordinem* delle ordinanze contingibili e urgenti, essendo queste previste dall'ordinamento.

[194] L'art. 42 del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, di riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, ha disposto in via generale obblighi di pubblicazione concernenti gli interventi straordinari e di emergenza che comportano deroghe alla legislazione vigente, statuendo che 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 al codice della protezione civile 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 per gli interventi e il costo effettivo sostenuto dall'amministrazione.

[195] La contraddizione è rilevata da C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, cit., pp. 327-328, nt. 14, con riferimento alle ordinanze di protezione civile disciplinate dalla l. n. 225/1992. L'Autore ritiene non possa esservi terza soluzione rispetto alla seguente alternativa: «*o si ritiene che il potere di ordinanza sia ammissibile in quanto previsto dalla legge, e si tratterà allora di accertare se la legge ne circoscriva a sufficienza l'uso in modo da renderlo compatibile col principio di legalità, oppure è inevitabile ricorrere alla risalente configurazione della necessità come fonte del diritto implicita in quelle prospettazioni che si basano sulla sussistenza di lacune colmabili solo in via di eterointegrazione per giustificare il potere di ordinanza, il che, anche lasciando da parte consolidate obiezioni, non spiegherebbe perché la legge del 1992* [sulla protezione civile] *autorizzi le ordinanze a disporre "in deroga ad ogni disposizione vigente"*».

ISSN 2036-7821

urgenti possano derogare alla legislazione vigente, ma richiede che ciò avvenga sulla base non di una mera autorizzazione legislativa, dovendo il legislatore definire l'ambito di intervento e i criteri del provvedimento in deroga, perché questa possa imputarsi alla legge che l'autorizza.

È ciò che avviene con l'art. 191 citato, il quale lungi dal limitarsi ad autorizzare l'adozione di provvedimenti contingibili e urgenti, ne delimita rigorosamente l'ambito di applicazione[196], oltre a disciplinarne nel dettaglio il relativo procedimento[197] e fissarne il termine massimo di efficacia[198]. In particolare, la norma, qualora si verifichino situazioni di eccezionale ed urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente e non si possa altrimenti provvedere, consente ai Presidenti di Regione e Provincia e al Sindaco di adottare ordinanze contingibili e urgenti per consentire «*il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti*», anche in deroga alle disposizioni vigenti, nel rispetto, comunque, delle disposizioni contenute nelle direttive dell'Unione europea e garantendo un elevato livello di tutela della salute e dell'ambiente. L'oggetto delle ordinanze è, quindi, circoscritto alle *forme di gestione dei rifiuti* e le norme derogabili sono quelle che disciplinano le stesse.

Morbidelli, assumendo la natura (anche) normativa delle ordinanze contingibili e urgenti, riferisce ad esse lo schema del regolamento delegificante, in cui la legge autorizza il Governo a regolare materie coperte da disposizioni legislative, le quali però vengono ad essere abrogate per effetto dell'entrata in vigore del regolamento stesso, ma in forza della legge che autorizza la potestà regolamentare. Lo stesso Autore, però, riconosce che «*a seguire il parallelismo con l'art. 17, comma 2°, l. 23 agosto 1988, n. 400, manca la determinazione delle norme generali regolatrici della materia e manca anche la indicazione della materia e dunque delle leggi "cedevoli"* », ma ritiene tali carenze superabili ove si tenga conto che lo scopo di detta predeterminazione, funzionale al rispetto del principio di legalità e di confinamento della discrezionalità, viene allo stesso modo perseguita attraverso l'obbligo di osservare i principi generali, tra cui quello di proporzionalità, di adeguatezza, di completezza istruttoria, nonché, e soprattutto, «*attraverso una indicazione del campo di applicazione, e dunque per tale tramite*

[196] Il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti.

[197] Le ordinanze sono adottate, su parere degli organi tecnici o tecnico-sanitari locali, che si esprimono con specifico riferimento alle conseguenze ambientali, dal Presidente della Giunta regionale, dal Presidente della Provincia e dal Sindaco, nell'ambito delle rispettive competenze, e sono comunicate entro tre giorni dall'emissione al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro dell'ambiente, al Ministro della salute, al Ministro delle attività produttive, al Presidente della Regione e all'autorità d'ambito del servizio idrico integrato e, se consentono il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti pericolosi, anche alla Commissione dell'Unione europea. Le ordinanze indicano le norme cui si intende derogare.

[198] Le ordinanze hanno efficacia per un periodo non superiore a sei mesi e possono essere reiterate per un periodo non superiore a 18 mesi per ogni speciale forma di gestione dei rifiuti. Qualora ricorrano comprovate necessità, il Presidente della Regione, d'intesa con il Ministro dell'ambiente, può adottare, dettando specifiche prescrizioni, tali ordinanze anche oltre i detti termini.

ISSN 2036-7821

delle norme interessate dalla deroga»[199]. Sennonché, tali condizioni e requisiti sono sicuramente presenti nel codice della protezione civile e nell'art. 191 del codice dell'ambiente, non anche nell'art. 2 del t.u.l.p.s., nell'art. 32 della l. n. 833/1978 e negli artt. 50 e 54 del t.u.e.l., ove con concetti indeterminati vengono indicate solo le finalità da perseguire.

L'Autore citato inoltre – riprendendo la tesi della "riserva di procedimento", sviluppata in altro scritto[200], che ha di recente ricevuto l'avallo di importante giurisprudenza costituzionale[201] – indica nel "metodo" del procedimento amministrativo, e in specie nella conseguenzialità logica tra istruttoria e motivazione, la struttura idonea ad inverare il principio di legalità anche per le ordinanze contingibili e urgenti, tanto da affermare che «*le norme derogate con provvedimento amministrativo vanno intese come norme cedevoli "per effetto di procedimento", e la cedevolezza ha fonte nella legge*».

E però, le ragioni dell'urgenza possono elidere le garanzie procedimentali, escludendo – così come consente l'art. 7 della l. n. 241/1990 – la partecipazione e, quindi, la completa acquisizione degli interessi da contemperare, e comprimendo la stessa istruttoria, fino a giustificare – come lo stesso Autore citato ammette[202] – la forma orale del provvedimento, da regolarizzare per iscritto solo in un successivo momento.

In realtà, l'analisi della dottrina corrente appare viziata da un errore di prospettiva: il guardare alle ordinanze contingibili e urgenti avendo come parametro la legge sulla protezione civile, considerata «*vera legge quadro dell'istituto "ordinanze libere", sicché tali regole si impongono su ogni categoria di ordinanze di tal genere*»[203]. Ma, come cercherò di argomentare nel paragrafo che segue, il sistema della protezione civile è teleologicamente alternativo alle ordinanze contingibili e urgenti – ancorché di queste difficilmente nella prassi possa fare a meno –, in quanto la gestione dell'emergenza – nella quale trovano ingresso le ordinanze di protezione civile – è intimamente connessa alla prevenzione, ovvero alla pianificazione, in tempo ordinario, della risposta all'evento emergenziale, sia in termini di procedure operative che in termini di strutture da attivare.

---

[199] G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., pp. 117-118.

[200] G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit..

[201] Corte Cost. 5 aprile 2018, n. 69, (IT:COST:2018:69); 28 febbraio 2019, n. 28, (IT:COST:2019:28); 23 giugno 2020, n. 116, (IT:COST:2020:116); 13 maggio 2022, n. 121, (IT:COST:2022:121) e 26 aprile 2022 n. 186, (IT:COST:2022:186), citate.

[202] Cfr. G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., p. 97. L'Autore cita sul punto M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, cit., p. 680, nt. 151, e G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, cit., p. 2196, secondo cui «*a seguire coerentemente la logica dell'emergenza, la forma scritta è la regola, che può essere derogata, in via provvisoria, se l'emergenza è tale da giustificarla, e sempre che vi sia una regolarizzazione in forma scritta non appena è possibile*».

[203] G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., p. 121.

ISSN 2036-7821

10. *Il sistema della protezione civile*.

Il Servizio nazionale di protezione civile è disciplinato dal relativo codice, introdotto con d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1[204], con la finalità di riordinare e ricondurre ad un'unita` di sistema le numerose norme che in materia si sono succedute nel tempo[205].

Il servizio è stato istituito con l. 24 febbraio 1992, n. 225, con la quale il legislatore statale ha superato il precedente modello centralizzato[206], per una organizzazione diffusa a carattere policentrico[207].

---

[204] Sul codice della protezione civile si vedano: P. LAZZARA, *Protezione civile*, in *Enciclopedia del diritto – I tematici*, vol. III, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, pp. 961 ss.; A. CONZUTTI, Quandoque bonus dormitat codex? *La strana "quiescenza" del consolidato sistema di protezione civile*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021, pp. 393 ss.; G. RAZZANO, *Il Codice della Protezione Civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario*, in *Consulta on line*, 17 marzo 2020; V. PEPE, *La gestione dei rischi nel codice della protezione civile. Brevi note sul sistema italiano e francese*, in *federalismi.it*, 8 gennaio 2020; S. PALUMBO, *Ordinanze in materia di protezione civile, tra potere di urgenza e urgenza di potere*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2020, pp. 375 ss.; U. ALLEGRETTI, *Il Codice della protezione civile (d.lg. 2 gennaio 2018, n. 1)*, in *Aedon*, 2018; S. CIMINI, *I soggetti del sistema: intreccio di competenze e regolazione delle emergenze*, in L. GIANI-M.D'ORSOGNA-A.POLICE, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018, pp. 99 ss..

[205] Il nuovo codice è stato adottato in forza della l. 16 marzo 2017, n. 30, recante delega legislativa al Governo a adottare uno o più decreti legislativi di ricognizione, riordino, coordinamento, modifica e integrazione delle disposizioni legislative vigenti che disciplinano il Servizio nazionale della protezione civile e le relative funzioni, in base ai principi di leale collaborazione e di sussidiarietà e nel rispetto dei principi e delle norme della Costituzione e dell'ordinamento dell'Unione europea. Tra i criteri direttivi anche l'esplicita previsione che i decreti legislativi – allo scopo di evitare il ripetersi di prassi tenute nel passato – devono identificare le tipologie dei rischi per i quali si esplica l'azione di protezione civile con la precisazione che non rientrano nell'azione di protezione civile gli interventi per eventi programmati o programmabili in tempo utile che possano determinare criticità organizzative. Il codice è stato modificato puntualmente attraverso il d.l. 28 settembre 2018, n. 109 e il d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (convertiti in legge, rispettivamente, con l. 19 novembre 2018, n. 130 e l. 14 giugno 2019, n. 55), finalizzati alla semplificazione e all'accelerazione delle procedure emergenziali di maggiore impatto. Inoltre, a due anni dall'entrata in vigore, è stato adottato il primo correttivo, con d.lgs. 6 febbraio 2020, n. 4 (in forza dell'art. 1, comma 7, della legge delega).

[206] La storia della protezione civile nel nostro Paese ha origini più antiche ed ha la sua prima norma nel decreto del Ministro dei lavori pubblici n. 2398 del 1926. La prima disciplina organica è stata introdotta con legge 8 dicembre 1970, n. 996 e con il relativo regolamento attuativo, adottato con d.P.R. 6 febbraio 1981, n. 66, solo a seguito del terremoto dell'Irpinia. Per la ricostruzione del sistema precedente alla legge del 1992 si veda M. DI RAIMONDO, *Protezione civile*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, Milano, 1988, pp. 494 ss..

[207] Cfr. in questi termini Corte Cost. 30 ottobre 2003, n. 327. Osserva a questo proposito S. MANGIAMELI, *Lo stato di emergenza e le competenze regionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4/2006, pp. 2926B ss., che il sistema della protezione civile, pur permanendo la competenza esclusiva dello Stato «*ha, quanto agli interventi concreti, un andamento a cascata e, perciò, è rappresentabile funzionalmente, sulla base della teoria dell'analisi economica del diritto, applicata al federalismo* (Posner)*, come una piramide: più aumenta l'intensità dell'evento calamitoso e più la competenza si sposta verso l'alto; determinante è, in tal senso, il rapporto tra dimensione dell'evento e ambito di efficacia della competenza*». E invero, ai sensi della l. n. 225/1992, più volte novellata negli anni, le diverse competenze e responsabilità per gli interventi di protezione civile sono state definite in base a tre diverse tipologie di "eventi": eventi fronteggiabili mediante interventi degli enti e delle amministrazioni competenti in via ordinaria; eventi che comportino l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni competenti in via ordinaria; calamita` naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità ed estensione, richiedano mezzi e poteri straordinari. Con interventi normativi, che si sono succeduti nel tempo, sono state poi individuate competenze e responsabilità rispettivamente dello Stato, delle Regioni e degli enti locali in funzione della tutela delle collettività interessate. In particolare, alle Regioni

ISSN 2036-7821

Il d.lgs. n. 1/2018 fissa il quadro generale dei principi fondamentali e degli indirizzi della materia, divenuta, con la riforma del 2001 del titolo V della Costituzione, di competenza legislativa concorrente tra Stato e Regioni[208].

Il nuovo codice definisce la funzione di protezione civile l'«*insieme delle competenze e delle attività volte a tutelare la vita, l'integrità fisica, i beni, gli insediamenti, gli animali e l'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo*»[209] e la articola nelle attività volte alla previsione, prevenzione e mitigazione dei rischi, gestione delle emergenze e loro superamento[210].

I quattro ambiti di attività in cui si esplica la funzione di protezione civile sono puntualmente definiti.

In particolare, la previsione consiste nell'insieme delle attività dirette alla identificazione e allo studio, anche dinamico, degli scenari di rischio[211] possibili, per

---

sono state affidate le attivita` di previsione e prevenzione, senza distinzione di tipologia di eventi (art. 108, comma 1, lettera *a*), del d.lgs. n. 112 del 1998), da esercitare, in ossequio ai principi di sussidiarietà, cooperazione e adeguatezza, tenendo conto degli indirizzi operativi predisposti dal Presidente del Consiglio dei Ministri, ovvero dal Ministro dell'interno da lui delegato, d'intesa con le Regioni stesse e gli enti locali, nonché dell'attivita` consultiva e propositiva della Commissione nazionale per la previsione e la prevenzione dei grandi rischi, degli indirizzi e dei criteri generali formulati dal Dipartimento della Protezione Civile (art. 107 del d.lgs. n. 112 del 1998 e art. 5, commi 2, 3-*bis*, 4-*ter* e 5, del decreto-legge n. 343 del 2001, convertito nella legge n. 401 del 2001). Alle Province e ai Comuni e` stata affidata l'attuazione dei relativi programmi regionali. Per l'attivita` di gestione dell'emergenza, inoltre, e` stata prevista una competenza dello Stato per i soli eventi di natura straordinaria (ovvero calamita` naturali o connesse con l'attivita` dell'uomo che, in ragione della loro intensità ed estensione, avrebbero dovuto, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo), a fronte dei quali lo Stato, d'intesa con le Regioni, deliberava e revocava lo stato di emergenza, emanava le ordinanze per l'attuazione degli interventi di emergenza, predisponeva i piani di emergenza e la loro attuazione (Art. 107 del d.lgs. n. 112 del 1998 e art. 5, comma 4-*bis*, del decreto-legge n. 343 del 2001, convertito nella legge n. 401 del 2001). L'intervento statale era ammesso solo nel caso in cui l'intensità degli eventi calamitosi fosse tale da superare le capacita` di risposta operativa di Regioni ed enti locali, ancorché la gravita` degli eventi calamitosi, nonché l'intrinseca difficolta` delle operazioni di soccorso e l'immediatezza con cui le stesse dovessero essere poste in atto, poteva coinvolgere tutte le amministrazioni pubbliche. Sulla l. n. 225/1992 e le relative novelle si vedano: L. GIAMPAOLINO, *Il servizio nazionale di protezione civile. Commento alla legge 24 febbraio 1992, n. 225*, Milano, 1993; C. MEOLI, *La protezione civile*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1998, pp. 831 ss..

[207] ID., *Il sistema della protezione civile dopo le modifiche del 2001*, *ivi*, 2002, pp. 716 ss.; V. PEPE, *Il diritto della protezione civile*, Milano, 1996; R. MAYER, *La protezione civile*, in M. STIPO (a cura di), *Il nuovo modello di autonomie territoriali*, Rimini, 1998, pp. 467 ss..

[208] Ancorché la Corte costituzionale avesse già qualificato come principi fondamentali della materia quelli posti dalla l. n. 225/1992, nonostante fossero stati introdotti con disposizioni anteriori alla revisione costituzionale (cfr. Corte Cost. 4 luglio 2006, n. 284, (IT:COST:2006:284), commentata da S. MANGIAMELI, *Lo stato di emergenza e le competenze regionali*, cit., pp. 2926B ss.).

[209] Art. 1, comma 1. Il codice inserisce tra i destinatari della tutela anche gli animali, in linea con la maturazione di una coscienza giuridica che porterà di lì a poco – con legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1 – a inserire la tutela degli animali (riservata a legge dello Stato) nell'art. 9 Cost..

[210] Art. 2.

[211] La direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 30 aprile 2021 definisce lo scenario di rischio «*il prodotto integrato di una attivita` descrittiva, accompagnata da cartografia esplicativa, e di una attivita` valutativa relativamente agli effetti che possono essere determinati sull'uomo, sui beni, sugli insediamenti, sugli animali e sull'ambiente, dall'evoluzione nello spazio e nel tempo di un evento riconducibile ad una o piu` delle tipologie di rischio di cui*

ISSN 2036-7821

le esigenze di allertamento del Servizio nazionale, ove possibile, e per quelle di pianificazione della protezione civile. Caratterizzante tale ambito di attività è la valutazione del rischio, da condursi con metodo scientifico e con il concorso di soggetti dotati della relativa competenza[212]. Rilevante è il mutamento di prospettiva nella definizione degli scenari di rischio: non più *probabili*, come prescriveva la l. n. 225/1992[213], ma *possibili*; il che impone un innalzamento della soglia di attenzione ed ampliamento dello spettro di eventi rispetto ai quali apprestare strumenti di prevenzione e di mitigazione.

Il codice, su precisa direttiva della legge delega, identifica le tipologie di rischi in cui si esplica l'azione del Servizio nazionale di protezione civile[214] e sancisce che «*non rientrano nell'azione di protezione civile gli interventi e le opere per eventi programmati o programmabili in tempo utile che possono determinare criticità organizzative*», con ciò consolidando l'esclusione dall'ambito della protezione civile dei c.d. grandi eventi, già operata con la riforma del 2012[215].

La prevenzione consiste nell'insieme delle attività – "non strutturali"[216] e "strutturali" [217] –, svolte anche in forma integrata, dirette a evitare o a ridurre la possibilità che si verifichino danni conseguenti a eventi calamitosi.

---

al Codice, articolo 16, comma 1, ovvero: sismico, vulcanico, da maremoto, idraulico, idrogeologico, da fenomeni meteorologici avversi, da deficit idrico e da incendi boschivi. Tra dette tipologie possono rientrare i fenomeni valanghivi, le mareggiate e i possibili eventi legati alla presenza di dighe».

[212] Nell'ambito delle attività di previsione e prevenzione, il capo IV del codice definisce e valorizza il ruolo della comunità scientifica (art. 19), la Commissione Grandi Rischi – organo di consulenza tecnico-scientifica del Dipartimento della Protezione Civile (art. 20) e i centri di competenza e collaborazione con gli organismi competenti in materia di ricerca (art. 21).

[213] Art. 3, comma 2.

[214] Art. 16. Le tipologie di rischi sono: sismico, vulcanico, da maremoto, idraulico, idrogeologico, da fenomeni metereologici avversi, da deficit idrico e da incendi boschivi. Per gli incendi boschivi sono fatte salve le competenze organizzative e di coordinamento previste dalla relativa legge quadro, 21 novembre 2000, n. 353. Inoltre, ferme restando le competenze dei soggetti ordinariamente individuati ai sensi della normativa di settore e le conseguenti attività, l'azione del Servizio è suscettibile di esplicarsi, altresì, per le seguenti tipologie di rischi: chimico, nucleare, radiologico, tecnologico, industriale, da trasporti, ambientale, igienico-sanitario e da rientro incontrollato di oggetti e detriti spaziali.

[215] L'art. 1, comma1, d.l. 15 maggio 2012, n. 59 ha sostituito la lettera *c*) dell'art. 2, comma 1, della l. n. 225/1992, la quale originariamente era del seguente tenore: «*calamità naturali, catastrofi o* altri eventi *che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari*». L'art. 16, comma 3, del d.lgs. n. 1/2018 espressamente dispone che «[n]*on rientrano nell'azione di protezione civile gli interventi e le opere per eventi programmati o programmabili in tempo utile che possono determinare criticità organizzative, in occasione dei quali le articolazioni territoriali delle componenti e strutture operative del Servizio nazionale possono assicurare il proprio supporto, limitatamente ad aspetti di natura organizzativa e di assistenza alla popolazione, su richiesta delle autorità di protezione civile competenti, anche ai fini dell'implementazione delle necessarie azioni in termini di tutela dei cittadini*».

[216] Art. 2, comma 4: a) l'allertamento del Servizio nazionale, articolato in attività di preannuncio in termini probabilistici, ove possibile e sulla base delle conoscenze disponibili, di monitoraggio e di sorveglianza in tempo reale degli eventi e della conseguente evoluzione degli scenari di rischio; b) la pianificazione di protezione civile, come disciplinata dall'articolo 18; c) la formazione e l'acquisizione di ulteriori competenze professionali degli operatori del Servizio nazionale; d) l'applicazione e l'aggiornamento della normativa tecnica di interesse; e) la diffusione della conoscenza e della cultura della protezione civile, anche con il coinvolgimento delle istituzioni

ISSN 2036-7821

Centrale nell'attività di prevenzione è la pianificazione, attività di sistema che deve essere svolta congiuntamente da tutte le amministrazioni, ai diversi livelli territoriali, per la preparazione e la gestione delle attività di protezione civile, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza[218].

Le Regioni, con i propri piani, devono individuare gli ambiti territoriali ottimali e connessi criteri organizzativi[219] e definire gli indirizzi per la predisposizione, la revisione e valutazione periodica dei piani di ambito[220]. Questi ultimi individuano le risorse disponibili e ne garantiscono l'ottimizzazione dell'impiego ai fini dell'efficace gestione delle emergenze, individuando altresì le modalità di supporto ai Comuni nella gestione delle stesse. In tal senso, i piani d'ambito sono necessariamente parti

---

scolastiche, allo scopo di promuovere la resilienza delle comunità e l'adozione di comportamenti consapevoli e misure di autoprotezione da parte dei cittadini; f) l'informazione alla popolazione sugli scenari di rischio e le relative norme di comportamento nonché sulla pianificazione di protezione civile; g) la promozione e l'organizzazione di esercitazioni ed altre attività addestrative e formative, anche con il coinvolgimento delle comunità, sul territorio nazionale al fine di promuovere l'esercizio integrato e partecipato della funzione di protezione civile, che possono prevedere scambi di personale delle componenti territoriali e centrali per fini di aggiornamento, formazione e qualificazione del personale addetto ai servizi di protezione civile; h) le attività di cui al presente comma svolte all'estero, in via bilaterale, o nel quadro della partecipazione dell'Italia all'Unione europea e ad organizzazioni internazionali, al fine di promuovere l'esercizio integrato e partecipato della funzione di protezione civile; i) le attività volte ad assicurare il raccordo tra la pianificazione di protezione civile e la pianificazione territoriale e le procedure amministrative di gestione del territorio per gli aspetti di competenza delle diverse componenti.

[217] Art. 2, comma 5: a) la partecipazione all'elaborazione delle linee di indirizzo nazionali e regionali per la definizione delle politiche di prevenzione strutturale dei rischi naturali o derivanti dalle attività dell'uomo e per la loro attuazione; b) la partecipazione alla programmazione degli interventi finalizzati alla mitigazione dei rischi naturali o derivanti dall'attività dell'uomo e alla relativa attuazione; c) l'esecuzione di interventi strutturali di mitigazione del rischio in occasione di eventi calamitosi, in coerenza con gli strumenti di programmazione e pianificazione esistenti; d) le azioni integrate di prevenzione strutturale e non strutturale per finalità di protezione civile di cui all'articolo 22.

[218] L'art. 18 del codice definisce la pianificazione di protezione civile ai diversi livelli territoriali come «*l'attività di prevenzione non strutturale, basata sulle attività di previsione e, in particolare, di identificazione degli scenari di cui all'articolo 2, comma 2, finalizzata: a) alla definizione delle strategie operative e del modello di intervento contenente l'organizzazione delle strutture per lo svolgimento, in forma coordinata, delle attività di protezione civile e della risposta operativa per la gestione degli eventi calamitosi previsti o in atto, garantendo l'effettività delle funzioni da svolgere con particolare riguardo alle persone in condizioni di fragilità sociale e con disabilità, in relazione agli ambiti ottimali di cui all'articolo 11, comma 3, definiti su base provinciale; b) ad assicurare il necessario raccordo informativo con le strutture preposte all'allertamento del Servizio nazionale; c) alla definizione dei flussi di comunicazione tra le componenti e strutture operative del Servizio nazionale interessate; d) alla definizione dei meccanismi e delle procedure per la revisione e l'aggiornamento della pianificazione, per l'organizzazione di esercitazioni e per la relativa informazione alla popolazione, da assicurare anche in corso di evento*».

[219] L'ambito territoriale e organizzativo ottimale è un'innovazione del codice, il quale impone siano definiti i confini geografici dell'ambito e, contestualmente, i criteri organizzativi dello stesso, mediante anche l'individuazione degli enti responsabili per le attività di pianificazione e gestione delle emergenze.

[220] Art. 11, comma 1. Inoltre, le Regioni, ai sensi del comma 3 dello stesso articolo, favoriscono l'individuazione del livello ottimale di organizzazione di strutture di protezione civile a livello territoriale al fine di garantire l'effettività delle funzioni di protezione civile, individuando le forme, anche aggregate, per assicurarne la continuità sull'intero territorio, nonché l'organizzazione di modalità di supporto per gli interventi da porre in essere in occasione di emergenze, ivi inclusa l'organizzazione dei presidi territoriali.

ISSN 2036-7821

integranti del piano di protezione civile provinciale, che deve includere le pianificazioni di tutti gli ambiti di competenza e deve altresì garantire il coordinamento tra le misure previste dalle stesse, al fine di favorire il raccordo tra i diversi ambiti e assicurare l'uniformità della pianificazione a livello provinciale[221].
Il codice prescrive, inoltre, che la pianificazione "ordinaria" del territorio (i piani e i programmi di gestione e tutela e risanamento del territorio e gli altri ambiti di pianificazione strategica territoriale) sia coordinata con i piani di protezione civile, al fine di assicurarne la coerenza con gli scenari di rischio e le strategie operative ivi contenuti[222], marcando così – anche per tale profilo – la trasformazione del diritto dell'emergenza in un sistema stabile di pianificazione e di valutazione tecnico-scientifica del rischio[223], avviata già con la legge del 1992[224].
Nell'ambito dell'attività di prevenzione dei rischi svolgono un ruolo rilevante i sistemi di allertamento, articolati anch'essi sia a livello nazionale che regionale e costituiti dagli strumenti, dai metodi e dalle modalità stabiliti per sviluppare e

[221] La direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 30 aprile 2021 definisce il piano di protezione civile «*lo strumento necessario ad accrescere in tempo ordinario la consapevolezza del rischio, organizzare e porre a fattor comune le risorse umane e strumentali disponibili, "costruire" capacita` e professionalità e garantire il raccordo tra diverse amministrazioni e enti, sulla base di una strategia condivisa. Un piano di protezione civile non e` quindi solo l'insieme delle procedure operative di intervento in caso di emergenza, ma anche lo strumento attraverso cui definire l'organizzazione operativa della struttura di protezione civile per lo svolgimento delle attivita` di cui all'articolo 2 del Codice*».

[222] Art. 18, comma 3.

[223] In tale prospettiva il Dipartimento della Protezione Civile assicura il coordinamento e la gestione di piani di azioni integrate di prevenzione strutturale, limitate alle strutture e infrastrutture di proprietà pubblica, e non strutturale, volti al complessivo miglioramento della gestione delle emergenze e, più in generale, alla riduzione dei rischi. Sul punto è però severo il giudizio della Sezione Consultiva per gli Atti Normativi del Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema del decreto (parere n. 2647/2017): «*dall'esame complessivo del testo non emerge una decisa azione legislativa sulla prevenzione dei rischi e non risulta neppure un sistema di monitoraggio successivo dei risultati. Come e` noto, invece – e come riconosce la stessa documentazione di accompagnamento – una parte degli "eventi di protezione civile" potrebbe anche essere scongiurata attraverso un'azione programmata e incisiva volta a radicare nella collettività la cultura della prevenzione dei rischi. Tale disciplina, pur se in astratto ricompresa nel testo unico in esame, non appare ancora adeguata in termini di efficacia, di effettività, di fattibilità, di verifica ex post delle attivita` messe in campo. Si suggerisce, dunque, di intervenire per introdurre disposizioni ad hoc in tal senso, senza dimenticare poi la necessita`, in linea con gli standard nazionali e internazionali, di monitorarne i risultati*». Sul tema della trasformazione del diritto dell'emergenza in diritto del rischio si vedano L. GIANI-M. D'ORSOGNA-A. POLICE, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, cit., e A. BARONE, *Il diritto del rischio*, II ed., Milano, 2006.

[224] È con la l. n. 225/1992 che nasce in Italia un nuovo sistema di protezione civile, fondato sulla previsione e prevenzione dei disastri naturali o connessi con l'attività dell'uomo oltre che su una adeguata organizzazione dell'attività di soccorso. U. ALLEGRETTI, *Il Codice della protezione civile*, cit., p. 3, critica il codice per la mancata menzione dell'uso della tecnica della microzonazione sismica come strumento di prevenzione che deve procedere la pianificazione. A mio parere il codice non poteva scendere a tale livello di dettaglio, ricompreso comunque nel necessario coordinamento della pianificazione di protezione civile con la pianificazione strategica territoriale. Tant'è che la direttiva del d.P.C.M. del 30 aprile 2021 richiede che «[l]*a redazione del piano di protezione civile prevede l'elencazione delle cartografie e dei dati informativi riguardanti i rischi presenti sul territorio, la documentazione già esistente (le mappe della pericolosità sismica per diversi periodi di ritorno, gli studi di microzonazione sismica, la Condizione Limite per l'Emergenza (CLE), laddove disponibile, le mappe del rischio idrogeologico e idraulico, le mappe delle Autorità di Distretto Idrografico e delle Regioni – Piani di Assetto Idrogeologico, i Piani di Gestione del Rischio Alluvioni) e le mappe contenute all'interno di altre pianificazioni di protezione civile*».

ISSN 2036-7821

acquisire la conoscenza, le informazioni e le valutazioni, in tempo reale, relative, ove possibile, al preannuncio in termini probabilistici, al monitoraggio e alla sorveglianza, in tempo reale, degli eventi e della conseguente evoluzione degli scenari di rischio, al fine di attivare il Servizio nazionale della protezione civile ai diversi livelli territoriali[225].
La gestione dell'emergenza consiste nell'insieme, integrato e coordinato, delle misure e degli interventi diretti ad assicurare il soccorso e l'assistenza alle popolazioni colpite dagli eventi calamitosi e agli animali e la riduzione del relativo impatto, anche mediante la realizzazione di interventi indifferibili e urgenti ed il ricorso a procedure semplificate, e la relativa attività di informazione alla popolazione. È in questo ambito che trovano ingresso le ordinanze di protezione civile.

11. *Segue. Le ordinanze di protezione civile non sono ordinanze contingibili e urgenti.*
Rescigno[226] indicava già nella l. n. 225 del 1992 «*il tentativo probabilmente più ambizioso (anche se* [...] *pieno di incertezze e ambiguità) per razionalizzare le procedure di intervento in casi di eventi eccezionali che hanno leso o mettono in pericolo la sicurezza e l'incolumità di persone e cose, tenendo conto nello stesso tempo di princìpi e criteri enunciati in materia di ordinanze di necessità e urgenza dalla Corte costituzionale e dai giudici comuni*». Tanto che altra dottrina definiva le ordinanze ivi disciplinate «*semi-tipiche*»[227], per segnarne la distanza da quelle definite "libere" dalla Corte costituzionale.
Ebbene, il nuovo codice della protezione civile ha ulteriormente "tipizzato" tali ordinanze, correggendo le incertezze e ambiguità della legge del 1992.
Innanzitutto, le ordinanze di protezione civile devono essere autorizzate dalla deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale. Quindi, il presupposto per l'esercizio del potere di ordinanza – lo stato di emergenza, così come definito dall'art. 7, comma 1, lettera *c*) – deve essere previamente e debitamente accertato dal Dipartimento della Protezione Civile sulla base dei dati e delle informazioni disponibili e in raccordo con le Regioni e le Province autonome interessate, delle quali deve essere acquisita l'intesa, e deliberato dal Consiglio dei Ministri.
La delibera del Consiglio dei Ministri può anche conformare il potere di ordinanza, in quanto, ai sensi dell'art. 25 del codice, questo può esplicarsi in deroga ad ogni disposizione di legge, «*nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza*», oltre che nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea.

[225] Art. 17 e direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 2 febbraio 2021 in materia di allertamento di protezione civile e sistema di allarme pubblico IT – Alert.
[226] G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, cit., pp. 2185 ss..
[227] F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. VI, 2013, pp. 44 ss. (56).

ISSN 2036-7821

Il codice, inoltre, disciplina puntualmente gli elementi essenziali delle ordinanze di protezione civile.

Innanzitutto, i poteri di ordinanza sono in capo al Presidente del Consiglio, il quale può esercitarli – salvo che la deliberazione di stato di emergenza non disponga diversamente – per il tramite del Capo del Dipartimento della Protezione Civile[228]. La legge n. 225/1992 indicava, invece, direttamente nel Capo del Dipartimento l'autorità competente a adottare le ordinanze di protezione civile[229], ma riconosceva al Presidente del Consiglio dei Ministri il potere di emanare altresì «*ordinanze finalizzate ad evitare situazioni di pericolo o maggiori danni a persone o a cose*»[230], potere però cassato con la riforma del 2012[231]. Come è stato espressamente abrogato dal codice l'art. 3 del d.l. 4 novembre 2011, n. 245, che consentiva al Presidente del Consiglio dei Ministri di disporre, con proprio decreto, su proposta del Capo del Dipartimento della Protezione Civile, sentito il Presidente della Regione interessata, il coinvolgimento delle strutture operative nazionali del Servizio nazionale della protezione civile per fronteggiare l'emergenza, prima ancora della relativa dichiarazione, in ragione dell'eccezionalità della situazione emergenziale, da valutarsi in relazione al grave rischio di compromissione dell'integrità della vita, consentendo quindi l'adozione di ordinanze di protezione civile.

Quindi, oggi, le ordinanze di protezione civile sono adottate dal Presidente del Consiglio o dal Capo Dipartimento (salvo diversa disposizione della deliberazione dello stato di emergenza), solo una volta dichiarato lo stato di emergenza e non possono essere più genericamente finalizzate ad evitare situazioni di pericolo, dovendo rispettare i requisiti procedimentali e sostanziali posti dal codice e di seguito illustrati.

Per il profilo procedimentale, le ordinanze sono emanate acquisita l'intesa delle Regioni e delle Province autonome territorialmente interessate, sono efficaci dalla data di adozione, pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, rese pubbliche ai sensi di quanto previsto in generale dal già citato art. 42 del d.lgs. n. 33/2013 e trasmesse, per informazione, al Presidente del Consiglio dei Ministri, alle Regioni o Province autonome interessate e fino al trentesimo giorno dalla deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale, al Ministero

[228] La disposizione sembra potersi interpretare nel senso che, su indirizzo politico del Presidente del Consiglio, la gestione dell'emergenza è ordinariamente svolta dal Capo del Dipartimento.

[229] Art. 5, comma 2, l. n. 225/1992.

[230] Art. 5, comma 3, l. n. 225/1992. V. PEPE, *Protezione civile e pianificazione del territorio*, Padova, 2006, p. 85, ritiene che, a differenza delle ordinanze del Capo del dipartimento, quelle del Presidente del Consiglio finalizzate ad evitare situazioni di pericolo o maggiori danni a persone o cose erano adottabili anche indipendentemente dalla dichiarazione dello stato di emergenza, nel caso di gravissime emergenze improvvise, tali da non lasciarne il tempo. Lo stesso Autore dà conto però dell'orientamento contrario di Consiglio di Stato, sez. I, 21 ottobre 1992, n. 2557.

[231] Art. 1, d.l. 15 maggio 2012, n. 59.

ISSN 2036-7821

dell'economia e delle finanze. Oltre il trentesimo giorno dalla deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale, le ordinanze sono emanate previo concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, limitatamente ai profili finanziari. Non sono soggette al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti.
Quanto ai requisiti, le ordinanze devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere specificamente motivate.
La prescrizione dell'obbligo di motivazione non pare dovuta solo alla circostanza che le ordinanze (normalmente) abbiano – come si vedrà – contenuto di atto amministrativo generale (o, per parte della dottrina, normativo[232]), sfuggendo così all'ambito di applicazione dell'art. 3 della l. n. 241 del 1990. Il codice richiede che la motivazione sia "specifica", con ciò ponendo un onere di dettaglio circa le ragioni delle scelte operative e organizzative.
Il codice, inoltre, delinea con sufficiente precisione l'ambito di azione – e, quindi, il contenuto – delle ordinanze di protezione civile. Queste sono funzionali al «*coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza nazionale*» e dispongono in ordine ad ambiti definiti dalla norma[233].
Si noti: mentre l'art. 5 della l. n. 225/1992 indicava le ordinanze di protezione civile come mezzo per «*l'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza dichiarato*», il nuovo codice limita l'intervento al *coordinamento* dell'attuazione dei medesimi interventi, ciò che muta la natura delle ordinanze in questione.

---

[232] Si vedano, oltre al già citato G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., pp. 109 ss. (121-122 e nt. 66), per il quale le ordinanze di protezione civile sono da considerare a tutti gli effetti atti normativi, ancorché di natura non regolamentare, «*tanto che la categoria in cui tali atti si ritenga caratterizzata dalla novità, quanto che si ritenga caratterizzata dalla generalità e astrattezza*», e E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, cit..

[233] Le ordinanze di protezione civile dispongono in ordine: a) all'organizzazione ed all'effettuazione degli interventi di soccorso e assistenza alla popolazione interessata dall'evento; b) al ripristino della funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture di reti strategiche, alle attività di gestione dei rifiuti, delle macerie, del materiale vegetale o alluvionale o delle terre e rocce da scavo prodotti dagli eventi e alle misure volte a garantire la continuità amministrativa nei Comuni e territori interessati, anche mediante interventi di natura temporanea; c) all'attivazione di prime misure economiche di immediato sostegno al tessuto economico e sociale nei confronti della popolazione e delle attività economiche e produttive direttamente interessate dall'evento, per fronteggiare le più urgenti necessità; d) alla realizzazione di interventi, anche strutturali, per la riduzione del rischio residuo nelle aree colpite dagli eventi calamitosi, strettamente connesso all'evento e finalizzati prioritariamente alla tutela della pubblica e privata incolumità, in coerenza con gli strumenti di programmazione e pianificazione esistenti; e) alla ricognizione dei fabbisogni per il ripristino delle strutture e delle infrastrutture, pubbliche e private, danneggiate, nonché dei danni subiti dalle attività economiche e produttive, dai beni culturali e paesaggistici e dal patrimonio edilizio, da porre in essere sulla base di procedure definite con la medesima o altra ordinanza; f) all'attuazione delle misure per far fronte alle esigenze urgenti di cui alla lettera e), anche attraverso misure di delocalizzazione, laddove possibile temporanea, in altra località del territorio regionale, entro i limiti delle risorse finanziarie individuate con delibera del Consiglio dei Ministri, sentita la Regione interessata.

ISSN 2036-7821

"Coordinamento" è termine polisemico che indica sia la relazione organizzativa – di equiordinazione[234] – che intercorre tra soggetti preposti ad attività che, pur essendo distinte, sono destinate ad essere «*ordinate secondo un disegno unitario in vista di risultati di interesse comune*»[235], sia la funzione affidata dalla norma ad uno di tali soggetti, sia infine il risultato al quale si perviene: l'azione coordinata, ovvero l'insieme di atti tesi a imprimere un «*necessario riassetto organico* [...] *all'azione dei pubblici poteri per evitare conflitti, contraddizioni, interventi a fini contrastanti*»[236].

Il Presidente del Consiglio dei Ministri, oltre a detenere il potere di ordinanza – attraverso il quale *coordina* l'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza nazionale –, predispone – *in tempo ordinario* – con direttive gli indirizzi per lo svolgimento *in forma coordinata* delle attività di Protezione civile, al fine di assicurare, sul piano tecnico, l'indirizzo unitario, nel rispetto delle peculiarità dei territori[237].

Con direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri sono disciplinate anche le modalità di organizzazione e svolgimento dell'attività di pianificazione di protezione civile e del relativo monitoraggio, aggiornamento e valutazione, al fine di garantire un quadro coordinato in tutto il territorio nazionale e l'integrazione tra i sistemi dei diversi territori[238], nonché le modalità di raccordo delle attività connesse all'assistenza alla popolazione, tra i piani di emergenza delle infrastrutture nazionali di trasporto con i piani dei diversi livelli territoriali[239]. Con direttiva sono altresì disciplinate le procedure istruttorie propedeutiche all'adozione della deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale e i relativi adempimenti di competenza dei Presidenti delle Regioni e Province autonome e del Capo del Dipartimento della Protezione Civile[240].

Le direttive sono atti di regolazione[241], dal contenuto tecnico[242], tali da conformare l'attività dei destinatari[243]; sono adottate su proposta del Capo Dipartimento della

---

[234] Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 313, secondo cui il coordinamento dà luogo «*ad un rapporto tra istanze equiordinate, in cui ad un apposito ufficio si attribuisce la potestà di adottare un atto, che la pratica denomina "disegno di coordinamento", il quale vincola tutte le parti del rapporto a comportamenti conseguenti*». Rilevano però D. D'ORSOGNA-F.G. SCOCA, *Le relazioni organizzative*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, p. 72, che le ipotesi più interessanti di coordinamento si hanno in alcune figure organizzative complesse in cui si mescolano profili di equiordinazione e profili di sovraordinazione.

[235] A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 342.

[236] V. BACHELET, *Coordinamento*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. X, Milano, 1962, pp. 630 ss. (631). Sul coordinamento si veda anche F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012.

[237] Art. 5, comma 2.

[238] Art. 18, comma 4. Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 30 aprile 2021.

[239] Art. 18, comma 4*bis*.

[240] Art. 24, comma 7.

[241] Riconducibili a mio avviso alla *risk regulation*, su cui si veda A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., spec. pp. 26-34, ancorché la regolazione – di cui la *risk regulation* è parte – abbia per oggetto soprattutto attività private, mentre le direttive in questione hanno per destinatarie le componenti del sistema della protezione civile, ovvero anche

ISSN 2036-7821

Protezione Civile e previa intesa da sancire, in sede Conferenza unificata ovvero di Conferenza Stato-Regioni – a seconda che le disposizioni ivi contenute interessino competenze di Province e Comuni o competenze regionali –, e pubblicate in Gazzetta Ufficiale[244].

Le direttive sono, quindi, espressione della funzione di coordinamento tecnico, quale attività che si concretizza in indirizzi e criteri destinati a rendere omogenee le metodologie applicative seguite in ambito regionale e locale in relazione a interessi generali (la previsione, la prevenzione, pianificazione e gestione dell'emergenza), che trascendono gli interessi sottoposti alle cure delle istituzioni territoriali[245]. Il coordinamento tecnico si esplica mediante la posizione di norme tecniche[246], ovvero «*prescrizioni che vengono elaborate generalmente sulla base dei principi desunti dalle c.d. "scienze esatte" o dalle arti che ne sono applicazione*»[247]. A giudizio della Corte costituzionale gli atti di coordinamento tecnico non hanno contenuto normativo, adempiendo esclusivamente al compito di assicurare l'uniformità degli atti su cui incidono[248].

(ma non solo) amministrazioni pubbliche. In generale, sulla regolazione quale funzione diretta al corretto funzionamento di un settore di attività di carattere economico o sociale caratterizzate da un alto livello di specializzazione si veda L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002. Sulla relazione tra regolazione e standardizzazione della tutela del rischio si veda anche M. SIMONCINI, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard*, Napoli, 2010, spec. pp. 155-218. Infine, per l'analogia tra i regolamenti delle autorità indipendenti e le ordinanze di protezione civile, si veda G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., pp. 119-122.

[242] Ciò si evince dall'art. 15 del codice, che al primo comma indica la funzione delle direttive nell'assicurare «*sul piano tecnico*» l'indirizzo unitario e prevede che il Dipartimento della Protezione Civile, nel predisporre la proposta, può promuovere confronti «*in sede tecnica*» con rappresentanze delle componenti del Servizio nazionale, mentre il comma 2 dispone che le stesse possono recare, in allegato, procedure operative riferite agli specifici ambiti disciplinati.

[243] Cfr., in senso analogo, con riferimento alle direttive nel sistema della l. n. 225/1992, F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, cit., p. 57.

[244] Art. 15, comma 1, del codice.

[245] Corte Cost. 17 gennaio 1990, n. 139, (IT:COST:1990:139), punto 7.

[246] Sulle norme tecniche e la loro collocazione tra le fonti del diritto si veda A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018. Si vedano anche F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001; A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il diritto dell'economia*, 1996, pp. 253 ss.; A.M. SANDULLI, *Le norme tecniche nell'edilizia*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1974, pp. 190 ss.; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967.

[247] Corte Cost. 14 marzo 1997, n. 71, (IT:COST:1997:61), punto 7.

[248] Corte Cost. 20 marzo 2013, n. 46, (IT:COST:2013:46), punto 5.3.1. Per la giurisprudenza più recente si veda Corte Cost. 26 maggio 2017, n. 125, (IT:COST:2017:125), che esclude la natura normativa dello schema di regolamento edilizio adottato sulla base dell'intesa tra Stato, Regioni ed enti locali, ai sensi del t.u.e.l., in quanto esplicante «*una funzione di raccordo e di coordinamento meramente tecnico e redazionale*». Si veda anche Corte Cost. 2 dicembre 2019, n. 246, (IT:COST:2019:246), che, in materia di protezione civile, afferma: «[n]*elle materie di competenza concorrente possono essere attribuite funzioni amministrative a livello centrale allo scopo di individuare norme di natura tecnica che esigono scelte omogenee su tutto il territorio nazionale (sentenza n. 284 del 2016*)». Il principio del coordinamento tecnico – che postula la legittimazione di interventi statali aventi natura meramente tecnica nelle materie di competenza regionale – è stato affermato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale a partire dalle sentenze 25 febbraio 1988, n. 217, (IT:COST:1988:217), e 28 luglio 1988, n. 924, (IT:COST:1988:924). Si vedano, in

ISSN 2036-7821

Stante questo quadro normativo, il potere di ordinanza si svolge entro ambiti definiti dalla norma, che ne indica il possibile contenuto, ed è conformato dalla complessiva attività di pianificazione svolta in tempo ordinario dalle varie articolazioni del Servizio sulla base delle direttive emanate dal Presidente del Consiglio, su proposta del Capo Dipartimento della Protezione Civile, acquisita l'intesa della Conferenza Stato-Regioni o della Conferenza unificata, a seconda del livello territoriale di governo dalle stesse interessato.

In altre parole, con le ordinanze di protezione civile il Presidente del Consiglio (ovvero il Capo del Dipartimento) tendenzialmente attiva e coordina le misure già predisposte dalle varie articolazioni del Servizio, demandandone l'attuazione, salvo motivate eccezioni, ai soggetti pubblici ordinariamente competenti in via prevalente per le relative attività.

Natura sostanzialmente normativa ha l'ordinanza volta a favorire il rientro nell'ordinario a seguito di emergenze di rilievo nazionale.

Il codice prevede che, almeno trenta giorni prima della scadenza dello stato di emergenza di rilievo nazionale, venga adottata apposita ordinanza volta a favorire e regolare il proseguimento dell'esercizio delle funzioni commissariali in via ordinaria nel coordinamento degli interventi, conseguenti all'evento, pianificati e non ancora ultimati. Ferma in ogni caso l'inderogabilità dei vincoli di finanza pubblica, con tale ordinanza possono essere altresì emanate, per la durata massima di sei mesi non prorogabile e per i soli interventi connessi all'evento, disposizioni derogatorie, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea, in materia di affidamento di lavori pubblici e di acquisizione di beni e servizi nonché per la riduzione di termini analiticamente individuati. Con la medesima ordinanza possono essere, inoltre, consentite eventuali rimodulazioni del piano degli interventi entro il termine della scadenza della contabilità speciale e nel limite delle risorse ancora disponibili, previa approvazione del Capo del Dipartimento della Protezione Civile[249].

---

dottrina, Q. CAMERLENGO, *Il governo della pandemia tra Stato e Regioni: ritorno al coordinamento tecnico*, in *Le Regioni*, n. 4/2020, pp. 739 ss. (spec. 747-752); ID., *Coordinamento tecnico e autonomia regionale speciale*, *ivi*, 1997, pp. 639 ss.; R. BIN, *Coordinamento tecnico e poteri regolamentari del Governo: spunti per un'impostazione «posteuclidea» della difesa giudiziale delle Regioni*, *ivi*, 1992, pp. 1453 ss.; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, cit., pp. 104-122; G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005. Si veda anche A. MORRONE, *Fonti normative*, cit., p. 223, il quale riconduce alla categoria dei c.d. decreti non aventi natura regolamentare: gli «*atti amministrativi generali, non normativi, di contenuto vario, politico-amministrativo, o meramente tecnico, emanati da organi del governo nazionale, per indirizzare o coordinare funzioni di regioni, province autonome, enti locali, in nome di esigenze di carattere unitario*».

[249] Art. 26.

ISSN 2036-7821

Si tratta della posizione di una disciplina speciale, derogatoria delle norme in materia di contrattualistica pubblica[250] e di procedimenti autorizzatori, funzionale a favorire il rapido ritorno alla normalità.
Non sembra possibile riferire alle ordinanze di protezione civile – così disciplinate – l'appellativo di "libere" usato dalla Consulta per le ordinanze contingibili e urgenti. In disparte le considerazioni già espresse circa il contenuto discrezionale – quindi, non libero – anche delle ordinanze su cui si è pronunciata la Corte, quelle di protezione civile si connotano per essere espressione di valutazioni e di decisioni tecniche, assunte sulla base della complessa pianificazione della risposta all'emergenza, negli ambiti predeterminati dal legislatore e funzionali al coordinamento degli interventi da attuare[251].
Si tratta, inoltre, di atti amministrativi generali o normativi, espressione della funzione di coordinamento essenzialmente tecnico, e non (in genere) di provvedimenti amministrativi puntuali.
Ciò si evince dalla loro finalità: il *coordinamento* dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza nazionale. Ciò si evince anche dalla circostanza che la norma prevede l'attuazione delle ordinanze mediante (ulteriori) *provvedimenti*, soggetti ai controlli previsti dalla normativa vigente, con i quali possono essere nominati commissari delegati che operano in regime straordinario fino alla scadenza dello stato di emergenza[252]. Ciò si evince, infine, dalla lettera dell'art. 25, comma 2, del codice che, nel definire gli ambiti di intervento dell'ordinanze di protezione civile, recita che con queste *si dispone* in ordine agli stessi. Ora, il verbo *disporre*, al pari del sostantivo corrispondente (*disposizione*) indica – nel lessico giuridico – la posizione di norme generali e astratte e si differenzia dal

[250] Rimane difficilmente comprensibile come si possa derogare alla disciplina in materia di contrattualistica pubblica, di diretta derivazione europea, senza violare le *norme* (non i principi) dell'Unione europea. Tanto più che le direttive europee prevedono procedure d'urgenza per l'affidamento degli appalti quando la situazione ne giustifichi il ricorso. E invero, la Commissione UE, con la Comunicazione riguardante gli orientamenti sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi Covid-19 (COM 2020/C 109 I/01), ha indicato nella procedura negoziata senza previa pubblicazione la soluzione offerta dal diritto europeo «*nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non sono in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici (articolo 32, paragrafo 2, lettera c) della direttiva 2014/24/UE)*». Il tema del rispetto delle direttive europee in materia di appalti è stato posto dalla Commissione europea avviando alcune procedure di infrazione nei confronti dello Stato italiano, sul presupposto che ordinanze di protezione civile, adottate in forza dell'allora vigente art. 5, l. n. 225/1992, avevano violato le norme comunitarie in materia di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture. Di qui la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 22 ottobre 2004 che disponeva che le ordinanze di protezione civile «*non devono contenere deroghe alle disposizioni contenute nelle direttive comunitarie*».

[251] Parla di «*atti tipizzati in modo abbastanza stringente*» A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Rivista AIC*, n. 2/2021 dell'8 aprile 2021, pp. 143 ss. (153).

[252] Art. 25, commi 6 e 7.

ISSN 2036-7821

provvedere (e da *provvedimento*), che, invece, attiene a – e si risolve in – situazioni definite[253].

Certo, quanto detto non esclude che con le ordinanze di protezione civile si possa anche *provvedere* direttamente all'attuazione degli interventi, negli ambiti previsti dall'art. 25, comma 2, citato. Come non esclude che per fatti emergenziali sfuggiti alla pianificazione e non altrimenti fronteggiabili debba farsi ricorso, comunque, alle ordinanze contingibili e urgenti da parte delle autorità a ciò autorizzate.

Ciò che si vuole dire è che il sistema della protezione civile – proprio in quanto *sistema* – si articola in un complesso di attività coordinate: l'autorità coordinante è – istituzionalmente – il Presidente del Consiglio dei Ministri e – operativamente – il Capo del Dipartimento della Protezione Civile; gli atti di coordinamento sono le direttive *in tempo ordinario* e le ordinanze di protezione civile *nel tempo dell'emergenza*; la finalità del coordinamento è, innanzitutto, assicurare la pronta adozione di misure adeguate – già predisposte in sede di pianificazione – per far fronte a situazioni emergenziali, quindi, assicurare in maniera rapida ed efficace il ritorno alla normalità.

Dalla disciplina del nuovo codice risulta confermata (e rafforzata) l'intuizione di Cerulli Irelli, che classificava le ordinanze di protezione civile, già nella vigenza della legge del 1992, quali una sorta di *diritto speciale* che realizza un modello di intervento differente rispetto al modello tradizionale dei poteri di ordinanza, non solo per il procedimento, ma (soprattutto) «*perché attraverso quel modello interi ambiti di amministrazione (perciò non singoli puntuali interventi a fronte di eventi contingibili) vengono sottratti all'applicazione del diritto amministrativo comune e sottoposti a disciplina (del tutto speciale), fortemente derogatoria anche rispetto ai principi generali dell'ordinamento, nonostante le affermazioni delle relative norme e delle ordinanze del Governo*»[254].

Quando l'Autore citato scriveva queste parole, la disciplina della protezione civile includeva negli ambiti di intervento, oltre alle calamità naturali, anche fatti di disfunzione amministrativa e i c.d. "grandi eventi". Questi sono stati esclusi dall'ambito di intervento della protezione civile dalla riforma del 2012, ma rimangono possibile oggetto *di disciplina speciale* con leggi *ad hoc*[255], come dimostra

[253] Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 26.

[254] V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., pp. 175-176.

[255] Anche in ciò in linea con l'indicazione di Cerulli Irelli, il quale, nello scritto citato, nel contestare la costituzionalità dell'applicazione delle ordinanze di protezione civile ai grandi eventi e a fatti di disfunzioni amministrative, sosteneva la possibilità di «*discipline speciali (cioè ad applicazione non generalizzata) per fatti (categorie di fatti) amministrativi che di esse necessitano dati i loro particolari caratteri*»; fatti che possono presentare caratteri particolari, «*tali da rendere necessaria una disciplina speciale (cioè parzialmente derogatoria rispetto al diritto amministrativo comune), ciò che è sicuramente possibile prevedere (beninteso, in certi limiti, quelli consentiti dai principi dell'art. 97 Cost.), ma con legge o altro atto formalmente normativo che sia legittimato sulla base del sistema costituzionale delle fonti*» (cfr. *op. ult. cit.*, pp. 190-191).

ISSN 2036-7821

l'art. 1, comma 421, della legge di bilancio per il 2022 (l. 30 dicembre 2022, n. 234) che ha previsto la nomina con decreto del Presidente della Repubblica[256] del Sindaco di Roma, quale Commissario straordinario, al fine di assicurare gli interventi funzionali alle celebrazioni del Giubileo della Chiesa cattolica per il 2025, nell'ambito del territorio di Roma Capitale[257].

Quindi, per concludere, le ordinanze di protezione civile non sono ordinanze contingibili e urgenti e non è senza significato che il d.lgs. n. 1/2018 non le qualifichi mai tali. Sono invece atti di regolazione, con funzione di coordinamento tecnico, ed hanno un contenuto tipizzato, non solo dal codice – che ne definisce gli ambiti di intervento –, quanto anche dagli atti di pianificazione e programmazione prodotti dalle componenti del Servizio nazionale di protezione civile.

La tesi sin qui prospettata che il potere *extra ordinem* presupponga una lacuna nell'ordinamento non è predicabile per le ordinanze di protezione civile, in quanto queste sono funzionali ad un sistema teso proprio – direi, istituzionalmente – a tipizzare e standardizzare la risposta agli eventi emergenziali.

12. *Considerazioni conclusive: diritto "eccezionale", "ordinario" e "speciale" dell'emergenza*.

La conclusione che può trarsi dalle considerazioni sin qui svolte è che il fenomeno delle ordinanze contingibili e urgenti ha il suo fondamento nella necessità per l'ordinamento di assicurare che l'amministrazione provveda alla cura dell'interesse pubblico e dei diritti fondamentali anche quando l'emergenza svela l'inadeguatezza allo scopo delle disposizioni che regolano ordinariamente l'azione amministrativa, definendone contenuti ed ambiti di esercizio della discrezionalità.

Si può parlare, a questo proposito, di diritto "eccezionale" dell'emergenza, per la straordinarietà della contingenza che abilita autorità amministrative – a ciò autorizzate dalla legge – a colmare la lacuna normativa (l'inadeguatezza dell'ordinamento positivo), facendo applicazione diretta dei principi generali dell'ordinamento e traendo da questi la regola del caso concreto.

---

[256] Il d.P.R. è stato adottato il 4 febbraio 2022.

[257] Peraltro, l'art. 13 del d.l. 17 maggio 2022, n. 50, convertito in legge 15 luglio 2022, n. 91, attribuisce al Commissario per il Giubileo poteri straordinari per far fronte all'emergenza rifiuti nel territorio di Roma Capitale, così sommando i due "classici" impropri ambiti di intervento della Protezione Civile: grandi eventi e fatti di disfunzione amministrativa. Per la considerazione che condizione essenziale per la nomina di un Commissario straordinario è l'esistenza di una situazione di emergenza, ma questa deve essere intesa in senso oggettivo, senza che assuma rilevanza la causa che in concreto la abbia determinata, «*anche nell'ipotesi in cui essa sia causata da cattivo uso dei poteri amministrativi ordinari*», si veda C. FRANCHINI, *La figura del commissario straordinario prevista dall'art. 20 del d.l. n. 185/2008*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2009, pp. 561 ss. (p. 562). L'opinione dell'Autore è in linea con la giurisprudenza del Consiglio di Stato che ritiene che l'evento legittimante la dichiarazione dello stato di emergenza «*possa essere di origine umana e possa altresì consistere in una situazione risalente nel tempo e perfino endemica, ribadendo però che deve trattarsi pur sempre di un evento avente carattere effettivo e oggettivo*» (Cons. Stato, sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2795).

ISSN 2036-7821

Diverso è il diritto che potremmo definire – con aggettivo volutamente ossimorico – "ordinario"[258] dell'emergenza. Ovvero il sistema della protezione civile fondato sulla prevenzione e, quindi, sulla pianificazione della risposta all'emergenza, funzionale proprio ad assicurare (preventivamente) misure adeguate a far fronte e superare i diversi possibili eventi emergenziali.

Diverso ancora è il diritto "speciale" dell'emergenza. Ovvero la disciplina che il legislatore può porre per la gestione ed il superamento della singola vicenda emergenziale, tale per durata e dimensione da giustificare un intervento legislativo *ad hoc*, tarato sulle peculiarità della stessa.

È quanto avvenuto per la pandemia da Covid-19 con la catena normativa dei decreti-legge, previdenti le misure di contenimento della circolazione del virus – limitative di libertà costituzionali – e d.P.C.M. di attuazione, modulazione e diversificazione delle misure stesse, in ragione dell'andamento del contagio.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 198 del 2021, ha ricondotto i d.P.C.M. adottati nel corso della pandemia nella categoria degli *atti necessitati*, antitetica a quella delle ordinanze contingibili e urgenti, definite dalla stessa Corte *libere*. La medesima sentenza ha identificato in modo univoco la catena normativa su cui si è fondata la gestione dell'emergenza pandemica, escludendo dalla medesima il codice della protezione civile, sottolineando così l'alternatività tra i due sistemi[259].

In realtà, i due sistemi – pur alternativi – hanno interagito nella gestione dell'emergenza pandemica, il primo assicurando le misure di contrasto al contagio, il secondo cooperando per l'approvvigionamento delle forniture necessarie,

---

[258] Si vuole con l'uso di questo aggettivo valorizzare la trasformazione auspicata da Loredana Giani della cultura dell'emergenza in cultura del rischio, ovvero «*la opportunità di avviare un ripensamento del modello sino ad ora in uso secondo parametri che consentono di incamerare l'evento eccezionale all'interno dell'ordinaria gestione delle cose, ma non nella prospettiva utopica di evitare l'impossibile, ma solo al fine di ricondurre, per quanto possibile anche i profili di emergenza collegati al verificarsi di una fattispecie insolita in un contesto di ordinarietà, di procedure ordinarie in cui trovano comunque applicazione e garanzia quei valori che rappresentano la matrice su cui il sistema giuridico poggia e sulla quale si aggrega la stessa struttura sociale*». Ancorché poi l'Autrice affermi che tale trasformazione non sia stata realizzata con la riforma del sistema della protezione civile, che si porrebbe «*più come una proiezione del rischio in funzione di una futura gestione* extra ordinem *a seguito del verificarsi dell'evento eccezionale, piuttosto che come una inclusione, con valore condizionante i contenuti delle scelte pubbliche, delle fattispecie insolite all'interno dei processi decisionali ordinari* [...]» (cfr. L. GIANI, *Dalla cultura dell'emergenza alla cultura del rischio: potere pubblico e gestione delle emergenze*, in L. GIANI-M.D'ORSOGNA-A.POLICE, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, cit., pp. 15 ss. (18-19, 30 e nt. 31).

[259] Corte Cost. n. 198/2021, cit., punto 8.1. in diritto: «*malgrado il punto di intersezione rappresentato dalla dichiarazione dello stato di emergenza, le misure attuative del d.l. n. 19 del 2020 non coincidono* [...] *con le ordinanze di protezione civile, l'emanazione delle quali compete pure al Presidente del Consiglio dei ministri, a norma degli artt. 5 e 25 del d.lgs. n. 1 del 2018*». Ma già E. CATELANI, *I poteri del Governo nell'emergenza: temporaneità o effetti stabili?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2020, p. 729, aveva evidenziato che «[s]*e la normativa contenuta nel codice* [della protezione civile] *fosse stata applicata in modo completo, ne sarebbe derivata, come conseguenza necessaria, anche l'applicazione delle altre parti della normativa, fra cui l'attribuzione delle competenze essenziali e delle funzioni decisorie alla protezione civile, con l'adozione di ordinanze solo dopo aver acquisito "l'intesa" con le Regioni interessate*».

ISSN 2036-7821

l'assunzione del personale, le attività logistiche e l'allestimento di strutture sanitarie[260].

I due sistemi non hanno potuto fare a meno del potere di ordinanza contingibile e urgente.

E invero, pur avendo il legislatore sospeso per la durata dell'emergenza pandemica il potere contingibile e urgente del Ministro della salute, dei Presidenti di Regione e dei Sindaci (ovviamente, limitatamente a situazioni emergenziali riconducibili alla pandemia)[261], ha riconosciuto il medesimo potere al Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19, il quale, a norma dell'art. 122, comma 2, decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, anche su richiesta delle Regioni, avrebbe potuto adottare in via d'urgenza, nell'ambito delle proprie funzioni, i provvedimenti necessari a fronteggiare ogni situazione eccezionale, in deroga a ogni disposizione vigente, nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea. Si tratta del classico potere contingibile e urgente, regolato solo per il profilo soggettivo (l'autorità competente) e procedimentale (la comunicazione immediata alla Conferenza Stato-Regioni e alle singole Regioni su cui il provvedimento incideva, che potevano chiederne il riesame), non anche per il contenuto, per il quale la norma prescriveva soltanto – e ovviamente – che le misure adottate avrebbero dovuto essere in ogni caso adeguatamente proporzionate alle finalità perseguite.

È questa norma di chiusura del sistema emergenziale costruito dal legislatore del 2020, il quale, consapevole della necessità di assicurare risposte all'emergenza pandemica anche diverse – se necessarie – da quelle tipizzate dal d.l. n. 19/2020, e volendo mantenere la gestione centralizzata della stessa, ha attribuito il relativo potere ad un organo statale costituito *ad hoc*.

---

[260] Più in particolare, ai sensi dell'art. 122 del d.l. n. 81/2020, è stato nominato un Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica. Ebbene, il Commissario straordinario esercitava i propri poteri in raccordo con il Capo del Dipartimento della Protezione Civile, avvalendosi, per il suo tramite, delle componenti e delle strutture operative del Servizio nazionale della protezione civile, nonché del Comitato tecnico scientifico. Mentre le attività di protezione civile sarebbero state assicurate dal relativo Sistema nazionale e coordinate dal Capo del dipartimento di protezione civile in raccordo con il Commissario.

[261] L'art. 3, comma 1, del d.l. 25 marzo 2020, n. 19 ha disposto che, nelle more dell'adozione dei dd.P.C.M., e con efficacia limitata fino a tale momento, le Regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, avrebbero potuto introdurre (solo) misure ulteriormente restrittive rispetto a quelle vigenti, tra quelle previste dallo stesso decreto legge esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale. Il terzo comma dello stesso articolo ha esteso tale disposizione «*altresì agli atti posti in essere per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente*».

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Formare per trasformare: l'impatto trasformativo della formazione sulla prevenzione della corruzione. Prime riflessioni.

di Valentina Maria Donini

(Ricercatrice presso la Scuola Nazionale dell'Amministrazione)

e Valentina Lostorto

(Professoressa di ruolo presso la Scuola Nazionale dell'Amministrazione)

e Nereo Zamaro

(Professore di ruolo presso la Scuola Nazionale dell'Amministrazione)

Sommario

1. Introduzione. – 2. Il *whistleblowing* nell'ordinamento italiano. – 3. Il progetto *Formare per trasformare*.– 4. La ricerca. Piano di lavoro e strumento di rilevazione. – 4.1. Disegno della ricerca. - 4.2. Il questionario. - 4.3. *Profilo demografico e strutturale dei rispondenti*. - 5. Un quadro dei primi risultati. – 6. Alcuni spunti iniziali. – 6.1. *Sui dati rilevati*. - 6.2. *Sulla tecnica usata*. – 7. Riflessioni e sviluppi successivi.

Abstract

In this article the research purpose, methodology and first partial results of a survey carried out by SNA – Scuola Nazionale dell'Amministrazione (National School of Administration) are presented. The project "Training for change. Open administration and innovative training models for the efficient implementation of whistleblowing as a tool of co-participation to processes identification, prevention and treatment of maladministration" aims at highlighting the role of SNA training programmes on the perception of whistleblowing in Italy, considering that so far it is not yet fully rooted in the Italian cultural and legal experience. Preliminary findings and some considerations about the effectiveness of the survey tools used are pointed out.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Introduzione

La formazione in materia di prevenzione della corruzione è una misura obbligatoria che ogni amministrazione deve attuare in ottemperanza a precisi obblighi di legge: la legge 190/2012 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione), infatti, all'articolo 1 comma 11 prevede che la Scuola superiore della pubblica amministrazione (oggi SNA, Scuola Nazionale dell'amministrazione), senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e utilizzando le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, predispone percorsi, anche specifici e settoriali, di formazione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni statali sui temi dell'etica e della legalità[1].

La formazione è quindi non solo uno strumento necessario per diffondere la cultura dell'integrità, ma è proprio una precisa misura di prevenzione della corruzione, indispensabile per aumentare la consapevolezza dei dipendenti pubblici, che devono essere in grado di riconoscere eventuali dilemmi etici e di gestirli correttamente, per evitare episodi di corruzione o *maladministration*, e per sviluppare le conoscenze e le competenze necessarie a svolgere in modo efficace ed efficiente le funzioni che presentano un rischio di corruzione[2].

Recependo le indicazioni contenute nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione[3], la formazione non può essere uguale per tutti i dipendenti, ma deve differenziarsi a seconda dei destinatari. Se a tutto il personale di un'amministrazione occorre una formazione generale sui temi etici, a coloro che operano nei settori maggiormente esposti al rischio di corruzione (i cosiddetti *risk owner*) e a coloro che

---

* Nel contributo si illustrano alcuni risultati, preliminari e parziali, della campagna di rilevazioni in corso presso la Scuola Nazionale dell'Amministrazione nell'ambito della ricerca *Formare per trasformare – Amministrazione aperta e modelli formativi innovativi per una più efficace attuazione dell'istituto del whistleblowing*, diretta a valutare gli effetti della formazione erogata in materia di anticorruzione. Il gruppo di ricerca è composto da: Valentina Lostorto (SNA – Responsabile scientifico del progetto), Valentina M. Donini (SNA), Nereo Zamaro (SNA e ISTAT). Le operazioni di raccolta dei dati sono state gestite da Mariella Astazi (SNA). La ricerca è stata presentata la prima volta il 7 ottobre 2022 al Festival della Sociologia di Narni, e questo scritto riflette anche le considerazioni e i rilievi emersi in quella sede. Gli autori ringraziano tutti i corsisti SNA che hanno contribuito alla rilevazione

[1] La formazione è richiamata più volte nella legge 190/2012, soprattutto come attività propedeutica a un'altra misura, cioè la rotazione dei dipendenti. Si veda a questo proposito il comma 5 lett. B dell'art.1 che impone alle PA l'obbligo di adottare procedure appropriate per selezionare e formare, in collaborazione con la Scuola superiore della pubblica amministrazione, i dipendenti chiamati ad operare in settori particolarmente esposti alla corruzione, prevedendo, negli stessi settori, la rotazione di dirigenti e funzionari.

[2] Cfr. S. BATTINI, V. LOSTORTO, *Il ruolo della formazione nella politica di prevenzione della corruzione*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, 89, 2020, p. 229.

[3] La convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003 e aperta alla firma a Merida, è stata ratificata dall'Italia con la legge 116/2009. Si tratta del primo testo internazionale (a parte un primo accenno nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata del 2000) che considera fondamentale la dimensione preventiva oltre a quella repressiva.

ISSN 2036-7821

sono chiamati a trattare il rischio (i *risk manager*, ad esempio i Responsabili della Prevenzione della corruzione e trasparenza (RPCT), nonché i referenti e il personale a supporto) occorre invece una formazione più specialistica, approfondita e tecnica su procedure e misure.

La SNA adempie a questa funzione offrendo alle Pubbliche Amministrazioni (PA) una serie di corsi in materia di prevenzione della corruzione, previsti sia per la formazione iniziale sia per la formazione continua dei dipendenti, fornendo anche corsi dedicati a singole amministrazioni. Il livello di approfondimento dei percorsi didattici varia da quelli più generali, destinati a tutti i dipendenti, a quelli più specialistici, fino a corsi di accompagnamento alla realizzazione della concreta strategia di prevenzione della corruzione (corsi di accompagnamento alla redazione del Piano Triennale per la Prevenzione della Corruzione e Trasparenza (PTPCT), e oggi, a seguito dei recenti interventi del legislatore[4], del Piano Integrato di Attività e Organizzazione (PIAO)).

I contenuti della formazione non prevedono solo un'analisi della rilevante legislazione in materia, ma seguendo anche le indicazioni fornite dall'Autorità nazionale anticorruzione nel Piano nazionale anticorruzione 2019, l'obiettivo è fornire ai destinatari strumenti decisionali in grado di porli nella condizione di affrontare i casi critici e i problemi etici che incontrano in specifici contesti e di riconoscere e gestire i conflitti di interessi così come situazioni lavorative problematiche che possono dar luogo all'attivazione di misure di prevenzione della corruzione.

Per questo, gran parte della didattica riguarda effettivamente la descrizione delle misure di prevenzione della corruzione, ma non solo: obiettivo dei corsi è cercare di trasferire ai discenti più che norme e procedure, la "filosofia" alla base di tutto l'impianto preventivo, anche attraverso simulazioni e casi di studio per far immedesimare i discenti in situazioni critiche potenzialmente presenti in ogni amministrazione e censurare i comportamenti scorretti, inopportuni e illeciti, ed enfatizzare invece quelli corretti. Ciò si rende necessario soprattutto alla luce del processo di responsabilizzazione delle singole amministrazioni, avviato dalla legge 190/2012, per cui le PA non sono chiamate solo ad adempiere in modo formalistico e burocratico agli obblighi di legge, ma a diventare soggetti attivi nella gestione del rischio corruttivo. Il superamento della vecchia logica adempimentale è quindi fondamentale per una reale strategia di prevenzione della corruzione, che vede la PA

[4] Il PIAO, documento unico di programmazione e governance per le PA, allo scopo di superare la frammentazione dei diversi piani che attualmente ogni amministrazione deve predisporre, è stato previsto dal d.l. 80/2021, in attuazione delle indicazioni contenute nel PNRR. Per una panoramica sull'evoluzione della strategia di prevenzione della corruzione negli ultimi anni cfr. V.M. DONINI, *Prevenzione della corruzione. Strategie, sfide, obiettivi*, Roma, 2022.

ISSN 2036-7821

come agente del cambiamento e quindi parte della soluzione e non più, come in passato, del problema[5].
Questo vuol dire, in pratica, che tutti i dipendenti di una PA sono chiamati a partecipare alla gestione del rischio, sotto un profilo passivo rispettando la normativa in materia oltre che ovviamente gli obblighi contenuti nel PTPCT e nel Codice di comportamento dei pubblici dipendenti e delle singole amministrazioni. Anche perché la violazione delle misure di prevenzione contenute nel Piano o previste dal Codice di comportamento costituisce illecito disciplinare, e quindi è necessaria una formazione su questi temi, per evitare che il dipendente non sia consapevole delle sue responsabilità e per ridurre il rischio che eventuali illeciti siano frutto di sciatteria o negligenza[6].
Da un punto di vista attivo, la partecipazione del dipendente nella gestione del rischio si estrinseca nel dovere di collaborazione con il RPCT, ma anche con il dovere di segnalare eventuali fatti illeciti o irregolarità di cui viene a conoscenza nell'ambito dello svolgimento della sua attività lavorativa. Si tratta in questo caso dell'istituto del *whistleblowing*[7], una delle misure che in aula desta maggiore interesse, ma anche una certa preoccupazione.

2. Il whistleblowing nell'ordinamento italiano

La protezione del dipendente che segnala illeciti è, infatti, una novità nell'ordinamento italiano[8]. Fino alla legge 190/2012 non c'era alcun appiglio normativo per tutelare il dipendente che, facendosi carico dell'interesse pubblico, segnalava eventuali fatti illeciti, reati, irregolarità. Gli unici riferimenti normativi erano gli artt. 361 e 362 del Codice penale (omessa denuncia di reato da parte di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio), e solo per il settore privato il

[5] Cfr. R. CANTONE, *La prevenzione della corruzione nelle società a partecipazione pubblica. Le novità introdotte dalla "riforma Madia" della pubblica amministrazione*, in *Rivista delle società*, 1, p. 233.

[6] Cfr. V. LOSTORTO, *La formazione in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza*, in C. CONTESSA, A. UBALDI (a cura di), *Manuale dell'anticorruzione e della trasparenza. Il commento alle norme nazionali e sovranazionali sulla prevenzione della corruzione e sulla trasparenza amministrativa*, Piacenza 2021, pp. 465-80

[7] Termine inglese che indica l'azione di denuncia o segnalazione del *whistleblower*, cioè colui che soffia nel fischietto, per indicare la persona che attira l'attenzione dell'autorità o della collettività su un fatto illecito, un reato o una irregolarità. La prima definizione moderna è di Ralph Nader, che considerando la segnalazione come un ultimo baluardo contro il potere, descrive il *whistleblowing* come l'azione di chi, credendo che l'interesse pubblico sia più importante dell'interesse dell'organizzazione di cui è al servizio, denuncia o segnala un'attività irregolare, illegale, fraudolenta o dannosa. Cfr. R. NADER, K. BLACKWELL, P. PETKAS, *Whistle Blowing: The Report of the Conference on Professional Responsibility*, New York, 1972, p. 7.

[8] In realtà, seconda certa dottrina, una tutela contro eventuali atti ritorsivi era già fornita dalla giurisprudenza lavoristica che considerava illegittimi i provvedimenti disciplinari di ritorsione adottati dal datore di lavoro nei confronti del segnalante (cfr. R. LATTANZI, *Prime riflessioni sul c.d. whistleblowing: un modello da replicare "ad occhi chiusi"?*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, XXIX, 2, 2010, pp. 335-365). Sulla necessità di introdurre nel nostro ordinamento l'istituto del *whistleblowing*, G. FRASCHINI, N. PARISI, D. RINOLDI, *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Catania, 2011.

ISSN 2036-7821

d.lgs. 231/2001 (che impone alcuni obblighi di segnalazione). Ma si trattava di riferimenti non adeguati a ricoprire la fattispecie diversa, per ambito soggettivo, del dipendente pubblico che segnala un illecito.

Anche il fatto di dover ricorrere a una perifrasi (*dipendente pubblico che segnala un illecito*) o a un termine straniero (*whistleblower*) dimostra quanto poco radicato sia il concetto nella cultura socio-giuridica italiana, come ha dovuto, a malincuore, ammettere anche l'Accademia della Crusca non essendo in grado di trovare nella lingua italiana una parola che riproduca integralmente il senso e il significato del termine inglese *whistleblower*. Non è quindi per esterofilia che continuiamo a utilizzare la parola straniera, ma proprio perché manca un corrispondente italiano di un istituto che è nato nella cultura anglosassone[9]. E anche il termine che più si avvicina, "segnalante" o "segnalatore", non restituisce in realtà la dimensione altamente etica e civica dell'istituto, come la si percepisce invece nella terminologia inglese, anche se è sicuramente una soluzione migliore o per lo meno neutra, rispetto ad altre proposte che invece contengono inevitabilmente un'accezione negativa, come ad esempio "informatore", "talpa" "gola profonda". Per non parlare di chi invece direttamente accosta il *whistleblower* al delatore o al traditore, dimostrando però di non aver colto il significato autentico e originario del concetto stesso di *whistleblowing*.

Perché la delazione è un atto contro qualcuno per un proprio, anche bieco, tornaconto personale. Come spiega il dizionario Treccani, la delazione è "l'atto di denunciare segretamente, per lucro, per servilismo o per altri motivi, l'autore di un reato o di altra azione soggetta a pena o sanzione, o di fornire comunque informazioni che consentano d'identificarlo". È quindi qualcuno che denuncia per perseguire un proprio interesse personale, o che denuncia un innocente configurando in questo caso l'ipotesi di reato prevista dall'art. 367 del codice penale (simulazione di reato, denuncia di fatti falsi, con la consapevolezza che sono falsi).

Ben diverso è il caso del *whistleblower*, che al contrario sacrifica il proprio interesse personale (alla tranquillità, al benessere individuale) a favore dell'interesse pubblico, segnalando fatti che secondo le proprie conoscenze ritiene che molto probabilmente si siano verificati. Non è quindi un atto contro qualcuno, ma a favore dell'amministrazione: facendo emergere episodi di *mala gestio* o semplicemente falle

[9] Per una prima definizione di whistleblowing, ancora tra le più accreditate oggi, cfr. M.P. MICELI, J.P. NEAR, *Organizational Dissidence: The Case of Whistleblowing*, in *Journal of Business Ethics*, 4, 1985, pp. 1-16. Per un excursus storico sull'evoluzione del concetto di whistleblowing a partire dal diritto medievale inglese fino alla moderna legislazione statunitense, cfr. J.R. BECK, *The False Claims Act and the English Eradication of Qui Tam Legislation*, in *North Carolina Law Review*, 78, 3, 2000, pp. 539-641. Vedi anche V.M. DONINI, *La tutela del* whistleblower *tra etica e pragmatismo. La logica premiale del diritto statunitense: un modello da seguire?*, in *Amministrativ@mente, rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo*, n. 1, 2022, pp. 216-242.

ISSN 2036-7821

nel sistema, consente di migliorare, infatti, l'efficacia, il buon andamento e l'imparzialità di un'amministrazione.
Tuttavia, la dimensione etica del *whistleblower* non è ancora pienamente compresa nell'esperienza socio-culturale italiana prima ancora che giuridica e l'istituto, di importazione anglosassone, fatica a decollare.
Eppure, il *whistleblowing* è uno strumento indispensabile per aumentare la capacità delle amministrazioni di scoprire, e quindi prevenire, eventuali fenomeni corruttivi. Ed è per questo motivo che la legge 190/2012 per la prima volta ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto del *whistleblowing*, prevedendo delle embrionali, parziali tutele per il dipendente che segnala illeciti. In particolare, con l'inserimento di un nuovo art. 54-bis al d.lgs. 2001/165, la legge 190/2012 ha disposto tre regole: tutela della riservatezza del denunciante, divieto di discriminazione nei confronti del *whistleblower* e sottrazione della segnalazione al diritto di accesso.
Sicuramente tale intervento normativa ha rappresentato un grande passo avanti, soprattutto sotto il profilo culturale, ma non ancora un'adeguata protezione che potesse allineare l'Italia agli standard internazionali ed europei.
Non a caso, proprio l'Unione Europea in un rapporto sullo stato dell'arte in tema di lotta alla corruzione di tutti i paesi membri[10], aveva considerato non adeguate tali tutele segnalando al legislatore tutta una serie di criticità, ad esempio l'ambito di applicazione eccessivamente limitato (a causa di una nozione di dipendente pubblico eccessivamente restrittiva), l'insufficiente tutela della riservatezza, ma soprattutto un'inefficace tutela contro gli atti ritorsivi.
Di conseguenza, per superare tali criticità che rendevano di fatto inadeguata la tutela del *whistleblower*, il legislatore italiano è tornato a disciplinare la materia nel 2017, con un testo interamente dedicato alla "tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato".
La nuova normativa, approvata dopo un lungo e aspro iter parlamentare a causa delle forti opposizioni di chi ancora fraintendeva l'istituto del *whistleblowing* con la delazione, supera le criticità della legge 190/2012 e fornisce una maggiore tutela alla persona che segnala illeciti, ampliando l'ambito di applicazione soggettivo e, soprattutto, fornendo maggiori garanzie al segnalante, sia sotto il profilo della riservatezza, sia in merito alla tutela da misure ritorsive e discriminatorie[11].

[10] *Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione*, com(2014) 38.
[11] N. PARISI, *Osservazioni a prima lettura sulla legge n. 179/2017 di tutela del whistleblower*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 1, 2018, pp. 1-31; R. CANTONE, *Il dipendente pubblico che segnala illeciti. Un primo bilancio sulla riforma del 2017*, in *Sistema penale*, 29 giugno, 2020; A. DELLA BELLA, S. ZORZETTO. (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, Atti del I Convegno annuale del dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria" (Milano 18 - 19 novembre 2019), Milano, 2020; e M. MARTONE, *La repressione della corruzione e la tutela del "whistleblower" alla luce della l. 30 novembre 2017, n. 179*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2018, 1, pp. 61-70.

ISSN 2036-7821

Questo è sicuramente un punto fondamentale, dal momento che ancora oggi, uno dei fattori che rallenta la diffusione dell'istituto è proprio il timore di ritorsioni a seguito della segnalazione. Se in passato il dipendente aveva minori strumenti a tutela, oggi la legge 179/2017 prevede che in caso di applicazione di misure ritorsive queste vadano segnalate all'ANAC (e non più al Dipartimento della Funzione Pubblica, che di fatto non aveva poteri di intervento e sanzionatori) che, oltre a irrogare sanzioni amministrative al RPCT colpevole di aver applicato la misura ritorsiva (come ad esempio trasferimento, demansionamento, sanzioni disciplinari), ha il potere di dichiarare la nullità di tali atti e la reintegrazione in caso di licenziamento. E soprattutto non è il dipendente a dover dimostrare il nesso causale tra segnalazione e misura ritorsiva, ma è l'amministrazione a dover dimostrare che la misura non ha nulla a che vedere con la segnalazione.

La norma mira a creare un clima organizzativo interno alle amministrazioni ben disposto nei confronti del *whistleblowe*r, anche se è indubbio lo sfavore con cui ancora oggi è considerato chi inevitabilmente rompe quel patto di "solidarietà" con il quale si fraintende invece una forma di omertà che in un certo senso lega il dipendente a colleghi e superiori.

Nonostante le tutele previste dalla legge, infatti, si osservano ancora forti resistenze, proprio perché manca un clima organizzativo che sostenga il *whistleblower*, a differenza di quanto si può rilevare in altri paesi dove invece chi segnala è visto in maniera positiva, o addirittura come una sorta di eroe che si fa carico dell'interesse pubblico a discapito della propria tranquillità personale.

Per questo motivo, in alcuni ordinamenti (si pensi ad esempio agli Stati Uniti) è prevista anche una premialità per chi segnala, considerando che non solo la ricompensa incentiva la segnalazione, ma può contribuire anche ad aumentare la consapevolezza sul tema, dal momento che più persone segnalano, più il sistema si diffonde. E ciò produce un evidente beneficio per lo Stato dal momento che il *whistleblowing* permette di recuperare grosse somme di denaro, ed è uno strumento più efficace ed economico rispetto ai tradizionali metodi investigativi, anche perché la ricompensa non grava sul bilancio dello Stato, ma è semplicemente una percentuale sulle somme recuperate.

Tuttavia, monetizzare la virtù può comportare dei rischi oltre che sollevare perplessità sotto il profilo etico: chi assiste a qualcosa di scorretto dovrebbe sentirsi moralmente costretto a denunciare e non perché incentivato da una ricompensa economica. E soprattutto, l'attrattiva della ricompensa potrebbe minare tutta la credibilità del sistema, producendo segnalazioni false, opportunistiche oppure accordi sottobanco tra potenziali *whistleblower* e possibili segnalati[12].

[12] Si segnala c che nel dibattito sul tema a un certo punto si era pensato a introdurre la logica premiale nel nostro ordinamento; si veda il *Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e*

ISSN 2036-7821

Per questi motivi il modello premiale statunitense non ha avuto una grande diffusione, e soprattutto non si ritiene auspicabile il suo recepimento nel nostro ordinamento: la premialità, infatti, potrebbe indurre a peggiorare la considerazione negativa che ancora ammanta l'istituto, soprattutto per il timore di segnalazioni in cattiva fede, a scopo ritorsivo o per interessi personali confliggenti con l'interesse pubblico. Ed è proprio il timore di un uso distorto del *whistleblowing* a rallentarne la sua circolazione e diffusione, anche solo a livello di dibattito pubblico, oltre al problema culturale di recepire un istituto considerato comunque alieno all'esperienza giuridica italiana.

D'altra parte, però, non si può nemmeno trascurare il fatto che, nonostante gli indubbi progressi sotto il profilo delle tutele offerte dal legislatore, chi segnala oggi, inevitabilmente è destinato a subire delle conseguenze sulla sua vita lavorativa e anche personale[13], come si può facilmente dedurre dalle numerose delibere ANAC che riguardano proprio l'applicazione di misure ritorsive[14].

Per questo motivo si ritiene necessario un sostegno maggiore al *whistleblower*, come è previsto ad esempio dalla Direttiva comunitaria 2019/1937 che, rispetto alla normativa italiana, innalza ulteriormente le tutele. Ad esempio, la Direttiva prevede non solo l'introduzione di un centro di assistenza pre-segnalazione, per aiutare i potenziali segnalanti a procedere correttamente (e a non sbagliare ad esempio canali o procedure), ma anche assistenza finanziaria e sostegno psicologico ai *whistleblowe*r.

Purtroppo, l'Italia non ha ancora proceduto al recepimento della direttiva, nonostante i termini siano scaduti nel dicembre 2021, e quindi siamo ancora lontani non solo dal fornire un reale ed efficace sostegno al *whistleblower* sotto il profilo

---

prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, 2012, che espressamente prevedeva la necessità di introdurre "una disciplina che favorisca l'emersione del fatti di corruzione, con la predisposizione normativa di un sistema di protezione e di premialità per chi assume il gravoso onere di denunciare in buona fede episodi illeciti di cui sia venuto a conoscenza" (p. 32). Non a caso la proposta di legge AC 3365, presentata il 15 ottobre 2015 includeva la previsione di una ricompensa per il segnalante, ma tale disposizione non è rimasta nel testo normativo attualmente in vigore. Sui rischi della premialità D.U. GALETTA, P. PROVENZANO, *La disciplina italiana del whistleblowing come strumento di prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione: luce e (soprattutto) ombre*, in *Federalismi. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 18, 2020. Per una comparazione tra i diversi modelli sul tema della premialità, cfr. V.M. DONINI, *La tutela del* whistleblower *tra etica e pragmatismo*, cit., p. 241.

[13] Vedi C.F. ALFORD, *Whistleblowers: Broken Lives and Organizational Power*, Ithaca-London, 2001; K. KENNY, *Whistleblowing: Toward a New Theory*, Cambridge, 2019. Entrambi mettono in evidenza una sorta di rassegnazione generale in merito al destino del whistleblower, come se, secondo la narrazione dominante, fosse inevitabilmente condannato a subire ritorsioni. Cambiare la percezione del whistleblower da eroe solitario a "normale" dipendente che semplicemente sceglie di fare la cosa giusta anche perché legato (affettivamente ed emotivamente) alla sua organizzazione è quindi fondamentale per consentire all'istituto di diffondersi.

[14] Sul punto cfr. Di RIENZO M., FERRARINI A., *Pro patria mori? Dovere di collaborazione e tutela del whistleblower nell'art.8 del codice di Comportamento dei Dipendenti pubblici*, in *Azienditalia*, 7, pp. 1-25.

ISSN 2036-7821

finanziario, ma anche dall'allineamento su alcuni punti fondamentali previsti dalla direttiva, che non trovano corrispondenti nell'attuale normativa italiana[15].
In questo contesto, tuttavia, è molto importante il ruolo della società civile, che già oggi, in maniera spontanea e purtroppo non ancora istituzionalizzata, assolve una fondamentale funzione di accompagnamento e supporto al segnalante per tutto il percorso della segnalazione. È questo il caso, ad esempio, di Linea Libera, un servizio telefonico e gratuito offerto da Libera – Associazioni, nomi e numeri contro le mafie, a chi vuole segnalare un episodio di corruzione: si tratta in pratica di un'attività di sostegno per chi non sa come districarsi in un percorso che si preannuncia lungo e complicato, in modo da chiarire il contenuto della segnalazione e anche da procedere correttamente nel complesso iter burocratico. Anche Transparency International, con la piattaforma digitale ALAC – Allerta Anticorruzione, offre un servizio di assistenza ai segnalanti, aiutandoli a circostanziare la segnalazione, identificare il destinatario (RPCT o ANAC) e guidandoli in tutto il percorso.
Perché va anche considerato che la segnalazione non è un semplice atto, ma è un processo, lungo e a volte doloroso, che riguarda non solo il segnalante, ma anche la sua famiglia e chiunque gli resti accanto. Per questo motivo il *whistleblowing* non dovrebbe essere considerato un fatto individuale, bensì un fenomeno collettivo, dato che all'azione del *whistleblower* corrisponde un vantaggio per tutta la collettività, qualora vengano effettivamente scoperti episodi di corruzione o *maladministration*. E per questo motivo, considerando la funzione sociale del *whistleblower*, il suo impatto sulla comunità e l'obiettivo finale di perseguimento dell'interesse pubblico, è fondamentale che la collettività mostri sostegno e solidarietà a chi si fa carico di queste istanze, appunto, collettive.

3. Il progetto Formare per trasformare

Alla luce di tutte queste considerazioni, si comprende come per vari motivi (resistenze culturali, poca conoscenza, timore di un uso distorto) l'istituto del *whistleblowing* sia ancora visto con una certa diffidenza sia all'interno delle amministrazioni, sia nell'opinione pubblica.

[15] Ad esempio, per quanto riguarda l'ambito soggettivo di applicazione, che la direttiva amplia ulteriormente rispetto alla normativa italiana, o per quanto riguarda i canali di segnalazione, o la qualificazione delle misure ritorsive. Cfr. P. NOVARO, *Principali criticità della disciplina italiana in materia di whistleblowing alla luce della nuova direttiva europea: limitato campo di applicazione e scarsi incentivi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5, 2019, pp. 737-760; W. VANDEKERCKHOVE, *Is It Freedom? The Coming About of the EU Directive on Whistleblower Protection*, in *Journal of Business Ethics*, 179, 2021, pp. 1-11; M. MAGRI, *Il whistleblowing nella prospettiva di una disciplina europea armonizzata. La legge 179/2017 sarà a breve da riscrivere?*, in *Federalismi. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 18 , 2019, pp. 2-32. Per un confronto tra il contenuto della Direttiva 2019/1937 e la legge 179/2017, cfr. V.M. DONINI, *La tutela del whistleblower tra resistenze culturali e criticità legislative*, in *Penale. Diritto e procedura*, 4, 2021, pp. 759-777.

ISSN 2036-7821

In particolare, partendo da un punto di partenza esperienziale (rilevato dalle domande poste negli ultimi anni nei diversi corsi di prevenzione e contrasto alla corruzione erogati alla SNA), si è rilevato che nei corsi generali circa la metà dei partecipanti sente per la prima volta il termine *whistleblower* durante il corso, l'altra metà conosce l'istituto ma non nei dettagli, e di questa metà, la maggior parte lo considera negativamente come uno strumento che favorisce la delazione. Pochissimi ne colgono le potenzialità anche sul versante organizzativo: ben potendo la segnalazione di *maladministratio*n sfociare nell'introduzione di misure gestionali e operative in grado di evitare le distorsioni oggetto della segnalazione.
Questa difficoltà applicativa dell'istituto è stata riscontrata anche nell'ambito delle iniziative di Open Government Partnership, cui la SNA partecipa dal 2021. In particolare, il Quinto Piano d'Azione Nazionale per il Governo Aperto (che la SNA ha contribuito a co-creare) prevede espressamente la necessità di realizzare delle reti a sostegno del *whistleblower*[16], anche in considerazione degli investimenti e degli interventi previsti nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).
Da una parte, quindi, è necessario rafforzare le competenze dei soggetti che gestiscono le segnalazioni: in questo ambito un ruolo importante spetta alla Comunità di pratica dei RPCT (promossa dalla SNA proprio in attuazione degli impegni previsti dal Quinto Piano d'azione, oltre che dal PNRR), all'interno della quale sono già in atto percorsi formativi volti ad aumentare le conoscenze e rafforzare le competenze dei RPCT che gestiscono le segnalazioni[17].
Dall'altra, è necessario aumentare la consapevolezza dell'istituto del *whistleblowing* tra i dipendenti pubblici, promuovendo modelli innovativi di formazione, ma anche fornendo un concreto supporto alla gestione del dilemma etico[18].
Ed è in questo contesto, che si inserisce la ricerca *Formare per trasformare - Amministrazione aperta e modelli formativi innovativi per una più efficace attuazione dell'istituto del whistleblowing*, promossa dalla SNA nell'ambito delle attività di ricerca 2021-2022 della Scuola e in attuazione del Quinto Piano d'Azione, in particolare l'impegno 2.02 "reti a supporto del whistleblower".

---

[16] Quinto piano d'azione nazionale per il governo aperto, 2022-2023 (5°NAP), pp. 20-22: impegno 2.02, Reti a supporto dei *whistleblower* nell'ambito dell'azione dedicata alla prevenzione della corruzione e cultura dell'integrità. Come specificato nel 5°NAP (p. 20), infatti, "l'efficace gestione delle segnalazioni di condotte illecite (*whistleblowing*) ed il supporto ai potenziali segnalanti (*whistleblower*) rappresentano, nella fase di attuazione del PNRR, attività cruciali per la sorveglianza sulla qualità delle opere e dei servizi, sull'economicità della spesa, sull'integrità delle procedure, in generale sulla presenza di anomalie, conflitti di interessi, eventi corruttivi. A tal fine, vanno rafforzate le competenze dei soggetti che gestiscono le segnalazioni (RPCT), così come la conoscenza dei servizi civici di supporto alle persone che vivono il dilemma della segnalazione"

[17] Per informazioni sulla Comunità di Pratica dei RPCT: https://paf.sna.gov.it/scheda_corso.html?cid=2807.

[18] A questo proposito, il 5°NAP prevede espressamente la costituzione di un elenco delle associazioni che svolgono servizi di accompagnamento ai potenziali whistleblower, affinché garantiscano privacy, terzietà e specchiata integrità, e la Diffusione della conoscenza dei servizi di accompagnamento affinché siano conoscibili ai potenziali *whistleblower*.

ISSN 2036-7821

Lo studio ha l'obiettivo di valutare l'impatto della formazione sui discenti dei corsi SNA in materia di prevenzione della corruzione, ai fini di valutare un eventuale cambiamento sulla percezione dell'istituto della tutela del *whistleblowe*r.
L'esperienza maturata dalla SNA nell'ambito della formazione sul tema della prevenzione della corruzione e il numero elevato di partecipanti ai corsi (quasi 17.000 nel quadriennio 2017-2020 e oltre 6.000 nel 2021, suddivisi tra le tipologie di formazione erogata: formazione generalista, per *risk manager*, per *risk owner*), rappresentano, infatti, un importante patrimonio da cui partire per una raccolta di dati sia sull'uso e la percezione dell'istituto del *whistleblowing*, sia sulla conoscenza di buone pratiche a tutela della trasparenza e dell'integrità.

4. La ricerca. Piano di lavoro e strumento di rilevazione

4.1.Disegno della ricerca.
La domanda da cui la ricerca ha preso le mosse è: in che misura la formazione erogata riesce a modificare durevolmente le opinioni e l'atteggiamento che i partecipanti rivelano nei confronti dell'istituto del *whistlebowing.*
In coerenza con la tipologia di attività di ricerca della SNA, connesse allo sviluppo delle attività di formazione della Scuola, l'attività di ricerca è in particolare finalizzata a innovare modelli formativi per promuovere la conoscenza dell'istituto del *whistleblowing* (all'interno, ma anche all'esterno della PA) e individuale modelli innovativi di formazione per la gestione delle segnalazioni.
Per rispondere alla domanda è stata disegnato un percorso di ricerca che segue l'offerta didattica proposta dalla SNA in materia di anticorruzione, sia recente (attuata precedentemente al 2022), sia corrente (in attuazione nel 2022).
In tale contesto, i partecipanti ai corsi sono intervistati in tre momenti distinti, prima, immediatamente a ridosso e a distanza di sei mesi dalla partecipazione a un corso tra quelli programmati in materia di *whistlebowing*. Inoltre, i corsisti del passato saranno intervistati allo scopo di verificare la tenuta di lungo periodo dei contenuti appresi, ponendoli anche in questo caso in relazione al loro profilo e al contesto motivazionale e lavorativo in cui operano.
Inoltre, per verificare puntualmente in che misura i corsi contribuiscono alla comprensione consapevole dell'istituto del *whistleblowing*, i questionari sono somministrati in modo da far leva su uno o più panel di rispondenti (a seconda delle edizioni incluse nel piano di ricerca) e potere così verificare l'efficacia della didattica erogata sia nel breve periodo (con rilevazioni a ridosso del corso), sia dopo un periodo di tempo più lungo (a sei mesi di distanza).
Il programma di ricerca, nella sua fase di avvio, tenuto conto che non sono disponibili altre evidenze empiriche in materia, prevede che si proceda con una

ISSN 2036-7821

somministrazione più tradizionale, via email e dunque nel rispetto della volontarietà della partecipazione e confidenzialità nel trattamento dei dati, per poi passare a una somministrazione con tecnica CAWI (Computer Assisted Web Interviewing[19]), che consenta di garantire ai rispondenti il pieno anonimato.
I dati illustrati di seguito sono riconducibili alla prima ondata di somministrazioni (maggio 2022[20]). La rilevazione è stata indirizzata verso un gruppo di 207 partecipanti al corso programmato per l'inizio di maggio e 172 di essi hanno restituito il questionario somministrato completandolo in ogni sua sezione (la copertura è risultata pari all'83,1%).
Tuttavia, è opportuno ricordare che gli strumenti messi finora in campo sono destinati anche a verificare quanto essi risultino efficaci se usati per rappresentare in modo valido e affidabile il fenomeno in esame, ovvero se non sia necessario o calibrare meglio le tecniche da usare o addirittura integrare gli strumenti destinati all'analisi quantitativa, con altri strumenti di osservazione, orientati in senso qualitativo (ad esempio interviste individuali direttive o interviste di gruppo, focus, comunità di pratiche).

4.2. Il questionario

Per le ragioni su delineate il questionario usato in questa prima fase si concentra su un set limitato di aspetti. Lo scopo, infatti, era sì rilevare alcune informazioni di interesse, ma anche capire, tenendo conto delle reazioni emergenti, della copertura, della qualità delle risposte segnalate, quali problemi di metodo (validità, affidabilità, accuratezza delle risposte rilevate) emergevano in una rilevazione di questa natura, impostata con queste tecniche, incorniciata nel contesto istituzionale della Scuola Nazionale dell'Amministrazione.
Il questionario è strutturato in due sezioni. La prima destinata a rilevare opinioni e atteggiamenti nei confronti dell'istituto del *whistleblowing* e del lavoro nelle pubbliche amministrazioni (9 quesiti per un totale di 36 variabili), la seconda sezione propone una scheda anagrafica (7 quesiti).
In particolare, i quesiti inclusi nella prima sezione sono stati formulati così:

1. Conosce la normativa italiana a tutela del *whistleblower* (legge n. 179 del 2017)?
2. Ha una opinione positiva o negativa sull'istituto del whistleblowing? (Filtro: Se ha una opinione "Negativa") Per quale ragione?
3. Di seguito sono elencate alcune affermazioni che riguardano la segnalazione (*whistleblowing*) di attività illegali, irregolari e/o sprechi. Esprima, per ciascuna, il

[19] Si tratta sostanzialmente di fornire il questionario via web attraverso un link a una piattaforma dedicata (LimeSurvey).
[20] Altre rilevazioni si sono susseguite nei mesi successivi, per un totale di circa 700 questionari rilevati.

ISSN 2036-7821

suo grado di accordo: (si propongono 9 item e una scala tipo Likert a 6 opzioni o gradi).

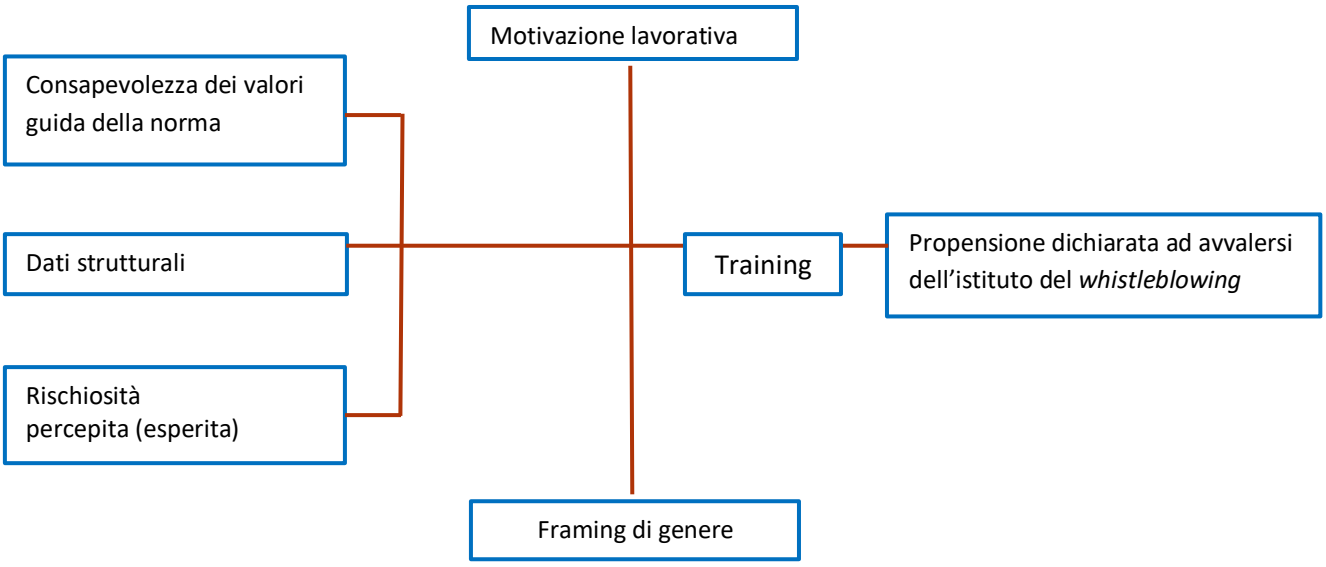
4. Qualora le capitasse di osservare o di avere prove su attività illegali, irregolari e/o sprechi, ritiene di essere sufficientemente informato/a su come procedere, seguendo i canali ufficiali, per segnalare tali attività?
5. Nel caso in cui le capitasse di osservare, o di avere prove su attività illegali, irregolari e/o sprechi, quali tra le seguenti opzioni la incoraggerebbe di più a segnalare l'accaduto? (si propongono 8 opzioni, richiedendo di sceglierne al massimo 3 in ordine di importanza).
6. Attualmente lavora in un ufficio che vigila sui rischi di corruzione (ad esempio: ispettorato, controllo di qualità, risk assesment, RPCT e così via)?
7. Di seguito sono elencate alcune affermazioni che riguardano la motivazione al lavoro in una pubblica amministrazione. Esprima per ciascuna il suo grado di accordo: (si propongono 5 item con una scala tipo Likert a 5 opzioni o gradi)
8. Di seguito sono elencate alcune affermazioni che riguardano la percezione della corruzione. Esprima per ciascuna il suo grado di accordo: (si propongono 6 item, con una scala tipo Likert a 5 opzioni o gradi).
9. Ha già seguito un programma di formazione sulla prevenzione della corruzione?

Nella seconda sezione si chiedono informazioni su età, sesso, titolo di studio, anzianità di servizio, dimensione dell'amministrazione e dell'ufficio in cui il rispondente lavora e qualifica. Le risposte sono strutturate in modo da limitare la riconoscibilità del compilatore.

Le domande della prima sezione mirano a rilevare informazioni che consentano di verificare, seppure in prima approssimazione, alcune osservazioni preliminari che consentono di cogliere il livello di consapevolezza e l'opinione generale segnalata dall'intervistato sull'istituto del *whistleblowing* e sulla sua propensione, come dire, "originaria" ad avvalersene se coinvolto in una situazione in cui si rendesse opportuno se non necessario, in base al dettato normativo, avvalersene. Inoltre, queste domande mirano anche a far emergere alcuni correlati situazionali, legati allo specifico contesto organizzativo, o motivazionale, se legati al proprio atteggiamento nei confronti del lavoro pubblico, o pre-organizzativi, se riconducibili a una mentalità selettiva a riferimento della quale è stata considerata la valutazione dell'applicazione dell'istituto del *whistleblowing* condizionata rispetto al genere del segnalante.

In termini schematici il modello operativo su cui il questionario è stato disegnato è il seguente:

ISSN 2036-7821



La formazione punta a modificare (in senso favorevole) la propensione all'uso del *whistleblowing*, ma non opera nel vuoto poiché altri fattori, accanto alla consapevolezza tecnica e/o ancor più profonda dei valori (ad esempio, integrità) che presidiano la "buona amministrazione" e di cui le norme, si assume, sono depositarie, possono incidere sulla sua applicabilità fattuale anche altri fattori

- contingenti (individuali e situazionali),
- ovvero di ordine motivazionale (eterogenei per quanto eterogeneo possa essere il profilo dei dipendenti pubblici), o
- genericamente culturali (tipicamente radicati all'esterno della sfera strettamente istituzionale dell'azione amministrativa).

Formazione a parte, l'incidenza di tali fattori potrà essere tale da accrescere o da contenere la propensione dichiarata, ma ovviamente tale osservazione è da considerarsi di carattere e richiede una misurazione empirica.
In questa sede proporremo una *prima analisi, esplorativa e parziale*, dei dati finora rilevati.

4.3. Profilo demografico e strutturale dei rispondenti

La metà circa degli intervistati (Tavola 1) dichiara un'età inferiore ai 43 anni, segnalando che la popolazione frequentante il corso di inizio maggio era, relativamente al mondo delle amministrazioni considerate nel loro complesso, relativamente più giovane.
La distribuzione tra uomini e donne non risulta polarizzata, seppure la differenza appaia significativa (maschi pari al 52,7 %, femmine al 47,3%).

ISSN 2036-7821

Una terza caratteristica saliente dei corsisti è che oltre tre quarti degli intervistati dichiara di essere in possesso di una laurea (secondo il vecchio ordinamento, 21,4%) o di un titolo superiore (una specializzazione per il 39,9% e addirittura un dottorato per il 14,3% dei rispondenti).
I quattro quinti dei partecipanti al corso ha una qualifica di funzionario mentre non si rileva la presenza di dirigenti. È interessante rilevare che il 76,4% degli intervistati è in servizio da meno di 10 anni, lavora in due casi su tre all'interno di una struttura prossima, servizio, area o unità operativa che comprende meno di 20 addetti, mentre la dimensione dell'amministrazione di appartenenza risulta polarizzata tra istituzioni sotto i 500 addetti o sopra i 1000 addetti in servizio.

Tavola 1. Profilo dei rispondenti (prima campagna 2022)

Classe di età	%
23-32	14,9
33-42	31,5
43-52	26,8
53-65	26,8
Sesso	%
Maschio	52,7
Femmina	47,3
Titolo di studio	%
Licenza media	2,4
Diploma di istruzione secondaria superiore	16,1
Diploma di istruzione secondaria non universitaria	,6
Laurea triennale	5,4
Laurea (vecchio ordinamento), laurea specialistica o magistrale (nuovo ordinamento)	21,4
Titolo post-laurea (specializzazione e/o master universitari)	39,9
Dottorato di ricerca	14,3
Qualifica	%
Funzionario	80,4
Altro	19,6
Anzianità di servizio (anni)	
Fino a 9	76,4
10-19	7,3
20-29	9,1

ISSN 2036-7821

30 e oltre	7,3
Dimensione ufficio (personale in servizio)	%
Fino a 9	34,1
10-19	32,9
20-29	11,4
15-19	2,4
20-24	2,4
25 e oltre	16,8
Dimensione amministrazione (personale in servizio)	%
Fino a 500	34,8
501-1.000	9,3
1001-5000	47,8
Oltre 5.000	8,1
	(N = 172)

In sintesi, si tratta dunque di un gruppo composto da una popolazione relativamente giovane, declinata più al maschile che al femminile, comunque caratterizzata da un elevato o molto elevato livello di istruzione, nella fase iniziale della carriera nell'amministrazione (meno di 10 anni), attivo in reparti spesso non affollati di personale e comunque in organizzazioni di dimensione o medio piccola o grande (oltre i 1.000 dipendenti).

5. Un quadro dei primi risultati

Innanzitutto, si osserva che *prima della partecipazione al corso* solo la metà dei partecipanti dichiara di conoscere i tre dispositivi previsti dalla norma a tutela del *whistleblower* (Tavola 2).

Tavola 2. Conoscenza delle norme a tutela del *whistleblower*

Conosce la normativa italiana a tutela del *whistleblower* (legge n. 179 del 2017)?	
	%
Conosco i canali per inoltrare la segnalazione	47,1
Conosco come è tutelata la riservatezza di chi segnala	54,8
Conosco come è tutelato/a contro possibili ritorsioni chi segnala	47,0
	(N=172)

ISSN 2036-7821

A questo proposito, considerando l'età dei rispondenti si segnala un chiaro spartiacque tra coloro che hanno meno o più di 50 anni. Più bassa è la classe d'età più frequentemente si dichiara di conoscere la norma di riferimento, secondo le tre modalità indicate. Peraltro, si osserva anche che le differenze di genere, di titolo di studio posseduto, di anzianità servizio del rispondente non risultano associate in modo significativo alla conoscenza o meno dei tre tipi di dispositivo.

Più in generale, gli intervistati mettono in luce opinioni piuttosto articolate e spesso incerte sui comportamenti, osservati o attesi, auspicati o meno, da parte delle amministrazioni in cui lavorano nei confronti del *whistleblowing*.

Peraltro, le opzioni ritenute più incoraggianti per decidere se segnalare o meno condotte ritenute illegali, irregolari e foriere di sprechi, risultano essere *prioritariamente e nell'ordine* la garanzia della riservatezza (segnalata dal 57,7% degli intervistati), sapere che la segnalazione è corretta (38,9%), che si sarà protetti da qualsiasi forma di ritorsione (36,6%), che il problema sollevato è ritenuto importante dall'amministrazione di appartenenza (31,8%) degli interpellati.

Due item tra quelli proposti ricevono un sostegno generalizzato (Tavola 3). Il primo recita: "È nell'interesse dell'Amministrazione che i dipendenti segnalino attività illegali, irregolari e/o sprechi" ed è condiviso dal 93,9% dei rispondenti. Il secondo afferma: "Segnalare attività illegali, irregolari e/o sprechi è innanzitutto un dovere morale", e trova l'accordo del 92,9% dei rispondenti.

Si osserva, peraltro, che gli intervistati dichiarano la loro incertezza o l'assenza di informazioni sulle politiche anticorruzione applicate nelle amministrazioni di appartenenza in varie occasioni. Infatti, si dichiara indeciso o dichiara di non sapere se l'amministrazione incoraggia i dipendenti a segnalare attività illegali, irregolari e/o sprechi rilevati all'interno dell'amministrazione (il 68,3% dei rispondenti), tutela della riservatezza dei dipendenti che segnalano (il 63,3%), li protegge in modo efficace (il 57,9% degli intervistati) o adeguato (66,1%) da potenziali ritorsioni. Per cui non sorprende che, per l'item che afferma: "Se pensassi di segnalare attività illegali, irregolari e/o sprechi rilevati all'interno dell'Amministrazione in cui lavoro, l'uso dei canali ufficiali, mi farebbe sentire al sicuro da ritorsioni" solo il 44,3% degli intervistati si dichiari d'accordo (più in dettaglio: il 25,1% completamente d'accordo, il 19,2% abbastanza d'accordo), mentre la maggioranza è indecisa, o in disaccordo o poco ne sa.

ISSN 2036-7821

Tavola 3. Opinioni sul comportamento, osservato o atteso, dell'amministrazione nei confronti del whistleblowing

	D'accordo	Indecisa/o	In disaccordo	Non sa
	Valori percentuali (di riga)			
L'Amministrazione in cui lavoro protegge efficacemente dalle ritorsioni il dipendente che segnala attività illegali, irregolari e/o sprechi	42,1	12,3		45,6
È nell'interesse dell'Amministrazione che i dipendenti segnalino attività illegali, irregolari e/o sprechi	93,9	2,4	,6	3,0
Il dipendente pubblico dovrebbe essere incoraggiato dal dirigente a segnalare attività illegali, irregolari e/o sprechi (ad esempio, qualificando pubblicamente tale comportamento come esemplare)	67,8	18,1	8,8	5,3
Il dipendente pubblico dovrebbe essere incentivato (ad esempio, con un premio in denaro, con opportunità di promozione) a segnalare attività illegali, irregolari e/o sprechi	22,8	13,2	59,3	4,8
Segnalare attività illegali, irregolari e/o sprechi è innanzitutto un dovere morale	92,9	2,4	1,2	3,6
L'Amministrazione in cui lavoro offre ai dipendenti che segnalano attività illegali, irregolari e/o sprechi adeguate tutele sulla riservatezza	36,1	14,2	0,6	49,1
L'Amministrazione in cui lavoro incoraggia i dipendenti a segnalare attività illegali, irregolari e/o sprechi rilevati all'interno dell'amministrazione	31,2	15,9	0,6	52,4
L'Amministrazione in cui lavoro offre ai dipendenti che segnalano attività illegali, irregolari e/o sprechi adeguate tutele sulle potenziali ritorsioni	33,3	14,3	0,6	51,8
Se pensassi di segnalare attività illegali, irregolari e/o sprechi rilevati all'interno dell'Amministrazione in cui lavoro, l'uso dei i canali ufficiali, mi farebbe sentire al sicuro da ritorsioni.	44,3	20,4	8,4	26,9

(N=172)

ISSN 2036-7821

Analogamente, i dati della tavola 4 mettono in luce che meno di un terzo dei dipendenti intervistati (29,9%) "qualora capitasse di osservare o di avere prove su attività illegali, irregolari e/o sprechi" disporrebbe delle informazioni necessarie per segnalare ciò che ha osservato.

Tavola 4. Disponibilità delle informazioni necessarie a segnalare attività illegali, irregolari e/o sprechi osservate

Qualora le capitasse di osservare o di avere prove su attività illegali, irregolari e/o sprechi, ritiene di essere sufficientemente informato/a su come procedere, seguendo i canali ufficiali, per segnalare tali attività?	
	%
Sì, dispongo di tutte le informazioni necessarie	9,4
Sì, dispongo di gran parte delle informazioni necessarie	20,5
Dispongo solo di una parte limitata delle informazioni	38,0
Non dispongo di alcuna informazione	14,6
Non so bene di quali informazioni avrei bisogno	17,5

(N=172)

Un'ulteriore dimensione inclusa nell'analisi considera il fattore motivazionale. Nella rilevazione è stata utilizzato un set di item semplificato, riconducibile alle esperienze di ricerca scaturite, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, in una varietà di contesti amministrativi e non solo in molteplici paesi, sulla base del modello euristico originariamente proposto da J.L. Perry e L.R. Wise[21] e successivamente, dopo una lunga serie di applicazioni opportunamente analizzate anche in chiave comparata, integrato e adattato ai fini di ricerca[22].
Come si può osservare (Tavola 5) il livello di motivazione emergente risulta piuttosto marcato, segnalando (in coerenza con altri risultati sottolineati in precedenza) lo

[21] J. L. PERRY, L. R. WISE, *The motivational bases of public service*, in *Public administration review*, 1990, pp. 367-373 e J.L. PERRY, *Measuring public service motivation: An assessment of construct reliability and validity* in *Journal of public administration research and theory*, 6(1), 1996, pp. 5-22. A. RITZ, G.A. BREWER, O. NEUMANN, *Public service motivation: A systematic literature review and outlook* in *Public Administration Review*, 76(3), 2016, pp. 414-426.

[22] D.H. COURSEY, S.K. PANDEY, *Public service motivation measurement: Testing an abridged version of Perry's proposed scale*, in *Administration & Society*, 39(5), 2007, pp. 547-568; S. KIM, *Revising Perry's measurement scale of public service motivation*, in *The American Review of Public Administration*, 39(2), 2009, pp. 149-163; J.L. PERRY, W. VANDENABEELE, *Public service motivation research: Achievements, challenges, and future directions*, in *Public Administration Review*, 75(5), 2015, pp. 692-699. Oltre la ricostruzione del lavoro empirico svolto, in questi contributi si segnalano anche alcune difficoltà di misurazione connesse con l'applicazione di questo modello di rappresentazione della motivazione al lavoro pubblico (su cui non ci dilunghiamo oltre in questa sede). Applicazioni in Italia in: F. P. CERASE, D. FARINELLA, *La teoria della "motivazione per il lavoro pubblico": un caso italiano*, in *Amministrare*, 37 (3), 2007, pp. 423-470 e in N. ZAMARO, G. FAZZI, *Exploring the interplay between leadership styles and PSM in two organizational settings*, in *International Journal of Manpower*, 37(5), 2015.

ISSN 2036-7821

spiccato orientamento dei singoli partecipanti al valore pubblico, all'interesse generale, alla consapevolezza delle interdipendenze di sistema in cui le amministrazioni sono calate. Tutti fattori basilari e potenti di motivazione intrinseca (e non opportunistica).

Tavola 5. Motivazione al lavoro

Tipo di motivazione al lavoro pubblico	D'accordo	Indeciso	In disaccordo
	Valori percentuali (di riga)		
Svolgere un lavoro che contribuisce al benessere dei cittadini per me è importante	97,6	2,4	0,0
Anche se posso essere ridicolizzato/a, non mi spaventa affrontare una battaglia per i diritti degli altri	83,4	11,8	4,7
Per me il servizio pubblico è più importante dei miei interessi personali	77,1	21,2	1,8
Sono pronto /a a fare tutti i sacrifici che servono per il bene della società	75,6	22,0	2,4
Ogni giorno le cose che succedono mi ricordano quanto siamo dipendenti l'uno/a dall'altro/a	73,7	25,1	1,2

(N=172)

L'applicazione della componente di genere (Tavola 6) all'analisi della propensione a segnalare attività illegali, irregolari e/o sprechi è uno dei punti emergenti nelle trattazioni scientifiche in materia, seppure allo stato attuale gli elementi descrittivi delle correlazioni osservate non siano stati rafforzati da un supporto teorico ed esplicativo sempre all'altezza della sfida[23].

[23] Dall'inizio degli anni duemila in dottrina si è affermato un filone di studi diretto a cercare un legame tra parità di genere e prevenzione della corruzione, o meglio, tra discriminazione di genere e corruzione. Si vedano a questo proposito A. SWAMY, S. KNACK, Y. LEE, O. AZFAR, *Gender and corruption*, in *Journal of Development Economics*, 64, 2001, pp. 25–55, e D. DOLLAR, R. FISMAN, R. GATTI, *Are women really the "fairer" sex? Corruption and women in government*, in *Journal of Economic Behavior & Organization*, 46, 2001, pp. 423–429 che teorizzano la minore propensione alla corruzione del genere femminile. Questa teoria è stata però confutata da H.E. SUNG, *Fairer Sex or Fairer System? Gender and Corruption Revisited*, in ***Social Forces***, 82, 2, 2003, pp. 703–723 secondo la quale a giustificare il dato empirico per cui nei paesi con maggiore rappresentanza femminile al governo e nei posti di lavoro la corruzione è minore, non è il genere a fare la differenza ma il sistema: un sistema politico che incoraggia una maggiore partecipazione femminile tende a essere più trasparente e democratico e conseguentemente meno corrotto. Su corruzione e parità di genere vedi anche TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Defying Exclusion: Stories and insights on the links between discrimination and corruption*, 2021; M. G. PACILLI, F. SPACCATINI, I. GIOVANNELLI, *Quale relazione tra mascolinità tradizionale e corruzione? Una prospettiva psicosociale*, in *Etica Pubblica*, 1, 2022, pp. 53-67. Più specificamente sulla relazione tra *whistleblowing* e genere, cfr. K. KENNY, M. FOTAKI, W. VANDEKERCKHOVE, *Whistleblower subjectivities: Organization and*

ISSN 2036-7821

Anche il questionario qui discusso comprende un quesito destinato a chiarire in che misura i dipendenti pubblici in esame dimostrino di condizionare la propria percezione della figura del *whistleblower* a una componente di genere.

Tavola 6. La percezione della corruzione rispetto alla componente di genere

	D'accordo	Indeciso	In disaccordo
Tra i dipendenti pubblici le donne sono meno disposte dei colleghi uomini a segnalare illeciti	3,2	33,5	63,3
Tra i dipendenti pubblici che segnalano attività illegali, irregolari e/o sprechi, le donne subiscono ritorsioni dai dirigenti in misura significativamente maggiore degli uomini	16,6	54,8	28,7
Tra i dipendenti pubblici, nel caso la segnalazione di attività illegali, irregolari e/o sprechi sia fatta da una donna capita più spesso che per gli uomini che lei perda completamente la stima dei colleghi	12,0	55,7	32,3
Le donne che lavorano nelle pubbliche amministrazioni segnalano attività illegali, irregolari e/o sprechi più frequentemente dei colleghi uomini	8,3	72,4	19,2
Tra i dipendenti pubblici che hanno segnalato attività illegali, irregolari e/o sprechi, le donne subiscono ritorsioni dai colleghi e dalle colleghe in misura significativamente superiore agli uomini	19,0	55,7	25,3
Tra i colleghi e/o le colleghe con cui lavoro, la donna che segnala attività illegali, irregolari e/o sprechi subisce più frequentemente degli uomini un forte stress personale	22,3	51,6	26,1

(N=172)

passionate attachment, in *Organization Studies*, 41, 3, 2020, pp. 323-343; L. WILLIAM, W. VANDEKERCKHOVE, *Fairly and Justly? Are Employment Tribunals Able to Even Out Whistleblowing Power Imbalances?*, in *Journal of Business Ethics*, 2021, pp. 1-12; M. T. REHG, M.P. MICELI, J.P. NEAR, J.R. VAN SCOTTER, *Antecedents and Outcomes of Retaliation Against Whistleblowers: Gender Differences and Power Relationship*, in *Organization Science*, 19, 2, 2008, 221-240. Vedi anche V.M. DONINI, *Whistleblowing e parità di genere: la (inevitabile?) sofferenza di chi segnala*, in corso di pubblicazione.

ISSN 2036-7821

I dati per ora analizzati mettono in luce che una parte non trascurabile, seppure non maggioritaria dei nostri interlocutori assegna alla figura della dipendente donna condotte (propensione a segnalare) o tipi di conseguenze (perdita della stima, ritorsioni dai colleghi e dai dirigenti, stress) legate alle condotte che sono distintivi rispetto a quelle percepite per gli uomini. Colpisce peraltro l'addensamento, pronunciato o molto pronunciato, di indecisi in tutti gli item considerati.

6. Alcuni spunti iniziali

6.1. Sui dati rilevati

Sotto il profilo della ricerca si osserva che i dati, seppure considerati in questa fase in modo descrittivo ed esplorativo, presentano un quadro coerente, per tutte le dimensioni in analisi. Anche con qualche elemento inatteso. E gli approfondimenti successivi potrebbero consentire di validare il modello generale cui si fa riferimento. Naturalmente, i dati qui illustrati rappresentano solo *un primo passo in questa direzione* e, soprattutto, un primissimo passo se consideriamo l'esigenza di verificare l'efficacia dello strumento formativo nel cambiare (rassicurando, rafforzando, incoraggiando) l'orientamento all'uso dell'istituto del *whistleblowing* tra i dipendenti pubblici. Il contributo della ricerca, peraltro, potrà essere anche molto puntuale, in particolare per quel che riguarda l'individuazione di alcuni correlati importanti delle condotte in esame, come anche osservato in altri studi, realizzati in altri contesti istituzionali e sociali.

Nei risultati della prima esplorazione è possibile anche formulare alcune proposte di tenore pratico:

- il personale intervistato rivela una robusta base motivazionale (intrinseca) su cui contare per sviluppare iniziative volte al rafforzamento della cultura della integrità amministrativa. La motivazione espressa è radicata eticamente[24]. Tuttavia, emerge anche che il personale è attento a come l'amministrazione gioca (e se in modo coerente o meno) la sua parte;

[24] Il rilievo dell'orientamento etico e dei tratti culturali più generali dei dipendenti pubblici nello spiegare la variabilità nella propensione a segnalare condotte illegali, illeciti e/o sprechi è stato ampiamente discusso in sede teorica (a partire da: J. NEAR e M.P. MICELI, *op. cit.*, e corroborato empiricamente in vari contesti istituzionali e sociali. Tra i molti si veda: M. P. MICELI, J. P. NEAR, M.T. REHG, J.R. VAN SCOTTER, *Predicting employee reactions to perceived organizational wrongdoing: Demoralization, justice, proactive personality, and whistle-blowing*, in *Human relations*, 65(8), 2012, pp. 923-954; J.A. DUNGAN, L. YOUNG, A. WAYTZ, *The power of moral concerns in predicting whistleblowing decisions*, in *Journal of Experimental Social Psychology*, 85, 2019, pp. 1-12; più in generale: B. CULIBERG, K.K. MIHELIČ, *The evolution of whistleblowing studies: A critical review and research agenda*, in *Journal of Business Ethics*, 146(4), 2017, pp. 787-803.

ISSN 2036-7821

- le amministrazioni, d'altra parte, devono essere più incisive e trasparenti nel sostenere l'applicazione dell'istituto[25].
- la formazione, in proposito, può contribuire a far conoscere in modo approfondito e condiviso l'istituto del *whistleblowing*, risultando ai funzionari pubblici ancora sconosciuto, quasi sconosciuto o fonte di incertezze piuttosto ricorrenti e su vari aspetti.

6.2. Sulla tecnica usata

Abbiamo già accennato alla copertura della rilevazione (172 rispondenti su 207 contatti). Il risultato è soddisfacente poiché il volume di mancate risposte totali non è tale da impedire un'analisi affidabile dei dati rilevati, tenuto conto, peraltro, che altre campagne di rilevazione sono state effettuate nei mesi scorsi e altre ancora saranno effettuate nei prossimi e dunque sarà possibile integrare, considerato il respiro almeno annuale delle campagne di rilevazioni in corso, la base di dati attualmente disponibile. Ma ovviamente margini di miglioramento sono ancora possibili. Sarà importante verificare in che misura l'alta copertura ottenuta si replichi nelle fasi successive e, in particolare, ai fini della tenuta dei panel che potranno essere costruiti dopo la frequenza al corso, la seconda rilevazione (a ridosso) e nella terza (a sei mesi). I panel di questo tipo, di solito, registrano cadute di partecipazione anche importanti. Si dovrà verificare se e quanto nel caso esse potranno influenzare la qualità delle analisi successive.

Le mancate risposte parziali dove si concentrano? E come le possiamo interpretare? E come potremmo ridurle in futuro? Rispondere a domande come queste, soprattutto in questa fase, è molto importante perché grazie a questa analisi potremo poi impostare sia la rilevazione (dal contatto col rispondente alla gestione completa del processo di rilevazione), sia lo strumento usato nelle CAWI, adottando la piattaforma più affidabile nel garantire l'anonimato. Inoltre, l'analisi delle mancate risposte parziali potrebbe consentire di individuare temi particolarmente sensibili per i rispondenti sui quali le informazioni di interesse potranno essere rilevate ricorrendo ad altri strumenti o forme di osservazione diretta e mirata, anche se di natura qualitativa, potendo poi procedere con opportuni strumenti di metodo a integrare informazioni quantitative e qualitative[26].

Le mancate risposte parziali sono rare e ammontano in media all'1,8% delle risposte, variando da un minimo pari allo 0,6% ad un massimo pari al 6,4% (nella domanda relativa al sesso del rispondente). Dati questi risultati il questionario si è dimostrato,

[25] Una rassegna utile della letteratura sul tema è stata recentemente pubblicata in: N. BELLÉ, P. CANTARELLI, *What causes unethical behavior? A meta-analysis to set an agenda for public administration research*, in Public *Administration Review*, 77(3), 2017, pp. 327-339.

[26] J. W. CRESWELL, J. DAVID CRESWELL, *Research Design. Qualitative, Quantitative, and Mixed Methods Approaches*, London. 2018.

ISSN 2036-7821

sotto questo profilo, efficace. Tuttavia, il quesito (3) che richiedeva la scelta di 3 item in un elenco di 8 item e la loro graduazione (da più preoccupante a meno preoccupante tra tre prescelti), nel formato cartaceo in auto-somministrazione non sempre ha funzionato correttamente e dovrà esser modificato nella somministrazione CAWI, guidando in modo più efficace il rispondente, sia nella scelta limitata sia nella graduazione della scelta espressa.
Allo stesso modo, le scale Likert, in particolare quella applicata nei quesiti sulla motivazione lavorativa (7) e sul pregiudizio di genere (8) non sempre sono state usate in modo efficace, rivelandosi portatrici di distorsioni, la cui origine non è ancora stata compresa compiutamente, potendo essere provocate da *response set effects* o da altro fattore, operante in concomitanza o meno. Anche questo aspetto dovrà essere considerato con attenzione nella fase di rilevazione CAWI.

7. Riflessioni e sviluppi successivi

Visto l'orizzonte temporale della ricerca, i risultati qui presentati sono ovviamente parziali e dovranno essere integrati con altri dati, tutt'ora in corso di rilevazione.
Abbiamo qui descritto l'impianto metodologico e gli obiettivi del progetto, e presentato dei risultati preliminari di una rilevazione iniziale riguardante un primo gruppo di funzionari pubblici intervistati soprattutto allo scopo di verificare la tenuta del questionario, nel suo complesso e in merito alla coerenza delle domande poste (wording usato nei quesiti e affidabilità degli item usati). La campagna di rilevazioni programmate nel progetto, comunque, proseguirà ancora per alcuni mesi, in parallelo con l'erogazione dei corsi. Si valuterà, altresì, la possibilità di integrare il questionario con ulteriori domini o sezioni tematiche, ma esclusivamente nell'indagine che metterà a fuoco orientamenti e atteggiamenti dei partecipanti ai corsi nel 2021 (per i quali è prevista un'unica somministrazione).
L'obiettivo è la somministrazione del questionario a tutti i discenti dei corsi erogati nel biennio 2022-2023 dalla SNA in materia di prevenzione della corruzione, oltre ai discenti dei corsi del 2021 (circa 6.000 partecipanti). Si tratta di un progetto decisamente complesso, diretto a sondare la percezione dell'istituto del whistleblowing da parte dipendenti pubblici (quindi un campione estremamente qualificato e omogeneo) per valutare l'eventuale ruolo trasformativo della formazione. L'impatto trasformativo della formazione è, in questa fase, ancora un'ipotesi di studio. La tesi di fondo su cui si basa la ricerca, infatti, potrebbe anche essere attenuata nella sua forza o nella sua direzione, se non addirittura smentita dai dati finali, nel qual caso si rivelerà necessario un ripensamento e una rimodulazione dell'attività formativa su questo tema.
In conclusione, l'obiettivo finale della ricerca non è solo la pubblicazione dei risultati, ma soprattutto una valutazione il più possibile oggettiva dell'impatto della

ISSN 2036-7821

formazione sulla percezione del whistleblowing; analizzando le evidenze estrapolate grazie alla somministrazione dei questionari e i fabbisogni formativi rilevati, si potrà procedere ad una valutazione complessiva dell'efficacia della formazione, al fine di considerare un'eventuale riformulazione dell'offerta didattica, diretta a promuovere modelli formativi innovativi sul tema del whistleblowing.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Impresa, cultura e comunità: dalle collaborazioni strategiche al partenariato speciale pubblico-privato

di Maria Camilla Spena

(Ricercatrice a tempo indeterminato di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II")

Sommario

1. Il partenariato speciale pubblico-privato come strumento di partecipazione nella valorizzazione dei beni culturali. – 2. Le forme speciali di partenariato pubblico – privato nel campo dei beni culturali – 3. Benefici e criticità delle forme di collaborazione tra soggetti pubblici e privati – 4. Considerazioni finali.

Abstract

This contribution proposes a reflection on the special forms of Public Private Partnership (PSPP) provided for by paragraph 3 of art. 151 of the new Code of Public Contracts. The Special Partnerships represent new models of collaborative public-private governance, where the public administration, as a single point of contact, must be entrusted with the single responsibility of all processes in any way falling within the valorisation process, eliminating conflicts of interpretation between the same offices. Only in this way can one make a direct or indirect contribution to local development and return the value of the cultural use of public goods to the communities to which they belong. In the face of the profound changes that have occurred, it is perhaps time to start a serious reflection on the relationship between public and private subjects, to identify the relationships, the most effective tools and ways of creating experiences that increase the public value generated by cultural heritage. When we talk about public services, we cannot reason exclusively with a purely economic-monetary logic, or with ideological prejudices, but with a logic of benefits generated to citizens, in a perspective that takes into account all the activities provided, and based on principles of rationality and economic sustainability.

** Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Il partenariato speciale pubblico-privato come strumento di partecipazione nella valorizzazione dei beni culturali

Le nuove frontiere della transizione digitale e l'estrema eterogeneità del tessuto sociale hanno profondamente cambiato il "sistema beni culturali" moltiplicando gli attori che vi operano e rendendo, quanto mai opportuna, una revisione delle modalità attraverso cui il settore pubblico e quello privato cooperano per fornire servizi e prodotti in campo culturale. Queste trasformazioni hanno determinato un nuovo approccio metodologico basato sulla valorizzazione di competenze trasversali (cd.*soft skills)* e tecniche (cd. *hard skills*) capaci di esaltare la portata del patrimonio culturale per lo sviluppo economico, sociale e culturale delle comunità, sia locale che internazionale, e di apprezzare i diversi linguaggi e i molteplici canali di espressione culturale. È proprio questa consapevolezza a rendere coscienti dell'importanza di salvaguardare, rispettare e tutelare il patrimonio culturale come un bene nostro e della collettività[1].

Anche sul piano europeo, la legislazione si muove in questa direzione. L'art. 3 del TUE, infatti, individua - tra gli obiettivi prioritari dell'UE - l'impegno a rispettare "la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e [a vigilare] sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo", così come l'art. 6 del TFUE statuisce che le competenze dell'Unione europea in materia di cultura sono finalizzate a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri. Tuttavia, oltre l'obiettivo della tutela e conservazione dei beni culturali, la rilevanza assunta dalla valorizzazione nei processi di sviluppo socioeconomico dei territori ha determinato il riconoscimento del ruolo che i privati possono svolgere in tale ambito mediante la costruzione di reti, intese e partenariati[2] in grado non solo di migliorare ma anche di incrementare la fruibilità del bene[3].

[1] G. MARI, *I beni culturali*, in AA.VV., *Fondamenti di diritto per l'architettura e l'ingegneria civile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 254 ss.

[2] Nel campo della valorizzazione dei beni culturali, due sono state le innovazioni che hanno ispirato una nuova dialettica nei rapporti tra pubblico e privato: la Convenzione di Faro ed il Codice del terzo settore. La prima, recepita in Italia nel 2020, con la legge n.133/2020, ha riconosciuto "che ogni persona ha il diritto, nel rispetto dei diritti e delle libertà altrui, ad interessarsi al patrimonio culturale di propria scelta, in quanto parte del diritto di partecipare liberamente alla vita culturale, diritto custodito nella Dichiarazione universale delle Nazioni Unite dei diritti dell'uomo (1948) e garantito dal Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali (1966)". Si v., *La Convenzione di Faro: la via da seguire per il patrimonio culturale*, Consiglio d'Europa 2020. Tale riconoscimento ha come corollario l'incoraggiamento alla partecipazione delle comunità nella gestione e nella cura del patrimonio culturale. Il secondo ha disciplinato una serie di istituti, come quello della concessione degli immobili culturali agli ETS (art. 71 d.lgs. n.117/2017), il partenariato pubblico privato in campo culturale (art. 89 d.lgs. n.117/2017) e gli istituti della co-programmazione, della co-progettazione e delle convenzioni con enti del terzo settore (art. 55 e 56) che delineano una nuova frontiera nei rapporti tra amministrazioni pubbliche e soggetti del terzo settore. Si v., E. BARONCINI, *Tutela e valorizzazione del patrimonio culturale mondiale nel diritto internazionale*, Bononia University Press, Bologna, 2021; A. GUALDANI, *I beni culturali immateriali: una categoria in cerca di autonomia*, in *Aedon.it*,1, 2019; S. FANTINI, *Beni culturali e valorizzazione della componente immateriale*, in *Aedon.it*, 2014; M. DUGATO, *Strumenti*

ISSN 2036-7821

Già nel 1976 M.S. Giannini scriveva che i beni culturali, pur avendo ad oggetto una cosa, non si identificano con essa. "La cosa è elemento materiale di interessi di natura immateriale e pubblica […]: su cui lo Stato-Amministrazione dei beni culturali ha delle potestà che non riguardano l'utilizzabilità patrimoniale della cosa, bensì la conservazione alla cultura e la fruibilità nell'universo culturale" (fruizione universale)[4]. Questo diverso approccio metodologico fra bene - ente pubblico conduce ad una diversa visione del suo valore e delle diverse forme di interazione con i privati[5] , privilegiando i rapporti imprese-attività culturali di lungo corso, con una progettualità su base pluriennale, con vantaggi immediati e accattivanti anche in caso di partecipazione a gare pubbliche.

Non essendo i beni culturali semplici beni di consumo ma "beni meritori"[6], essi assumono, anche in forza della previsione ex art. 9 della Costituzione una fondamentale funzione culturale[7]. La cultura è un elemento imprescindibile per la nostra società, per la coesione sociale, per la nostra economia e i costi per la cultura non costituiscono una spesa bensì un investimento: consapevolezza intellettuale e prosperità economica sono fattori che si autoalimentano reciprocamente contribuendo all'innalzamento della qualità della vita. Del resto, gli studi sugli impatti del patrimonio culturale (sia materiale che immateriale), evidenziano unanimemente che il patrimonio culturale si conferma sempre più come una risorsa strategica per lo sviluppo economico e sociale dei territori[8].

---

giuridici per la valorizzazione dei beni culturali immateriali, in *Aedon.it*, 2014,1; M. AINIS, M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura. Manuale di legislazione dei beni culturali*, II ediz., Giuffrè, Milano, 2008, p. 174.

[3] P. CARPENTIERI, *Fruizione, valorizzazione, gestione dei beni culturali*, Relazione tenuta al Convegno presso il Senato della Repubblica nel 2003 su '*Il nuovo Codice dei beni culturali e del paesaggio. Prospettive applicative*'.

L'A. sostiene che, "è indubbio che la fruizione precede la valorizzazione, in quanto inscindibilmente connessa alla tutela, della quale rappresenta lo sbocco necessario", poiché "la valorizzazione interviene su un bene già tutelato e quindi, di regola, già fruibile". Sugli strumenti di partenariato per la gestione, la valorizzazione, la fruizione e il finanziamento dei beni culturali, A. MOLITERNI (a cura), *Patrimonio culturale e soggetti privati. Criticità e prospettive del rapporto pubblico-privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019. Sul ruolo del privato nell'interrelazione tra valorizzazione ed esternalizzazione dei servizi pubblici culturali rinvio a mio contributo, M.C.SPENA, *La gestione indiretta dei servizi culturali di valorizzazione. Percorsi normativi e giurisprudenziali sull'affidamento a terzi*, in Rivista Giuridica Europea, 2021, 2, pp.179 ss.

[4] M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in Rivista trimestrale diritto pubblico, 1976, pp. 5 ss.

[5] Cfr. G. SCIULLO, *Patrimonio culturale e PSPP secondo il Codice dei contratti*, in *Il capitale culturale, Studies on the Value of Cultural Heritage Supplementi,* 2022, 12, pp. 79-92. Sul rapporto tra bene comuni e sviluppo sociale, si v., C. IAONE, *Beni comuni e innovazione sociale*, in *Equilibri*, 2015, 1, pp. 64 ss.

[6] Il concetto di bene meritorio, dall'inglese *merit good*, fu introdotto nell'economia da Richard Musgrave nel 1959 con *The Theory of Public Finance*, per indicare quei beni fra i quali la cultura, l'istruzione, la ricerca ai quali la collettività attribuisce un valore funzionale allo sviluppo morale e sociale della collettività stessa

[7] F. SANTORO PASSARELLI, *I beni della cultura secondo la Costituzione*, Studi in memoria di Carlo Esposito, III,

Padova, 1973, p. 1421; P. PERLINGIERI, R. MESSINETTI, *"Art. 9"*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Commentario alla Costituzione italiana*, Napoli, 2001, p. 44.

[8] G. SCIULLO, *I beni culturali quale risorsa collettiva da tutelare – una spesa, un investimento*, in *Aedon.it*, 2017, 3.; C. A. D'ALESSANDRO, *La tutela giuridica del patrimonio culturale immateriale. Uno studio di diritto comparato*, Padova, 2021; Sul valore generato dal patrimonio culturale sullo sviluppo economico delle comunità territoriali, cfr. M. GALDI,

ISSN 2036-7821

Si ricordi che la maggior parte dei musei pubblici è di natura non statale, gestiti con non poche difficoltà dagli enti territoriali. Incrementare le dotazioni finanziarie dei comuni affinché questi possano indire gare per la concessione dei servizi museali potrebbe aiutare non solo la visibilità delle aree culturali non statali ma incrementare anche il livello di capitalizzazione di piccole e medie imprese di gestione di servizi. Essendo variato il contesto normativo, e l'intera regolamentazione raccolta all'interno del Codice dei beni culturali e del paesaggio, oggi, quasi tutti i punti di interazione tra musei e fruitori sono gestiti attraverso concessionari privati. È questo il caso dell'accoglienza, dell'erogazione di informazioni, della produzione e distribuzione di audioguide, di visite guidate e laboratori didattici, della gestione delle prenotazioni e dell'acquisto di biglietti, della produzione di oggetti e di cataloghi e della loro rivendita attraverso i bookshop. Negli anni novanta l'idea di gestire la rivendita di gadget avrebbe fatto rabbrividire i puristi della cultura, oggi, invece, lo scenario è mutato profondamente. L'amministrazione pubblica si è evoluta e ha maturato anche capacità gestionali, così come i privati hanno creato delle specializzazioni importanti, sviluppando elevate competenze non solo in termini gestionali ma anche e soprattutto in termini tecnologici, creando servizi innovativi e capaci di coinvolgere, nei casi più virtuosi, tutte le categorie di pubblico che transitano all'interno della gestione dei beni culturali[9].

La pandemia ha costituito - anche nel settore culturale - un fattore di accelerazione di alcuni processi nel governo strategico dei servizi pubblici e privati. La crisi pandemica ha colpito molti settori legati ad eventi e luoghi fisici (musei e luoghi della cultura) dove si è cercato di sopperire mediante il passaggio su canali virtuali ed il ricorso ai contenuti digitali. Sotto alcuni profili, i fattori di cambiamento imposti già dal processo di globalizzazione[10] e, in seguito, dalla pandemia hanno trasformato la domanda stessa di "cultura" e spinto per la definizione di standard di qualità dei servizi e procedure di cooperazione formalizzate[11].

Patrimonio culturale e sviluppo del territorio, pp. 225 ss., in G.M. ESPOSITO, F. FASOLINO (a cura di), *Cura e tutela dei beni culturali, Cedam, Padova,* 2020.

[9] Sul legame virtuoso fra economia e cultura, si rinvia a S. BARILE, M. SAVIANO, A. COZZOLINO, F. IANDOLO, *Il management dei beni culturali tra essenza ed assenza, L'eredità di Massimo Montella*, atti della giornata di studio, "Il capitale culturale", in *riviste.unimc.it*, 2022.

[10]Sul diritto globale, C. GEERTZ, *Mondo globale, mondi locali. Cultura e politica alla fine del ventesimo secolo*, Il Mulino, Bologna, 1999; S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003; L. CASINI, *Diritto amministrativo globale*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffré, Milano, 2006; L. CASINI, *La globalizzazione giuridica dei beni culturali*, in *Aedon.it.it,* 2012, 3; D. SICLARI, *Il valore dei beni culturali nell'epoca globale. Ovvero per una globalizzazione che non sommerga le culture locali*, Laruffa Editore, Reggio Calabria, 2013;; M. MACCHIA, *La tutela del patrimonio culturale mondiale: strumenti, procedure, controlli,* in L. CASINI (a cura di), *La globalizzazione dei beni culturali,* Il Mulino, Bologna, 2010; A. SERRA, *Patrimonio culturale e nuove tecnologie: categorie di interessi e profili giuridici, La globalizzazione dei beni culturali (a cura di L. Casini),* Bologna, 2010, 225.

[11] Il patrimonio culturale in Italia si caratterizza per la sua distribuzione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale non concentrandosi nelle grandi città con la conseguenza che la scarsità delle risorse economiche e professionali determina il rischio - sopratutto nei musei dei centri minori - della impossibilità di tutelare sistemi

ISSN 2036-7821

La cultura, come poc'anzi detto, rappresenta un potente motore di sviluppo verso il miglioramento e la promozione della qualità degli stili di vita[12]. Questo ruolo "trasformativo" della cultura richiede, però, la costruzione di nuovi modelli gestionali basati su nuove competenze tecniche in grado da un lato, di sopperire alle carenze esistenti nella pubblica amministrazione e dall'altro, di promuovere modelli di cooperazione e confronto propositivo[13].

Nel diritto dei beni culturali, da oltre un decennio, il partenariato pubblico-privato - inserito nel Codice dei beni culturali nel capo dedicato alla valorizzazione dei beni culturali e disciplinato dagli artt. 112 (Valorizzazione dei beni culturali di appartenenza pubblica) e 115 (Forme di gestione) - è al centro di posizioni contrastanti fra chi ritiene prevalenti le esigenze di tutela e conservazione del bene culturale e chi sostiene quelle di fruizione collettiva e diffusione della conoscenza secondo una visione aziendalistica[14].

---

di valori, tradizioni tecniche che il patrimonio culturale interpreta e la perdita definitiva di pezzi significativi del patrimonio culturale collettivo. Inoltre, la normativa sui criteri minimi museali (d.m. 21 febbraio 2018, Adozione dei livelli minimi uniformi di qualità per i musei e i luoghi della cultura di appartenenza pubblica e attivazione del Sistema museale nazionale) nel prevedere l'accreditamento al Sistema Museale Nazionale a fronte del possesso di determinati requisiti qualitativi essenziali rischia di escludere dal Sistema i musei meno strutturati, che non raggiungono i livelli richiesti dalla legge.

[12] L'Agenda 2030 ha previsto un programma d'azione mondiale, con riferimenti specifici di sviluppo a base culturale, sottolineando il valore delle culture e delle civiltà quali "fattori cruciali per lo sviluppo sostenibile", valorizzando tutti gli odierni indirizzi delle politiche di settore attinenti il patrimonio, il paesaggio, la tutela, la creatività, l'*intracultura*, il digitale e la formazione.

[13] Le forme ordinarie di PPP sono in generale contratti a titolo oneroso per le amministrazioni pubbliche in cui queste sono *main payer (pagatore principale)* attraverso il pagamento di un prezzo o la concessione a titolo esclusivo del diritto di sfruttamento economico di un bene pubblico. Sui Partenariati Pubblico Privato (PPP) quali modalità di collaborazione tra autorità pubbliche e mondo delle imprese private: M.P. CHITI, *Partenariato pubblico-privato*, in Il Diritto Enc. Giur., vol. X, Milano, 2007; M. P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune,* in Il Partenariato Pubblico-Privato, a cura di M.P. CHITI, Napoli, 2009, pp.1 ss.; L. DEGRASSI, *La «fruizione» dei beni culturali nell'ordinamento italiano e comunitario, in Cultura e istituzioni. La valorizzazione dei beni culturali negli ordinamenti giuridici*, in L. DEGRASSI (a cura di), Milano, 2008, pp. 141 ss.; M.DUGATO, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, 2011, Torino; P. ROSSI, *Partenariato pubblico-privato e valorizzazione economica dei beni culturali nella riforma del codice degli appalti,* in *Federalismi.it*, 2018, 2, pp. 2 ss.; G. MARI, *Concessione di valorizzazione e finanza di progetto: il difficile equilibrio tra conservazione, valorizzazione culturale e valorizzazione economica*, in *Aedon.it*, 2019, 2.

[14]. M. GRISOLIA, *La tutela delle cose d'arte,* Il Foro italiano, Roma, 1952, p. 124, che, per primo, utilizzò la locuzione di bene culturale, osserva che la disciplina codicistica è sostanzialmente imperniata sul concetto di "bene", più che di "servizio": "il codice parla essenzialmente il linguaggio della disciplina dei beni e non delle prestazioni". Sulla ricostruzione della nozione di servizio pubblico culturale; R. TOGNI, A. ROSSARI, *Verso una gestione dei beni culturali come servizio pubblico*, Milano, 1978, 25 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Jovene, Napoli, 1979; L. CASINI, La valorizzazione dei beni culturali, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 2001, 3, p. 651; M.DUGATO, *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e servizio di pubblica utilità*, in Aedon.it, n.2, 2007; F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, in *Federalismi.it*, 2018, 1, p. 3 ss. Sulla suddivisione dei compiti di tutela dei beni culturali si v., invece, P.L. PORTALURI, *Commento agli artt. 4-5*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2018; G. BIASUTTI, *Brevi note intorno alla nozione di servizio pubblico culturale. Nomina sunt consequentia rerum*, in *Aedon.it*, 2021, 3.

ISSN 2036-7821

Tuttavia, autorevole dottrina ha sottolineato che "diversamente dagli altri servizi pubblici, il servizio culturale non utilizza il bene come strumento, ma piuttosto è un modo di essere del bene stesso, in quanto orientato allo sviluppo della cultura e quindi della fruizione da parte degli utenti'[15]; il bene resta al centro della scena ma è preso in considerazione non più solo come valore da preservare ma come una risorsa e un servizio da rendere, con quel che consegue in termini di finalizzazione della disciplina[16]. Riflessione che conduce alla consapevolezza sociale di come si debba "superare la ritenuta antinomia tra tutela e valorizzazione, poiché anche il secondo elemento del dittico implicava in sé il primo, formandone, come si dirà, anzi a sua volta un elemento costitutivo"[17].

2. Le forme speciali di partenariato pubblico – privato nel campo dei beni culturali

Tenuto conto delle premesse fin qui fatte, si comprende come il patrimonio culturale costituisca un fondamentale fattore di riqualificazione territoriale e di sviluppo economico-sociale a livello locale. A questo punto appare necessario chiedersi il *quomodo* e l'*an*: come perseguire tali obiettivi - al netto della scivolosa normativa esistente in materia - e se i modelli di gestione (tradizionalmente sbilanciati a favore della pubblica amministrazione) risultano idonei al mutato scenario economico politico. Non sarebbe forse il caso, tenuto conto delle trasformazioni in atto nel settore culturale, incrementare il ricorso a forme speciali di partenariato atte a predisporre modelli di co-amministrazione o di amministrazione condivisa[18]?

Nell'ambito del patrimonio culturale le forme di sostegno dei beni culturali hanno sempre visto il privato relegato ad una mera funzione di matrice economica, al pari di uno sponsor. Infatti, i primi interventi normativi risalgono alla legge n. 512 del 1982 che introdusse un regime di agevolazioni fiscali per i beni culturali[19].

---

[15] Cfr. S. CASSESE, *I beni culturali dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, p. 673; P. CONIO, *Beni culturali, perché scegliere strumenti di partnership pubblico-privato*, in *patrimonipanet.it*, 2007.

[16] F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, in *Federalismi.it*, 2018, 3; AA.VV., *Diritto del patrimonio culturale*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 149.

[17] In tal senso, S. CASSESE, *I beni culturali dalla tutela alla valorizzazione*, cit.

[18] I PPP costituiscono una particolare tipologia di rapporto contrattuale attraverso la quale l'amministrazione pubblica affida ad un operatore economico privato la realizzazione, trasformazione o manutenzione di un'opera in cambio della sua disponibilità o del suo sfruttamento economico o della resa di un servizio, con conseguente assunzione di rischio. Si v., in materia, S. MUSUMECI TOTI (a cura di), *La cultura dei privati - Il partenariato pubblico privato (sponsorizzazioni e project financing) ed altre iniziative*, Cedam, Padova, 2012; Sulla tipologia del tutto '*speciale e diversa*' rappresentata dai Partenariati previsti dal comma 3 dell'art. 15 rispetto a quelli disciplinati Codice civile cfr. MiBACT-Ufficio Legislativo, Circolare 9 giugno 2016, n. 17461, par. 11.

[19] Si leggano, sul tema, la legge n. 512 del 1982 sul regime fiscale dei beni di rilevante interesse culturale (cd. legge Scotti) disponibile su *Normattiva.it*; Circolare Ministero per i beni culturali e ambientali 30 novembre 1982, n. 5131. Sulle agevolazioni fiscali per i beni culturali: F. MOSCHETTI, *Giustificazione costituzionale delle agevolazioni fiscali per i beni culturali*, in G. FALSITTA (a cura di), *Il regime tributario e amministrativo dei beni culturali*, atti del Convegno svoltosi a Saint Vincent il 26 e 27 settembre 1986, in Il fisco, Roma, pp. 121-127; F. PISTOLESI, *Il ruolo delle agevolazioni fiscali nella gestione dei beni culturali in tempi di crisi*, in *Rivista di diritto Tributario*, 2014, II, p. 1219;

ISSN 2036-7821

Successivamente, con il diffuso convincimento del necessario coinvolgimento dell'imprenditoria privata nella gestione del patrimonio culturale iniziarono a delinearsi una serie di interventi legislative che hanno ridefinito il ruolo e la relazione fra la pubblica amministrazione ed il privato, precisando come l'apporto finanziario non potesse essere separato dalla condivisione di obiettivi e di scelte anche nella fase della gestione ordinaria.

La cooperazione tra amministrazione pubblica e soggetti privati per la tutela e valorizzazione dei beni culturali trova le sue fonti normative nel d.lgs. del 22 gennaio 2004 n. 42 (Codice dei Beni culturali), nel d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (Codice dei Contratti pubblici) e nel d.lgs. del 3 luglio 2017 n.117 (Codice del Terzo settore), secondo cui gli immobili pubblici possano essere dati in concessione a Enti del Terzo settore per fini di restauro[20]. Se è vero che il combinato disposto degli artt. 112 e 115 del Codice dei beni culturali disciplina la gestione indiretta dei beni culturali mediante l'appalto di servizi e la concessione a terzi delle attività di valorizzazione (in forma congiunta e integrata), uno strumento maggiormente orientato a forme di collaborazione di sviluppo territoriali risulta - stando alla normativa vigente - il Partenariato Speciale (PSPP) previsto dal comma 3 dell'art.151 del Codice dei Contratti Pubblici. Si tratta di forme speciali di partenariato, di natura contrattuale[21] e non istituzionale[22], che non danno luogo a nuove forme di governo dei beni culturali,

---

S. GIORGI, *Finanziamento pubblico e misure tributarie per la tutela e promozione del patrimonio culturale*, in *Arte, cultura e ricerca scientifica. Costituzione e amministrazione*, Convegno annuale Aipda 2018; G. GIUSTI, *La fiscalità dei beni culturali privati all'indomani della crisi post-COVID*, in *Aedon.it*, 2021, 2.

[20] Ai sensi dell'art. 71 comma 3 del d.lgs. n.117/2017 i beni culturali immobili di proprietà dello Stato, delle regioni, degli enti locali e degli altri enti pubblici, che richiedono interventi di restauro, possono essere dati in concessione (anche 50 anni) a enti del terzo settore (individuazione concessionario con procedura semplificata), con pagamento di un canone agevolato o le cui spese per interventi vengano detratte dal canone.

[21] Il Partenariato contrattuale è il partenariato pubblico privato basato su legami negoziali e di cooperazione tra p.a. e privato in base ai quali viene affidato a quest'ultimo con procedura di evidenza pubblica, la progettazione, il finanziamento, la realizzazione, gestione e manutenzione di un'opera pubblica e la gestione del relativo servizio in merito al quale la P.A. esercita un potere di vigilanza; le tipologie più frequenti sono la concessione di lavori pubblici per la realizzazione di parcheggi o impianti di illuminazione; la finanza di progetto o *Project Financing*; la *concessione di servizi*, il *contratto di disponibilità,* la *locazione finanziaria di opera pubblica, il* Contratto di Efficientamento energetico (EPC). Il Consiglio di Stato nella sentenza n. 1327/2020 nel chiarire la portata applicativa del comma 8 dell'articolo 180 del Dlgs 50/2016 ha statuito che *"il profilo causale del partenariato pubblico privato di tipo puramente contrattuale è rinvenibile nella gestione in collaborazione dell'opera o nella fornitura del servizio, e nella connessa distribuzione dei rischi tra soggetto pubblico e privato (art. 180)"; inoltre,* ha affermato che i contratti di partenariato pubblico-privato costituiscono una fattispecie aperta, nella quale possono rientrare tutte le tipologie di rapporti nei quali il rischio operativo sia posto in capo all'operatore economico e vi siano le condizioni di equilibrio economico-finanziario, pur differenziandosi dalle concessioni.

[22] Il Partenariato istituzionalizzato è il partenariato che nasce con la costituzione di una società partecipata dal soggetto pubblico e da quello privato, (una joint venture, una società mista o una società di progetto) o tramite il passaggio a controllo privato di una società già esistente (cd. privatizzazione) al quale si ricorre per la gestione di servizi pubblici a livello locale (come la raccolta dei rifiuti o la gestione dell'acqua). Cfr. M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, in *Federalismi*, 2012, 3; S. ANTONIAZZI,

ISSN 2036-7821

bensì definiscono modelli operativi ed organizzativi finalizzati alla valorizzazione del patrimonio culturale. Si introduce in tal modo una dimensione di corresponsabilità tra ente pubblico e privato e una visione dai risvolti socio-economici e territoriali del concetto di valorizzazione[23]. Diversamente da quelli ordinari, i PSPP, non si basano su una logica di scambio (prezzo o concessione in cambio di prestazioni) ma su una collaborazione aperta per finalità di interesse generale, come quelle culturali nella valorizzazione dei beni pubblici, basata sulla co-progettazione e sulla partecipazione della comunità territoriale di riferimento, tra un soggetto pubblico che detiene un bene immobile e un partner privato che fa da referente operativo dell'Ente territoriale del progetto di valorizzazione, il quale si assume il rischio operativo del processo di fruizione e valorizzazione del bene culturale. L'adozione di strumenti contrattuali che prevedano il concorso di risorse private e pubbliche nell'ambito della conservazione e valorizzazione dei beni culturali è stata più volte sollecitata dalla dottrina[24] oltre che da alcuni pronunciamenti di istituzioni pubbliche[25] per l'utilità rappresentata dall'impiego di questi modelli di partenariato in campo culturale. Il coinvolgimento di soggetti giuridici privati, infatti, consente la disponibilità di risorse finanziarie, professionalità e lo svolgimento di attività rivolte a perseguire una maggiore qualità ed efficienza nella gestione dei beni e servizi culturali con indubbie ricadute a livello territoriale a vantaggio dei cittadini, fruitori finali[26]. La collaborazione tra pubblico e privato risulta, quindi, una delle espressioni più evidenti del principio di sussidiarietà[27]

Società miste e servizi pubblici locali – Esperienze nazionali e modello europeo, Napoli, 2017; A. CORDASCO, P. TONNARA, *Le società miste: verso il partenariato pubblico-privato istituzionalizzato?* , in *Federalismi.it*, 2018, 6.

[23]Prima dell'introduzione del Codice dei Contratti Pubblici che definisce il Partenariato Pubblico – Privato all'art. 3, comma 1, lett. eee), mentre gli artt. 179-181 prevedono la disciplina generale e gli artt. 182-191 le discipline specifiche, non esisteva una normativa volta a regolamentare il PPP, preferendo il ricorso di volta in volta alle forme di cooperazione ritenute maggiormente idonee al perseguimento dell'interesse pubblico, come la concessione di opere e di servizi pubblici, il project financing, o il leasing finanziario. Cfr.; P. PETRAROIA, *Partenariato tra pubblico e privato nella tutela e nella valorizzazione dei beni culturali*, in A. BELLINI, P. PETRAROIA, A. ROBBIATI BIANCHI, *Individuazione e tutela dei beni culturali - Problemi di etica*, in *Diritto ed economia*, Istituto Lombardo Accademia di Scienze e Lettere, Milano 2018, pp. 23-39, consultabile *on line* su *www.ilasl.org/index.php/Incontri/article/view/332*; G. SANTI, *Il partenariato contrattuale pubblico-privato ed il contratto di concessione. Gli interventi di sussidiarietà orizzontale ed il baratto amministrativo. Il contraente generale*, in Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del codice, degli atti attuativi e dei decreti semplificazione 2020-2021, Torino, 2021, pp. 155 -239.

[24] C. NAPOLITANO, *Partenariato pubblico-privato nel diritto dei beni culturali: vedute per una sua funzione sociale*, in *dirittifondamentali.it*, 2019.

[25] Anche da report di ricerche condotte a livello europeo, si pensi, ad esempio, al progetto *Cultural Heritage Counts for Europe* e al progetto *RICHES*.

[26]M.PIGNATTI, *I modelli di Partenariato Pubblico-Privato nella gestione e valorizzazione dei beni culturali come strumento per la creazione di ecosistemi innovativi e di sviluppo economico e sociale*,1, 2022, in *dpceonline.it*, pp.94 ss.

[27] A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni Costituzionali*, 2001, 1; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 della Costituzione*, in astrid-online.it, 2003; A. POGGI, *Il principio di sussidiarietà e il "ripensamento" dell'amministrazione pubblica*, in *astrid-online.it*, 2005, 5; S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale:*

ISSN 2036-7821

che, tuttavia, impone un cambiamento nel ruolo della pubblica amministrazione nel modo in cui questa si rapporta ai soggetti giuridici privati al fine di favorire, nel rispetto dei principi di libera concorrenza e di procedura di scelta del contraente, un rapporto collaborativo tra le parti che sia impulso per l'economia e la società. E' indubbio il legame imprescindibile che esiste fra sviluppo culturale e sviluppo economico: già nel 2005 la Convenzione Unesco per la protezione e la promozione delle diversità di espressione culturali, affermava il principio della complementarietà degli aspetti economici e culturali dello sviluppo sostenibile, riconoscendo la rilevanza della diversità culturale quale elemento strategico in seno alle politiche di sviluppo nazionali e internazionali, sottolineando l'importanza della cultura quale strumento di coesione sociale e prevedendo misure rivolte a promuovere lo sviluppo dei partenariati tra il settore pubblico e privato e le organizzazioni senza scopo di lucro al fine di proteggere e promuovere la diversità delle espressioni culturali (art.15)[28]. Anche il PNRR italiano per il perseguimento di una crescita economica fondata sulla ricerca e l'innovazione attribuisce rilevanza a queste forme di collaborazione pubblico-privato. In particolare, tali interventi, sono diretti a consolidare la ricerca e favorire la diffusione di modelli organizzativi innovativi[29]. Sia i PPP istituzionali, che quelli contrattuali in materia di beni culturali, trovano una puntuale disciplina nel Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50 del 2016) che, in conformità ad un preciso criterio direttivo contenuto nella legge delega, ha semplificato e facilitato le procedure in materia di acquisizione di sponsor per attrarre risorse private da destinare ad interventi rivolti alla tutela e valorizzazione dei beni culturali (art. 120 del d.lgs. 2 del 2004). La sponsorizzazione, disciplinata nei primi due commi dell'art. 151, è certamente uno degli strumenti più utilizzati dalle Amministrazioni pubbliche per finanziare sia gli interventi di restauro/conservazione degli edifici storici o aree archeologiche, sia per sostenere le attività che in essi si svolgono[30]. A riguardo, il Codice dei contratti pubblici, (oggetto di una profonda revisione con la legge delega n. 78/2022[31]) disciplina i caratteri generali della

profili teorici, in *Federalismi.it*, 2006, 5; A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico-privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012.

[28] Convenzione UNESCO per la Protezione e Promozione della Diversità delle Espressioni Culturali Adottata a Parigi il 20 ottobre 2005, è disponibile on line sul sito *unesco.beniculturali.it*.

[29] Si v. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza nella sua ultima versione aggiornata ed integrata, consultabile *on line* su *https://italiadomani.gov.it*. Sulla riorganizzazione ministeriale in relazione all'attuazione del PNRR: L. CASINI, *Il ministero della Cultura di fronte al PNRR*, in *Aedon.it*, 2021, 2.

[30] G. FIDONE, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione*, in *Aedon.it*, 2012, 1-2.

[31] Nel quadro degli impegni assunti dal Governo italiano per l'attuazione del PNRR, la legge 21 giugno 2022 n.78, recante la "Delega al Governo italiano in materia di contratti pubblici", richiede la revisione dell'attuale Codice (d.lgs. 18 aprile 2016, n.50) al fine di eliminare le diverse difficoltà riscontrate per l'attuazione del PNRR; di perseguire l'obiettivo di adeguare la disciplina dei contratti pubblici a quella del diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori; di razionalizzare,

ISSN 2036-7821

sponsorizzazione all'art. 19, norma che, letta in combinato disposto con l'art. 151 comma 1, individua la casistica che rientra nella disposizione[32]. La previsione, infatti, si applica ai contratti di sponsorizzazione di lavori, servizi e forniture a beni culturali, nonché ai contratti di sponsorizzazione finalizzati al sostegno degli istituti e luoghi di cultura individuati dall'art. 101 del Codice di settore, delle fondazioni lirico sinfoniche e teatri di tradizione. Il termine "sostegno" usata dal legislatore si proponeva, non a caso, di ampliare la nozione di sponsorizzazione a tutte quelle forme di intervento che i privati possono realizzare a sostegno delle attività culturali di tali istituti.

Il Codice dei contratti pubblici prevede poi, espressamente al comma 3 dell'art. 151, la possibilità di attivare "forme speciali di partenariato" con enti e organismi pubblici e soggetti privati per il recupero, il restauro, la manutenzione, la gestione, l'apertura alla pubblica fruizione e la valorizzazione di beni culturali immobili, mediante ricorso alle "procedure semplificate di individuazione del partner privato analoghe o ulteriori rispetto a quelle previste al comma 1", che richiama la disciplina semplificata prevista per le sponsorizzazioni ex art. art. 19 del Codice dei contratti[33]. Il fine è quello di poter rispondere - attraverso metodologie interdisciplinari ad una domanda culturale della società civile profondamente mutata e di raggiungere

riordinare e semplificare la disciplina vigente, per evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e, allo stesso tempo, giungere alla risoluzione delle procedure avviate. Già con i decreti di legge emanati negli ultimi due anni sono state introdotte diverse modifiche finalizzate alla semplificazione del sistema dei contratti pubblici ed ad uno svecchiamento del testo originario (d.l. n.73/2021, d.l n.77/2021; d.l. n.121/2021; d.l. n.152/2021; D.L. 17/2022), mentre la legge n. 238 del 2021, ha introdotto modifiche al Codice dei contratti pubblici al fine di conformarsi a quanto indicato nella procedura di infrazione europea n. 2018/2273. Infine, con la Legge 21 giugno 2022, n. 78, entrata in vigore dal 9 luglio 2022, legge delega di riforma dei contratti pubblici, ha previsto che il Governo, nei 6 mesi successivi, debba adottare uno o più decreti legislativi per la revisione del Codice dei contratti pubblici e l'entrata in vigore di tutte le leggi, regolamenti e provvedimenti attuativi (anche di diritto privato) per la revisione del sistema degli appalti pubblici e della regolamentazione del commercio elettronico mediante il quale aziende private e le Pubbliche Amministrazioni acquisiscono beni e servizi da fornitori.

[32] Le procedure semplificate di cui all'art. 151, comma 3, del Codice dei contratti pubblici rinviano all'art. 19 sulle sponsorizzazioni. L'art. 19 prevede la procedura sia soggetta esclusivamente alla previa pubblicazione sul sito internet della stazione appaltante, per almeno trenta giorni, di apposito avviso, con il quale si rende nota la volontà dell'ente oppure si comunica l'avvenuto ricevimento di una proposta, indicando sinteticamente il contenuto. Nella seconda ipotesi, viene reso noto il contenuto della proposta, mentre in entrambe le ipotesi, viene precisato, in modo essenziale, l'oggetto della concessione, ovvero quello che la P.A. ricerca.

[33] L. CASINI, *Commento all'art. 151, in Codice dei contratti pubblici*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI (a cura di), Tomo II, Nel Diritto Editore, 2017, p. 2280. Cfr. circolare del MiBACT del 9 giugno 2016 n.17641 avente ad oggetto: *Sponsorizzazione di beni culturali - articolo 120 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 - articoli 19 e 151 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50- nota circolare, in* www.beniculturali.it, *e circolare MiBACT 45/2019 avente ad* oggetto: *Note esplicative e modelli operativi per la realizzazione di forme speciali di partenariato pubblico-privato nei beni culturali ex art. 151, comma 3 del Codice dei contratti pubblici* , che prevede in allegato un modello operativo di *Avviso per l'attivazione di una forma speciale di partenariato ai sensi dell'art. 151, comma 3 del d.lgs. n. 50 del 2016.*

ISSN 2036-7821

molteplici obiettivi e incoraggiare anche partnership atipiche per garantire una più ampia partecipazione nel campo dei beni culturali immobili[34].
In tal modo, i rapporti tra pubbliche amministrazioni e privati assumono una struttura multilaterale, in cui, oltre all'interesse pubblico, all'interesse del singolo privato e all'interesse della collettività, compaiono anche altri interessi, come quelli dei privati finanziatori. Si passa così "da una concezione commerciale ad una concezione sociale dell'investimento sul patrimonio culturale"[35].
Come innanzi detto, l'apporto da parte di un soggetto privato di risorse finalizzate a conseguire un obiettivo di interesse pubblico richiede necessariamente il suo coinvolgimento nella condivisione di scelte progettuali nella fase di programmazione ma anche nella gestione ordinaria a lungo termine dei beni comuni. In questa direzione la programmazione negoziata consente di sviluppare progetti che coinvolgono una molteplicità di soggetti pubblici e privati e che richiedono una gestione coordinata delle risorse finanziarie ad ampia scala. La norma, ispirandosi al principio costituzionale di sussidiarietà, indubbiamente apre prospettive inedite riguardo ad aspetti che superano la mera gestione, l'incompresa valorizzazione, l'onnipresente fruizione e la sempiterna tutela: vi è, infatti, in riferimento alle procedure di selezione del partner privato, un'apertura inaspettata alla semplificazione ed alla ricerca scientifica.
Le forme di partecipazione dei privati nel settore dei beni culturali possono quindi, assumere diverse configurazioni, riconducibili a varie ipotesi contrattuali sia tipizzate, come accade per i servizi aggiuntivi, le concessioni, le sponsorizzazioni, il *project financing* e il baratto amministrativo, sia atipiche regolate dagli artt. 179 e ss. a condizione però che sussistano le caratteristiche fondanti il partenariato pubblico-privato ovvero che venga trasferito il rischio[36] sull'operatore privato nonché

[34] Sul punto si ricordi che, ai sensi della Circolare MiBACT applicativa del 9 giugno 2016 n. 17461, la disposizione "*risponde a una diffusa esigenza, emersa più volte anche di recente, nella pratica, all'esigenza di assicurare massima elasticità* e *adattabilità alle peculiari esperienze concrete all'abito' giuridico che deve* rivestire *quelle molto speciali forme di cooperazione di medio e lungo periodo che si instaurano tra pubblico e privato mel campo dei beni culturali*".

[35] S. BRUNO, *P.P.P. e Beni culturali: ragioni di un cambio di rotta legislativo e conseguenze sull'impianto ordinamentale*, in *Il Diritto Amministrativo*, 2017.

[36] L'art. 180, comma 2, cod. contratti pubblici, prevede che in capo all'operatore economico siano allocate le tre tipologie di rischio indicati dall'art. 3, lett. aaa), bbb) e ccc) del d.lgs. n. 50/2016 e precisamente: per «aaa) "rischio di costruzione", si intende il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera; bbb) "rischio di disponibilità", si intende il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti; ccc) "rischio di domanda", il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa»

ISSN 2036-7821

l'equilibrio economico-finanziario che costituisce in particolare "il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al comma 3" (art. 180, comma 6)[37].
Superate queste condizioni, attraverso queste forme articolate di cooperazione, i privati possono svolgere un ruolo rilevante in molteplici campi: collaborazioni scientifiche e di ricerca specialistica, progetti di valorizzazione dei parchi e dei giardini storici, di protezione e valorizzazione dell'architettura e del paesaggio rurale, programmi di miglioramento dell'efficienza energetica dei luoghi della cultura, di sicurezza sismica allo sviluppo delle industrie culturali e creative sino al finanziamento di interventi strategici su grandi attrattori culturali.
Si tratta, quindi di introdurre una cultura della progettualità integrata e partecipata, tra i diversi livelli istituzionali e tra questi e i soggetti privati, che ne assicuri nel tempo la sostenibilità finanziaria. La flessibilità operativa dei PSPP, infatti - unitamente alla co-progettazione, alla previsione di una lunga durata, all'assenza di contenuti contrattuali rigidi e predeterminati e di regola, di oneri economici a carico della P.A. - rappresenta un elemento di garanzia per il successo di processi di valorizzazione di immobili pubblici a finalità culturale.
Nella stessa direzione vanno l'art.189, in materia di "interventi di sussidiarietà orizzontale" e l'art. 190 in tema di "baratto amministrativo" del medesimo d.lgs. n.50 del 2016. Diversamente da quelli ordinari, i PSPP, come innanzi detto, non si basano su una logica di scambio (prezzo o concessione in cambio di prestazioni) ma su una collaborazione aperta per finalità di Interesse Generale, in perfetta linea con la promozione di finalità culturali nella valorizzazione dei Beni pubblici, basata sulla co-progettazione e sulla partecipazione della Comunità territoriale di riferimento, tra un soggetto pubblico che detiene un bene immobile e un operatore culturale che fa da referente operativo del processo di valorizzazione.
I principi di co-progettazione, di definizione delle condizioni di uso e di apertura ad altri soggetti territoriali o alle associazioni o enti del Terzo settore, con usi temporanei o permanenti che non comportano oneri a carico dell'ente territoriale, costituiscono i pilastri sui quali si fonda la relazione fiduciaria. Ciò implica una condivisione non solo del capitale investito e dei rendimenti generati, ma anche di conoscenze e competenze. E proprio la natura giuridica fiduciaria dei PSPP non legata ad un quadro sinallagmatico di «prezzo contro prestazioni»; rappresenta una responsabilizzazione collettiva al patrimonio culturale, del suo recupero e della sua

[37] Cons. Stato, comm. spec., parere del 29 marzo 2017, n. 775, sullo schema di linee guida recanti «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato». Ai sensi dell'art. 3, lett. fff), cod. contr., l'equilibrio economico finanziario consiste nella compresenza dei requisiti di convenienza economica e di sostenibilità finanziaria. Al riguardo, R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Giuffrè, Milano, 2006; l'A. evidenzia che il codice prevede che al momento della sottoscrizione del contratto, il privato debba documentare la disponibilità del finanziamento necessario per avviare l'operazione in partenariato con la pubblica amministrazione.

ISSN 2036-7821

valorizzazione. Va evidenziato che anche nella legge delega n. 78 del 2022 di riforma del Codice dei contratti pubblici - fra gli ulteriori obiettivi individuati dal Legislatore da raggiungere - sono precisati quelli della "razionalizzazione, semplificazione, anche mediante la previsione di contratti-tipo e di bandi-tipo, ed estensione delle forme di partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo alle concessioni di servizi, alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, anche al fine di rendere tali procedure effettivamente attrattive per gli investitori professionali, oltre che per gli operatori del mercato delle opere pubbliche e dell'erogazione dei servizi resi in concessione, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti"[38].

Anche il Codice dei contratti pubblici ha, quindi, nel tempo, confermato il particolare favore del Legislatore verso il tema della collaborazione tra privato e pubblica amministrazione, una collaborazione incentivata anche dalla progressiva riduzione delle risorse finanziarie pubbliche, che ha indirizzato le politiche dei beni culturali verso una gestione imprenditoriale del patrimonio culturale. Come evidenziato dalla comunità scientifica[39], lo strumento del partenariato applicato a questo settore mira a costruire un progetto di educazione al patrimonio culturale secondo un processo condiviso tra la pubblica amministrazione ed i privati, esteso anche alle organizzazioni del terzo settore[40], le quali applicano i principi della sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost. e possono garantire il perseguimento di finalità pubbliche attraverso attività orientate a promuovere la diversità culturale, l'inclusione sociale, la cura partecipativa e l'impegno della comunità nella programmazione delle attività educative anche attraverso percorsi fuori dai tracciati più consueti, nello spirito di ricerca, di scoperta, di rigenerazione urbana[41].

---

[38] R. Di Pace, *Partenariato pubblico privato*, in *lamministrativista.it*, 2020; V. Sessa, *Il Partenariato pubblico-privato*, 2016, *Giustamm. Rivista di Diritto Amministrativo*, 2016, 7, pp. 1-36.

[39] Sul ruolo dei soggetti privati nella valorizzazione dei beni culturali: P. Rossi, *Partenariato pubblico-privato e valorizzazione economica dei beni culturali nella riforma del codice degli appalti,* in *Federalismi.it*,2018, 2, p. 21; G. Sciullo, *La gestione dei servizi culturali tra Codice Urbani e Codice dei contratti pubblici*, in *Aedon.it*., 2018, 1; A. Iacopino, *Modelli e strumenti per la valorizzazione dei beni culturali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 216 ss.; L. Casini, *Pubblico e privato nella valorizzazione dei beni culturali*, in *Giornale di diritto amm*inistrativo, 2005, pp. 785 e ss.; P. Bilancia (a cura di), *La valorizzazione dei beni culturali tra pubblico e privato,* Franco Angeli, Milano, 2005; G. De Giorgi Cezzi, *Pubblico e privato per la gestione e la valorizzazione dei beni culturali (Lo statuto dei beni culturali)*, in *Nuove autonomie*, 2003, 1-2, pp. 89 ss.

[40] Si rinvia a all'art. 89, comma 17 del codice del terzo settore (D. Lgs 117/2017) sul partenariato pubblico privato destinato al terzo settore.

[41] G. Pastori, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale, in Studi in onore di G. Berti,* vol. 2. Napoli, 2005, pp.1759 ss. La Soprintendenza speciale di Roma nel programma Circuito Necropoli Portuense - Drugstore Museum, di cui fa parte l'area archeologica di Pozzo Pantaleo ha puntato a creare un rapporto osmotico con il territorio, per lungo tempo trascurato, attraverso corsi di educazione al patrimonio per bambini e ragazzi, con l'università della terza età, prevedendo concerti, spettacoli e laboratori di arte contemporanea al servizio della comunità e alla realtà di un quartiere ricco di storia, attraversato dalla antica via Campana Portuense, per dare uno spazio dove l'archeologia dialoga con l'arte moderna. Anche il Parco Archeologico dei Campi flegrei, ispirandosi ai principi costituzionali richiamati e declinati nel codice dei beni culturali, alla Convenzione di Faro e

ISSN 2036-7821

3. Benefici e criticità delle forme di collaborazione tra soggetti pubblici e privati

Il mutamento della domanda di cultura, la diffusione dell'*information technology*[42] e la progressiva riduzione del supporto statale al settore culturale hanno posto in evidenza la necessità della ricerca di nuovi assetti organizzativi e gestionali nel comparto culturale, come di tutti i servizi pubblici. Tuttavia, le riforme succedutesi negli anni, se teoricamente apprezzabili, si sono spesso dimostrate incapaci di reggere dal punto di vista applicativo e di incidere nelle organizzazioni preesistenti[43]: Nonostante la rilevanza di queste forme di cooperazione nelle politiche strategiche di sviluppo culturale e nella gestione di servizi strumentali comuni destinati alla fruizione e alla valorizzazione di beni culturali, in dottrina sono state evidenziate alcune criticità che neutralizzerebbero le misure legislative previste: difficoltà di *governance* interistituzionale, eccessiva burocratizzazione e discontinuità del finanziamento pubblico. In primo luogo, si è verificato che l'obiettivo primario di tutela e valorizzazione dei beni culturali, in virtu' delle differenze normative e di approccio procedimentale a livello europeo ed il frequente ricorso a forme di partenariato pubblico-privato, pone un problema di armonizzazione delle discipline nazionali al fine di evitare poi discrasie a livello operativo ed applicativo [44].

La previsione - nella cornice giuridica del Codice dei contratti pubblici - di iniziative di partenariato con enti del terzo settore (cd. ETS), assume una particolare rilevanza perché prova a dare concreta attuazione al principio costituzionale di sussidiarietà (art.118 Cost), in una materia, quella del patrimonio culturale, la cui specificità, anche di tipo giuridico**,** pone problemi ineludibili allorquando si affronta il tema dei beni e dei servizi pubblici culturali[45]. Si tratta di una frontiera che è stata autorevolmente descritta dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 131/2020 e successivamente confermata dalla sentenza n.255/2020, nella quale vengono individuati i soggetti del terzo settore come abilitati a svolgere un'attività di interesse generale non in

al Codice del terzo settore, ha esperito un primo tentativo concreto per declinare il principio della sussidiarietà nel delicato settore del patrimonio culturale.

[42] A. LAZZARO, *Innovazione tecnologica e patrimonio culturale tra diffusione della cultura e regolamentazione*, in *PNRRFederalismi.it*, 2017, 24; P. CARPENTIERI, *Digitalizzazione, banche dati digitali e valorizzazione dei beni culturali*, in *Aedon.it*, 2020, 3. MIBACT, Direzione generale Musei, Piano Triennale per la Digitalizzazione e l'Innovazione dei Musei, musei.*beniculturali.it*.

[43] A. DI PAOLO, *L'introduzione del New Public Management e della Balanced Scorecard nel processo di riforma dell'Amministrazione pubblica italiana*, in *Economia pubblica*, 2007, 4-4, pp. 155-179.

[44] L.CASINI, *La globalizzazione giuridica dei beni culturali*, in *Aedon.it, 2012, 3.*

[45] Il ruolo dei privati diviene sempre più rilevante anche in una prospettiva più ampia, come nel caso di interventi di recupero e riqualificazione urbana in cui il patrimonio culturale è considerato strumento di sviluppo sociale ed economico. In quest'ambito, la valorizzazione dei beni culturali assume un significato più esteso, perché inserita nei rapporti tra società e identità territoriali.

ISSN 2036-7821

contrapposizione ma in armonia con l'azione del sistema pubblico[46], al fine di creare un modo di esercizio condiviso e concordato della funzione pubblica o, per riprendere le parole della Consulta, "un canale di amministrazione condivisa"[47].

[46] La Corte Costituzionale con le sentenze n. 131/2020 e n. 255/2020 ha conferito una singolare protezione costituzionale dell'art. 55 (Compartecipazione) del Codice del Terzo Settore sottolineando il legame diretto tra gli artt. 55 – 57 del Codice del Terzo settore e il principio di sussidiarietà previsto all'art. 118, 4 c., della Costituzione. Nella sentenza n.131/2020 la Corte oltre ad affermare la legittimità dell'articolo 55 precisa la natura della relazione che si instaura tra ente pubblico e Terzo settore: *"Si instaura, in questi termini, tra i soggetti pubblici e gli ETS, in forza dell'art. 55, un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato: la 'co-programmazione', la 'co-progettazione' e il 'partenariato' (che può condurre anche a forme di 'accreditamento') si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico. Il modello configurato dall'art. 55 CTS, infatti, non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico".* Medesimo orientamento viene seguito nella sentenza n.255/2020 dove nell'affermare la legittimità dell'art. 57 del CTS analogamente a quanto affermato nella sentenza n.131/2020 viene ribadito che *"Si instaura, in questi termini, tra i soggetti pubblici e gli ETS, in forza dell'art. 55, un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato: la 'co-programmazione', la 'co-progettazione' e il 'partenariato' (che può condurre anche a forme di 'accreditamento') si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico. Il modello configurato dall'art. 55 CTS, infatti, non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico".* CFR. D. CALDIROLA, *Servizi sociali, riforma del terzo settore e nuova disciplina degli appalti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, 3-4, pp.739 -741. Si v., dello stesso A., un recente lavoro *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: una nuova governance della solidarietà*, in *federalismi.it*, 2018. Si rinvia, sul tema, anche a A. FICI, L. GALLO, F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore, Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; M.V. FERRONI, *L'affidamento agli enti del terzo settore ed il codice dei contratti pubblici,* in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2018, 2. La Corte costituzionale nella sentenza n.131 /2020, qualificando l'istituto della co-progettazione, l'ha definita come modello che *"non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico"* . Con il Decreto n. 72/2021, il Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali ha adottato le "Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore negli artt.55-57 del D.Lgs. n. 117/2017 (Codice del Terzo settore)" allo scopo di supportare gli enti pubblici nella concreta applicazione della normativa.

[47] La Corte Costituzionale nella sentenza n.131/20 precisa che "(...) *Del resto, lo stesso diritto dell'Unione – anche secondo le recenti direttive 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, nonché in base alla relativa giurisprudenza della Corte di giustizia (in particolare CGUE, quinta sezione, sentenza 28 gennaio 2016, in causa C-50/14, CASTA e a. e CGUE, quinta sezione, sentenza 11 dicembre 2014, in causa C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e a., che tendono a smorzare la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà) – mantiene, a ben vedere, in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà (sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscano, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali*)." Così nella sentenza n. 255/2020 la Corte ribadisce che è *(..) "facoltà ai sensi della direttiva2014/24/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE…… (degli) Stati membri….(di) prevedere l'affidamento tramite modalità estranee al regime dei*

ISSN 2036-7821

Finalità sociale e perseguimento degli obiettivi di solidarietà non contrastano con il principio di concorrenza, riconoscendosi il valore della collaborazione degli enti del terzo settore, di cui all'art. 55 del Codice in diversi ambiti[48] e quindi, una funzione di interesse generale[49] tesa al perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociali. Uno dei principali compiti dei decisori pubblici nell'ambito della gestione del patrimonio culturale è, quindi, cercare di saldare il principio costituzionale fissato nell'art. 118 della Costituzione con gli altri principi della disciplina costituzionale, a partire dall'art. 9, comma 2 inerente la funzione attribuita alla Repubblica di tutelare il paesaggio ed il patrimonio storico e artistico della Nazione.
È bene evidenziare, tuttavia, che se da un lato, il comma 3 dell'art. 151 sottolinea l'importanza dell'implementazione delle forme di collaborazione tra le amministrazioni e i privati mediante il ricorso a strutture giuridiche private da parte delle pubbliche amministrazioni nella gestione del patrimonio culturale e l'affidamento dei servizi aggiuntivi ad imprese private o enti non lucrativi, dall'altro, non sembra garantire una sistematica attuazione dei modelli di intervento ivi contemplati. Su queste considerazioni, si inserisce la necessità di una cornice giuridica nuova e dotata di maggiore armonia per declinare il principio della sussidiarietà in campo culturale[50] e riqualificare complessivamente la capacità

contratti pubblici o comunque attraverso un regime di evidenza pubblica alleggerito". In dottrina, S. PELLIZZARI, *Sentenza 131/2020: attuare con responsabilità l'art. 55 del Codice del Terzo settore*, rivistaimpresasociale.it, 2020. Le obiezioni sollevate in ordine al difficile contemperamento tra il principio di concorrenza ed i principi di solidarietà e sussidiarietà, che consentono di derogare alle regole sulle procedure ad evidenza pubblica europee e nazionali sono state affrontate dalle direttive europee (2014/24/UE sugli appalti pubblici e 2014/23/UE sulle concessioni di servizi) e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia cfr., Corte di Giustizia Azienda Sanitaria n. 5 "Spezzino" dell'11 dicembre 2014, C-113/13 in www.curia.europa.eu; Corte di Giustizia, Casta, del 28 gennaio 2016, C 50/2014, in *www.curia.europa.eu* . La Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, in tema di servizi alla persona, prevede che gli Stati membri sono liberi di fornire tali servizi direttamente o di organizzare servizi sociali attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, ad esempio tramite il semplice finanziamento di tali servizi, a condizione che tale sistema assicuri una pubblicità sufficiente e rispetti i principi di trasparenza e di non discriminazione. Tale direttiva è stata recepita negli articoli 142 e 143 del D.Lgs. n.50/2016 nel disciplinare il particolare regime giuridico degli appalti nei servizi sociali, lascia impregiudicata la facoltà di affidare i succitati servizi attraverso modalità diverse, quali l'affidamento in convenzione, già presente nel nostro ordinamento con le richiamate disposizioni di cui all'art.7 della legge n.266/1991 e all'art.30 della legge n.383/2000 (cfr. Relazione al decreto legislativo n. 117 del 3 luglio 2017, in www.governo.it). L'orientamento della Corte di Giustizia è stato recepito dal legislatore nel d.lgs. n. 117/2017 all'art. 56; secondo la Corte gli affidamenti diretti, per essere legittimi, devono essere riconosciuti da un contesto normativo che contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà.

[48] Come ad esempio, le attività rivolte alla salvaguardia dei beni di patrimonio e paesaggio.

[49] L'articolo 5 del d.lgs. n.117 del 3 luglio 2017 (Codice del terzo settore) ha incluso, tra le altre, le attività di interesse generale le attività aventi ad oggetto l'educazione e la formazione professionale, la ricerca scientifica di particolare interesse sociale, le attività commerciali svolte nell'ambito o a favore di filiere del commercio equo e solidale. Si rinvia a, L. BOZZI, *Terzo settore: osservazioni a "prima lettura" su una riforma culturale prima che giuridica"*, in *Contratto e impresa*, 2017, 4, p.1256.

[50] M. CAMMELLI, *Regionalismo differenziato e patrimonio culturale: quello che resta*, in *Aedon.it*, 2019, 3; F. MOROLLO, *Valorizzazione del patrimonio culturale: sussidiarietà orizzontale e prospettive di "democrazia diretta" per lo sviluppo dei*

ISSN 2036-7821

d'intervento delle amministrazioni pubbliche nei processi di sviluppo locale centrati sulla cultura. Questo consentirebbe di affermare una nuova cultura di progettualità integrata e partecipata[51] nella quale "cittadini, singoli, associati e soggetti economici, possono diventare protagonisti nella soluzione di problemi di interesse generale ed al tempo stesso nella soddisfazione delle proprie esigenze, instaurando con l'amministrazione un rapporto paritario in cui ciascuno mette in comune le proprie risorse e capacità, in vista di un obiettivo comune"[52].

A rendere non semplice questo campo di indagine, è l'intreccio normativo tra Codice dei beni culturali, Codice dei contratti pubblici e normative legate al terzo settore. Un intreccio che deriva dall'esigenza di trovare un efficace bilanciamento degli interessi pubblici coinvolti nell'ambito del patrimonio culturale: in primis, preservare e tutelare i beni culturali, ma allo stesso tempo garantire una efficace valorizzazione dei beni stessi attraverso nuove possibili forme di intervento dei privati [53]. Bilanciamento di una pluralità di interessi individuali e collettivi che, sebbene tutti meritevoli di tutela e protezione, spesso sono in conflitto fra loro o non possono essere realizzati contemporaneamente[54]. Nel sistema di gestione del patrimonio culturale, dove oltre ad una pluralità di interessi vi è una pluralità di funzioni, di contenuti, di soggetti e di forme della cultura,[55] questi contrasti emergono in modo chiaro evidenziando le difficoltà del legislatore nel costruire un modello formale coerente con i principi dell'agire amministrativo e che, allo stesso tempo, esprima un giudizio di proporzionalità razionale tra gli interessi (pubblici e privati) eventualmente in conflitto. In altri termini, come si può sciogliere lo snodo legato all'interazione tra interessi pubblici e privati?

A questi interrogativi si aggiunge un'altra questione. Quest'opera di bilanciamento implica un giudizio di discrezionalità forte e ad un potenziale conflitto fra diritti fondamentali o interessi concorrenti fra soggetti diversi. Questo rischio mostra la necessità di prevedere meccanismi che ne assicurino un esercizio strettamente

---

territori, atti del Convengo dell'AIPDA "Arte, cultura e ricerca scientifica. Costituzione e Amministrazione", 4/6 ottobre 2018, Reggio Calabria.

[51] Sul tema si richiama la lezione del filosofo tedesco Hans-Georg Gadamer che, nella sua opera *Verità e metodo* del 1960, sosteneva che "la cultura è l'unico bene che, quando viene distribuito, aumenta di valore".

[52] G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi Parlamentari e di Politica costituzionale*, 1997. In questo contributo, l'A. introduce il concetto di *amministrazione sussidiaria*, ancor prima della riformulazione dell'art. 118 della Costituzione ex legge costituzionale n.3/2001.

[53] Fra appalti e co-progettazione fra enti pubblici ed ETS esistono differenze ma anche punti di contatto la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020 legittima una lettura estensiva: se le attività sono di interesse generale, ai sensi dell'art. 118 Cost., l'amministrazione ha l'obbligo di favorire l'allargamento degli istituti dell'amministrazione condivisa in ogni settore in cui si riconosca l'esistenza di un interesse siffatto.

[54] Sul ruolo del giurista come ingegnere sociale e arbitro di conflitti di interessi nel realismo giuridico americano, O.W. HOLMES, *The Path of the Law*, in *Harvard Law Review*, 1897, 10, pp. 457- 478.

[55] M. CAMMELLI, *Pluralismo e cooperazione*, in BARBATI C., CAMMELLI M., SCIULLO G., *Diritto e gestione dei beni culturali*, Il Mulino, Bologna, 2011.

ISSN 2036-7821

conforme al principio di ragionevolezza, che trova il suo fondamento costituzionale nei principi di eguaglianza, imparzialità e buon andamento e che rappresenta un limite negativo dell'esercizio del potere discrezionale[56]. Il collegamento tra i suindicati principi impone che la decisione adottata dall'amministrazione pubblica nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali sia effettuata sulla base di una congrua e motivata istruttoria con riferimento alla fattispecie concreta ed agli interessi in gioco[57], in quanto la scelta comparativa degli interessi non è mai totalmente libera ma soggetta al rispetto della legge
e controllabile sul piano della legittimità[58] perché tesa al conseguimento delle finalità che interessano i cittadini[59].
Le forme speciali di partenariato (PSPP) rispetto ai contratti di sponsorizzazione di lavori, servizi o forniture relative ai beni culturali, appaiono decisamente più orientate verso un progetto di collaborazione per la valorizzazione e la fruizione dei beni culturali: un'inedita forma di collaborazione tra soggetti pubblici e soggetti privati finalizzata alla valorizzazione del patrimonio immobiliare culturale.

[56] Sul valore della motivazione, F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011; F. NICOTRA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 2017.

[57] Si v., A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Cedam, Padova, 2013, p. 312; M.GIANNINI , *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 481, definì la discrezionalità come «una ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario»; M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo tra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione*, atti del Convegno Messina-Taormina, 25-26 febbraio 1988. L'A. osserva che "l'importante del procedimento si rivela non nel suo risultato finale, ma nell'istruttoria che lo sostanzia". In particolare, in essa deve essere identificato l'interesse pubblico cd. primario al cui perseguimento è stabilito il relativo potere, che tuttavia, spesso coinvolge altri interessi pubblici e privati ad esso collegati.

[58] In merito al controllo giurisdizionale di legittimità dell'attività amministrativa, anche sotto il profilo della rispondenza al fine indicato dalla norma e dell'eventuale vizio di eccesso di potere, si v. G. CORAGGIO, (voce) *Merito amministrativo*, in Enciclopedia del diritto, XXVI, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 130 ss.

[59] Sul tema della discrezionalità amministrativa, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2021 ; F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2019; R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 53 ss.; F. MERUSI, Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1993 e ss.; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative - Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Edizione scientifiche Italiane, Napoli, 1997; E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IX, Torino, 1994, pp. 503 e ss.; G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1994; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 81 ss.; G. BARONE, (voce) *Discrezionalità*, in *Enciclopedia giuridica*, XI, Roma, Treccani, 1989; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro Amministrativo*, 1987, pp. 3165 e ss; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa e i suoi interpreti*, Cedam, Padova, 1985; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1984, pp. 463 ss.; S. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enciclopedia Giuridica*, 1964, pp. 65 e ss. ; C. MORTATI, (voce) *Discrezionalità*, in *Novissimo Digesto italiano*, V, Utet, Torino, 1960, pp. 1098 e ss.; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939; C. MORTATI, voce, *Potere discrezionale, in Nuovo Digesto Italiano*, vol. X, Torino, 1939 che rileva come "l'azione amministrativa autoritativa sia sempre e in ogni caso finalizzata dall'interno, al conseguimento e alla soddisfazione di bisogni sociali"; O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, Manuali Pierro di Scienze giuridiche e sociali, Napoli, 1921, pp. 370 e ss.

ISSN 2036-7821

Considerato che ai comuni italiani è affidato il 70% del patrimonio culturale queste forme di partenariato rappresentano per gli enti pubblici territoriali una visione più evoluta di gestione finalizzata alla valorizzazione e possono costituire una fondamentale leva di sviluppo economico sostenibile e di coesione sociale[60].
Nelle recenti gare, soprattutto nelle gare CONSIP, si è affermato il criterio di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tale criterio è però un criterio generalista, che potrebbe essere migliorato e adeguato al settore museale e culturale. Oggi, questo criterio, così come è adottato, limita la capacità del privato di "investire" nel museo, così come limita la possibilità da parte del privato di creare servizi ad alto potenziale.
Tra le recenti figure di cooperazione pubblico privato, è opportuno richiamare i patti di collaborazione tra amministrazioni locali e cittadini, stipulati sulla base dei regolamenti comunali per la gestione condivisa dei beni comuni urbani e che, in applicazione del principio di sussidiarietà c.d. orizzontale, disciplinano le modalità attraverso le quali addivenire a tali atti negoziali tra amministrazione e "cittadini attivi". I patti di collaborazione sono lo strumento per governare la co-progettazione e la gestione condivisa delle attività, l'avvio di nuove imprese comunitarie e la riqualificazione di edifici e spazi pubblici .
Queste azioni introducono una tecnica procedurale basata sul "dialogo collaborativo", in quanto favoriscono la costruzione di relazioni non autoritative (orizzontali, collaborative, cooperative) tra il governo e gli abitanti delle città, e/o l'abilitazione di forme di cooperazione tra gli abitanti e altri attori locali. Ciò implica che i diversi attori interagiscono su un piano di parità, il che, a sua volta, richiede nuovi cambiamenti nell'azione e nella mentalità degli attori pubblici, sociali e privati. L'amministrazione pubblica si trasforma così in una piattaforma per favorire la costruzione di queste relazioni di cooperazione tra i diversi attori urbani. La pratica dei patti di collaborazione vuole essere una 'spinta' tra le comunità e altri attori locali pronti ad assumere un livello di rischio e a investire una quantità significativa di tempo come "imprenditori civici". I patti di collaborazione, quindi, rappresentano una forma inedita di innovazione istituzionale e di *governance* pubblica che fa leva su una forma di azione non autoritaria del governo della città. I patti dovrebbero incentivare la cittadinanza attiva e l'azione collettiva degli abitanti come un nuovo modello di governo e gestione delle risorse urbane, dei servizi e delle infrastrutture locali. La scelta di definire i patti di collaborazione quali atti amministrativi di natura non autoritativa risulta, infatti, la logica conseguenza della parità di rapporti che

[60] S. BARILE M. L. SAVIANO, *Dalla gestione del patrimonio di beni culturali al governo del sistema dei beni culturali*, in G.M. GOLINELLI, *Patrimonio culturale e creazione di valore. Verso nuovi percorsi*, Cedam, Padova, 2012, pp. 98 -148.

ISSN 2036-7821

intercorre fra cittadini e amministrazione nell'ambito del modello dell'amministrazione condivisa, fondato sulla sussidiarietà[61].

4. Considerazioni finali

L'idea del patrimonio come capitale culturale condiviso e come diritto fondamentale dei cittadini procede con l'*empowerment* dei soggetti che fanno parte delle comunità del patrimonio come portatori e custodi diretti del patrimonio stesso[62]. Nel rapporto fra pubblico e privato è ineludibile il ruolo dello Stato nel garantire equità sociale, l'accesso all'istruzione, alla salute al lavoro ed il valore fondamentale della cultura. Ma per assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio culturale e quindi, promuovere lo sviluppo della cultura[63], la politica culturale deve declinare il principio di sussidiarietà orizzontale coinvolgendo i privati in un rapporto collaborativo sin dalla fase della programmazione, della progettazione e gestione dei servizi culturali pubblici per una corretta valutazione ed "allocazione dei rischi" da parte del partner privato (v. art. 180, co. 6, D.Lgs 50/2016)[64]. In qualsiasi forma "speciale" di collaborazione devono coesistere sostenibilità culturale, come garanzia della centralità del valore del bene culturale e della crescita sociale nel lungo periodo per la società locale, e sostenibilità economica intesa come capacità di attrarre investimenti privati e risorse finanziarie adeguate, ma anche opportunità di produzione di fenomeni socio economici positivi. L'articolo 151 del nuovo Codice degli appalti, ed in particolar modo con il comma 3 - che ha inteso favorire forme semplificate di individuazione del partner anche oltre la natura dei contratti di sponsorizzazione ma in forme ad esso assimilate - sono stati introdotti importanti elementi di semplificazione ed innovazione nel coinvolgimento

[61] G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u. c. della Costituzione, in* astridonline.it, 2003; A. D'ATENA *Sussidiarietà e sovranità*, in Id. (a cura di), *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*, Torino, 2007, pp.15 e ss; C. TUBERTINI, *Sviluppare l'amministrazione condivisa attraverso i principi di sussidiarietà (verticale) e leale collaborazione: riflessioni e proposte*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2019; C. NAPOLITANO, *Il partenariato pubblico-privato nel diritto dei beni culturali: vedute per una sua funzione sociale*, in *dirittifondamentali.it*, 2019.

[5]Sul *"diritto dell'individuo alla fruizione del bene culturale"* tutelato dalla Costituzione (art.9) e dai Trattati internazionali, si v. R. CAVALLO PERIN, *Il diritto al bene culturale*, in Diritto amministrativo, 2016, 4, pp. 495-510; Convenzione sul valore dell'eredità culturale, di Faro cit., art. 2, § 1, art. 4, § 1°, lett. a e b; art. 5, § 1°, lett. a.

[63] Nella sentenza n. 13 del 13 gennaio 2004, la Corte Costituzionale dopo aver precisato la competenza esclusiva statale in relazione alla tutela, precisa che la valorizzazione *"è diretta soprattutto alla fruizione del bene culturale, sicché anche il miglioramento dello stato di conservazione attiene a quest'ultima nei luoghi in cui avviene la fruizione ed ai modi di quest*a'. A. POGGI, *La Corte torna sui beni culturali*, in *Federalismi.it*, 2004; F. MERUSI, *Pubblico e privato e qualche dubbio di costituzionalità nello Statuto dei beni culturali*, in *Dir. amm.*, 2007, pp.1 e ss. Successivamente con la sentenza n. 140 del 9 luglio 2015, la Corte Costituzionale sposta l'attenzione sul principio di leale collaborazione e sulla importanza di incrementare le forme di cooperazione tra gli enti pubblici territoriali per sostenere la conservazione del patrimonio culturale e a favorirne la pubblica fruizione e la valorizzazione (cfr. Corte Costituzionale sentenza 6 giugno 2005, n. 232; d.lgs. 22.01.2004, n. 42, art. 1, c. III).

[64] Sulla corretta interpretazione dell'art. 180, commi 4 e 6, del D. Lgs. n.50/201 6, si v. Corte dei Conti, Sezione Regionale di controllo per la Lombardia, n. 359 del 24 settembre 2019, *www.cortedeiconti.it*.

ISSN 2036-7821

dei privati nei processi di tutela, fruizione e valorizzazione del patrimonio culturale. Come già evidenziato nella circolare del 9 giugno 2016 del MiBACT le previsioni dell'articolo 151, comma 3, costituiscono una "norma aperta che potrà man mano riempirsi di contenuti applicativi specifici sulla base dell'esperienza e delle buone pratiche che potranno essere avviate e sperimentate". Tuttavia, vi è la necessità di impianti normativi che prefigurino con chiarezza tipologie differenziate e innovazioni sostanziali nella concessione d'uso del patrimonio pubblico, estendendole soprattutto al patrimonio pubblico non statale che è nella disponibilità degli Enti locali.

La produzione e la valorizzazione della cultura assumono particolare rilevanza proprio per i soggetti che la producono professionalmente, come ad esempio le imprese culturali. In seguito al decentramento della spesa pubblica, esse sono dovute ricorrere a nuove modalità di finanziamento per sostenere le proprie attività istituzionali partendo da semplici erogazioni liberali o donazioni fino ad arrivare a delle forme di avvicinamento sempre più profondo tra l'impresa profit e il settore culturale, con dei veri e propri rapporti di partenariato strategico. La chiave di successo di queste attività risulta essere, non solo la condivisione di medesimi obiettivi, ma soprattutto la creazione di rapporti che non si esauriscono in mera raccolta di denaro, ma sfociano in una partecipazione attiva e dinamica nelle iniziative culturali. La diffusione territoriale dei "luoghi della cultura" impone una disciplina e una gestione coordinate e integrate dei beni culturali, ai diversi livelli territoriali di governo.

Il tema di fondo è quindi, la competenza con cui l'offerta culturale viene gestita su entrambi i fronti (pubblico e privato); studi economici hanno evidenziato che la principale causa della crescita globale delle imprese sono i processi di internalizzazione delle conoscenze[65], dove la cultura, la comunicazione e la fiducia sono fattori importanti nelle strategie di una impresa. Il processo di globalizzazione sta trasformando radicalmente i mercati, le aziende, le istituzioni e questa trasformazione richiede di ripensare nuove modalità di governo in materia di politiche culturali; nuove modalità di collaborazione con i privati che possono contribuire a condividere esperienze, conoscenze, valori e risorse.

Accanto alla competenza di matrice artistica, sia nella tutela che nella valorizzazione, coloro che governano le attività culturali (indipendentemente dalla natura pubblica o privata), devono possedere sensibilità in economia di gestione e di organizzazione. Il nodo della discussione pertanto, non è sulla *governance* pubblica o privata, bensì sulla

[65] M. CASSON, *Cultural Determinants of Economic Performance*, in *Journal of Comparative Economics, Elsevier*, vol. 17 (2),1993, pp. 418-442; A.F. LEON E V.TUCCIN, *La dimensione economica del patrimonio culturale*, in *Diritto dei beni culturali*, C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO (A CURA DI), Il Mulino, Bologna, 2011, pp.14 e ss.; A.O. COZZI, *Dimensione economica e dimensione culturale europea*, in *Aedon.it*, 2018, 2; E. PANZERA, *Patrimonio culturale, turismo e crescita economica locale: una conferma empirica della loro interazione*, in *Scienze Regionali*, 2022, 2, pp. 253-294.

ISSN 2036-7821

indispensabilità che l'istituzione contenga *skill* aziendalistiche, che aiutino a diffondere l'esperienza ad un numero massimo di fruitori, mantenendo l'economicità e promuovendo il ruolo educativo nella società.
Il rapporto tra settore culturale e imprese private ha assunto un particolare rilievo da quando la *Corporate Social Responsibility*[66] è diventata di primaria importanza per l'immagine delle aziende. È in questa prospettiva, dunque, che si devono collocare gli interventi legislativi nazionali ed europei volti da un lato ad incentivare le amministrazioni culturali ad essere protagoniste dei processi di valorizzazione dei beni che hanno in custodia, e dall'altro ad intensificare il ricorso a investimenti da parte di soggetti privati e cittadini nell'ambito della valorizzazione di beni culturali. In altri termini, nel "contrasto" tra interesse pubblico e privato è legittima - nella ricerca continua di un dialogo fra pubblico e privato - la richiesta alle imprese di assumersi una responsabilità sociale nello svolgimento delle attività delle proprie aziende[67]. Ma la chiave della responsabilità sociale sta nell'equilibrio degli interessi dettati dagli obiettivi dell'impresa e delle istituzioni: interessi che non sono fra loro contrapposti ma che mediano intorno al valore economico del bene. I confini fra pubblico e privato non sono così invalicabili potendo entrambi concorrere alle stesse finalità di interesse generale. Non è infrequente che una impresa di proprietà privata persegua interessi pubblici. Il salto di qualità più che con la norma coercitiva si ottiene con la percezione che hanno le persone. Basti pensare all'accettazione da parte della popolazione del divieto di fumo nei locali: il fine egoistico del bene salute che conduce all'osservanza del divieto motiva l'osservanza delle regole.
Analogamente per la tutela del bene comune, del patrimonio culturale, non vi è differenza: si persegue attraverso la convinzione che ciò che si va a tutelare e valorizzare è per il proprio bene. E in questo modo la linea di demarcazione fra pubblico e privato si assottiglia. La più volte richiamata Convezione di Faro del

[66] Libro Verde sui Partenariati Pubblico-Privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni" adottato dalla Commissione Europea il 30 aprile 2004 (COM 2004 n.327)), il quale dopo aver precisato la differenza tra partenariato pubblico privato e concessione, non fornisce alcuna definizione di partenariato pubblico-privato ma prevede: "forme di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio", effettuando una ripartizione tra i PPP di tipo strettamente "contrattuale" e quelli c.d. "istituzionalizzati". La Commissione Europea con la Comunicazione sulla "Strategia rinnovata dell'UE per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale delle imprese"- COM (2011) 681; SEC 2010, par.20.276 approvato dal Regolamento CE 21 maggio 2013, n.549/2013 dispone che si tratta di : "contratti a lungo termine complessi stipulati tra due unità di cui una in genere è una società (o un gruppo di società pubbliche o private) (…) e l'altra un'unità delle amministrazioni pubbliche (…). I PPP comportano una notevole spesa in conto capitale per realizzare o rinnovare le attività fisse [asset, infrastrutture, opere] da parte della società, che poi provvede a farle funzionare e a gestirle per produrre e fornire servizi all'unità delle amministrazioni pubbliche o al pubblico in generale per conto dell'unità pubblica".

[67] Cfr. M. FRIEDMAN, negli anni settanta, in un articolo sul New York Times Magazine, (A Friedman doctrine: The Social Responsibility of Business Is to Increase its profits) sosteneva che l'unica responsabilità sociale delle imprese è fare profitto.

ISSN 2036-7821

2005[68] nell'introdurre la nozione di "comunità di patrimonio"[69], incoraggiava iniziative volontarie della società civile quale comunità di eredità, pertanto, a fronte degli indirizzi dell'Unione Europea; l'esercizio delle funzioni amministrative previste in materia sembra dischiudere spazi nuovi per il coinvolgimento attivo dei cittadini e delle aziende, ferma la titolarità in capo all'Amministrazione dei poteri di vigilanza e controllo pubblico. Ed in questa direzione, la previsione di nuove opportunità di investimento per gli operatori economici nel settore culturale operata dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, si va ad inserire in quel processo di semplificazione normativa e amministrativa in materia di patrimonio culturale volto ad incentivare la partecipazione alla valorizzazione del patrimonio culturale e che sia fautore di una concreta applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale sancito dalla Costituzione.

Il modello di gestione innovativa oltre al coinvolgimento delle istituzioni pubbliche ai vari livelli e di tutti gli attori territoriali deve promuovere la cooperazione tra pubblico e privato con azioni inclusive e garantire la sostenibilità economica della gestione dei beni culturali, incrementando anche il livello qualitativo dei servizi, così da ridurre la necessità di trasferimenti diretti e migliorando, al tempo stesso, la qualità dell'esperienza di fruizione.

[68] Il testo della Convenzione quadro del Consiglio di Europa sul valore del patrimonio culturale per la società, nota come Convezione di Faro, siglata il 27 ottobre 2005 e ratificata dall'Italia nel 2020 che ha esaltato il concetto di Cultural Heritage, è disponibile su www.coe.int/it/web/venice/faro-convention. La Convenzione ha dichiarato che la conoscenza e l'uso del patrimonio culturale sono diritti dei cittadini e quindi, diritto delle comunità in tutte le sue forme: testimonianze, storia, memorie, conoscenza, comprensione, identità, coesione, creatività, ideali, principi e valori.

[69] La Convenzione di Faro fra l'altro, fissa il concetto di "comunità di patrimonio" costituita da "*un insieme di persone che attribuisce valore ad aspetti specifici dell'eredità culturale, e che desidera, nel quadro di un'azione pubblica, sostenerli e trasmetterli alle generazioni future*". Nozione quella di "comunità di patrimonio", che disaccoppia la tutela dei beni culturali, spettante ai soggetti (pubblici e privati) in quanto proprietari dei beni stessi dall'interesse a prendere parte alla loro cura e salvaguardia, che concerne tutti gli attori, singoli e organizzati (Cost. art. 118.4) in un corretto spirito di sussidiarietà.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il ruolo della Banca centrale europea e dei governi nazionali nelle politiche di contrasto all'inflazione.

di Chiara Maria Annunziata Orrei

(Ricercatrice presso l'Università degli Studi di Salerno – Professore aggregato di Contabilità di Stato presso la facoltà di Giurisprudenza e di Programmazione pubblica e bilancio dello Stato presso il corso di studi in Giurista d'impresa)

Sommario

1. Le teorie sulla stabilità dei prezzi e le previsioni di una inflazione programmata. 2. Varietà e complessità del fenomeno inflattivo. Le esitazioni della BCE a confronto con l'approccio seguito dalla FED. 3. La rimodulazione degli strumenti di politica monetaria tra fine dei programmi straordinari di acquisto e attuazione di nuove misure anti-spread. 4. Gli effetti dell'inflazione sui conti pubblici. 5. L'assenza di regole comuni europee in materia fiscale e il ruolo suppletivo dei singoli Stati membri.

Abstract

The work aims to examine the context in which the surge in inflation in 2021-2022 arose and developed, analysing the corrections made by the European Central Bank to the expansionary monetary policies adopted in the last decade, with the aim of counteracting the uncontrolled increase in prices and preventing any speculative manoeuvres against the most indebted euro area countries. While recognizing the central role of monetary policy instruments, the delay in implementing the measures and the limited nature of the instruments available to the ECB have highlighted the inadequacy of the overall economic manoeuvre deployed by the European institutions, if not accompanied by a fiscal policy consistent with the ultimate objective of price stability: however, this matter belongs to the sovereignty of individual States, and in the absence of a decalogue of common fiscal rules, It is to be expected that fragmentation and differentiation between areas will increase in the coming years.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Le teorie sulla stabilità dei prezzi e le previsioni di una inflazione programmata.

L'andamento dei prezzi svolge un ruolo determinante sulle tendenze evolutive dei fattori che attengono all'economia reale (come ad esempio occupazione, investimenti, consumi), e ugualmente incide sulle misure di politica monetaria da assumere al verificarsi di eccessive variazioni verso l'alto – o, come si vedrà, anche verso il basso - soprattutto considerato che questo fenomeno impone un ripensamento generale sulle politiche economiche che le istituzioni europee devono impegnarsi ad attuare per assicurare la missione della stabilità dei prezzi. È importante quindi comprendere come le tendenze inflattive vengono affrontate nel contesto dell'unione monetaria europea, e quali sono gli effetti degli strumenti di politica economica prescelti, prendendo in esame, in particolare, le conseguenze sul livello dell'inflazione delle operazioni incidenti sui tassi di interesse, oggi spettanti alla Banca Centrale Europea[1].

Un elevato tasso di inflazione rappresenta un problema relativamente nuovo con cui l'Unione Europea è oggi chiamata a confrontarsi, giacché, dopo anni connotati da inflazione molto bassa, dagli ultimi due trimestri del 2021 fino ad oggi, essa ha toccato la soglia più alta degli ultimi 13 anni: nell'ultimo decennio il suo valore si è mantenuto infatti quasi costantemente ad un livello al di sotto dell'1%, e, per questa ragione molte autorevoli dottrine economiche, sostenendo che si trattasse di un valore troppo basso, ne hanno ripetutamente auspicato un certo aumento. Quello maggiormente desiderabile, secondo le teorie economiche, dovrebbe insistere in un *range* compreso almeno tra il 2% e il 4% del PIL, e ciò anche allo scopo di far beneficiare i Paesi membri, soprattutto quelli con le peggiori posizioni debitorie, della conseguente riduzione del valore reale dello *stock* di debito accumulato e, al contempo, di assicurare una riduzione del costo reale dei salari, senza dover ricorrere alla gravosa riduzione degli stessi[2].

Invero, il perseguimento della stabilità dei prezzi ha, sin dalla sua istituzione, connotato le azioni di politica monetaria della BCE, elevandola a missione di questa istituzione sin dal Trattato istitutivo della Comunità europea fino al TFUE, sulla scorta sia delle teorie economiche che dei dati empirici provenienti dalle esperienze

[1] L'inflazione al consumo nell'area dell'euro è calcolata mensilmente dall'Eurostat. La sua misurazione si basa sul cd. indice armonizzato dei prezzi al consumo (IAPC), calcolato da tutti gli Stati membri dell'Unione europea con la medesima metodologia in modo da assicurare la comparabilità dei loro dati, prendendo in esame i prezzi di una quantità di beni e servizi, solitamente oggetto della spesa delle famiglie dell'area euro.

[2] L'idea che l'individuazione della soglia al 2%, operata dalle banche centrali (FED e BCE), fosse eccessivamente bassa, e che fosse auspicabile puntare ad una inflazione del 4%, è stata sostenuta per primi da O. BLANCHARD, G. DELL'ARICCIA, P. MAURO, *Rethinking Macroeconomic Policy*, studio pubblicato nel 2010 dal Fondo monetario internazionale, leggibile in https://www.imf.org/external/pubs/ft/spn/2010/spn1003. Descrive il meccanismo della "rigidità verso il basso" dei salari, tipico dell'Europa, P. KRUGMAN, *Fuori da questa crisi, adesso*, p. 186.

ISSN 2036-7821

del passato[3] che ne hanno mostrato il valore fondante nel perseguimento del benessere economico generale.
L'art. 127 TFUE difatti elegge ad obiettivo principale del Sistema europeo di banche centrali, il mantenimento della stabilità dei prezzi e gli stessi Stati membri sono chiamati in causa per contribuire a salvaguardarla in tutto il comparto della zona euro, attraverso la possibilità di creare, al loro interno, meccanismi incentrati per lo più sulla promozione degli incentivi agli investimenti.
Alla stabilità dei prezzi è comunemente riconosciuta, tra le missioni più importanti, la capacità di garantire il migliore perseguimento della piena occupazione, che, come evidenziato in quasi tutte le fonti comunitarie, rappresenta un obiettivo centrale delle politiche dell'Unione, anche in prospettiva di attuare un altro dei suoi pilastri fondanti, consistente nel rafforzamento della coesione e della stabilità sociale.
Per contro, come detto, pur valorizzata da molte autorevoli dottrine l'utilità di fenomeni inflattivi controllati, è innegabile che repentini aumenti dei prezzi abbiano conseguenze dall'alto costo economico, quantomeno in termini di disincentivo all'uso del denaro e alla difficoltà di mettere in pratica delle efficaci politiche di pianificazione e di sostegno agli investimenti.
Di norma, l'avverarsi di una inflazione preventivamente prevista non comporta ricadute eccessive per imprese e lavoratori, perché i precedenti contratti con cui sono state fissate le condizioni salariali hanno già tenuto conto dell'intensità del processo inflattivo atteso e anche perché una inflazione attesa più elevata può rappresentare un incentivo a contrarre finanziamenti a debito giacché i debitori sanno che le quote da rimborsare avranno un minore valore reale[4]. Di fronte ad un fenomeno non previsto o incerto, invece, si assiste ad una riduzione del "peso" reale dei salari, delle cui conseguenze beneficiano gli operatori economici tenuti a pagarli, ma che al contempo ricadono sui lavoratori in termini di perdita del potere d'acquisto, pur se in modo socialmente più accettabile rispetto alla riduzione nominale degli stessi.
In seguito al periodo di elevata inflazione, risalente agli anni '80, si è diffusa l'idea, da parte di tutte le banche centrali, di fissare un tasso di inflazione obiettivo e di adottare misure di politica monetaria – per lo più agendo sui tassi di interesse, in modo da influenzare la domanda aggregata - in grado di mantenere l'economia vicina al livello predeterminato (TIP), di solito corrispondente ad un valore quanto

[3] Come rileva S. M. RONCO, *Imposizione tributaria, debito pubblico e politica monetaria: equità inter-generazionale e tutela del risparmio tra politica economica e governance economica europea*, in Riv. di diritto finanziario e scienza delle finanze, 2022, p. 44 ss., oggi la conduzione della politica monetaria è disciplinata dai Trattati e affidata ad un'istituzione indipendente (BCE), nella "convinzione che le politiche di monetizzazione del debito costituissero una delle principali cause del fenomeno dell'iperinflazione, che tanto aveva contraddistinto negativamente gli anni '70".

[4] In questi termini si esprime P. KRUGMAN, *Fuori da questa crisi*, cit., p. 184, riportando una intuizione dell'economista Irving Fisher, che rappresenta uno dei corollari della teoria quantitativa della moneta, che lo studioso elaborò per spiegare le variazioni che il potere di acquisto della moneta ha nel corso del tempo.

ISSN 2036-7821

più possibile prossimo al 2%. Questo tasso di inflazione "ideale" rappresenta tutt'oggi un criterio di riferimento per l'attualizzazione delle poste presenti nei documenti di bilancio e degli emolumenti fissati per legge, come ad esempio gli appalti pubblici, e viene a tal scopo riportato negli atti contabili programmatori, in particolare nel Documento di economia e finanza (DEF) e, eventualmente, aggiornato nella successiva nota di aggiornamento del DEF (NADEF)[5].

Dalla metà del 2013 fino alla metà del 2021, il tasso in esame si è, invece, stabilizzato al di sotto dell'1%. Ancorché al contesto di bassa inflazione abbia contribuito una combinazione di fattori esogeni e non governabili dalle istituzioni europee (primo tra tutti il calo del prezzo del petrolio e delle materie prime che è proseguito fino all'ultimo anno e che ha determinato appunto la forte spinta deflazionistica a livello globale), è, tuttavia, nelle politiche di austerità "interne" (o, almeno, anche in esse) che risiede la spiegazione del perché, a dispetto dell'adozione di politiche monetarie espansive, l'obiettivo del 2% non sia stato conseguito: il clima di sfiducia ingenerato in famiglie, imprese e investitori dalla percezione della insostenibilità del debito pubblico, nonché la conseguente "stretta" fiscale - rappresentata dall'aumento della pressione fiscale e dalla diminuzione della spesa pubblica - necessaria al percorso di rientro nei parametri imposti da Maastricht in poi, hanno influito sulla riduzione della domanda di beni e servizi e sul collegato aumento dell'offerta aggregata, sicché, piuttosto che rassicurare i mercati sulla serietà del proposito dei Paesi più indebitati di raggiungere l'obiettivo della riduzione dei deficit di bilancio -com'era nelle intenzioni dei fautori del regime di austerità -, tale politica ha innescato un *trend* costante di bassa inflazione, ai limiti della deflazione.

2. Varietà e complessità del fenomeno inflattivo. Le esitazioni della BCE a confronto con l'approccio seguito dalla FED.

In virtù del nuovo scenario che si sta progressivamente affermando dal 2021, le istituzioni europee hanno pertanto messo in campo una serie di azioni "ondivaghe", connotate dall'attribuzione di un valore più o meno positivo agli effetti di un livello di inflazione maggiore, senza purtuttavia mai perdere di vista il "mandato primario" della stabilità dei prezzi.

La consapevolezza del rischio che la crescita dei prezzi non potesse essere completamente sotto il controllo delle istituzioni europee, è probabilmente la ragione per cui, pur in un momento di inflazione eccezionalmente bassa, la BCE nel 2011 ha

[5] Come ampiamente previsto, con la presentazione della NADEF 2022 (settembre 2022), il tasso di inflazione programmata è stato rivisto al 7,1% dal 5,4%, che era la percentuale fissata dal Documento di Economia e Finanza – "DEF 2022" (aprile 2022). Lo stesso documento fissa il tasso di inflazione programmata per il 2023 al 4,3%. Con la NADEF presentata nel settembre 2021, la previsione era di un tasso programmato pari all'1,5%. per il 2022.

ISSN 2036-7821

ugualmente alzato i tassi di interesse, nell'intento, appunto, di contrastare il rischio di improvvisi rialzi che potessero sfuggire di mano[6].

In tempi recenti, tuttavia, si è concretizzata un'apertura della BCE verso l'accettazione di un obiettivo di una inflazione superiore al 2% nel medio termine, anche se supportato e ammesso solo in presenza di idonee circostanze e, in particolare allorché il più alto tasso sia giustificato dalla necessità di assicurare la stabilità dei prezzi[7]. Per quanto prudente, l'abbandono dell'obiettivo finora fissato nella formula che voleva un'inflazione "vicina, ma inferiore al 2%", rappresenta una novità di notevole portata nella politica monetaria della Banca centrale europea che, pur restando fedele all'intento di prevenire una inflazione eccessiva, dimostra di prendere coscienza della necessità di contrastare i rischi, altrettanto nocivi, di un'inflazione eccessivamente bassa, e della esigenza di essere rapidamente pronta a porre in essere strategie cd. simmetriche, ovvero capaci di salvaguardare l'area euro da un'inflazione sia troppo bassa che troppo elevata, quando non concernente valori espressamente attesi[8].

Tuttavia, già da alcuni anni una quantità di economisti ha cominciato a ventilare l'ipotesi che sull'Europa (e su altri paesi, a partire dagli Stati Uniti) incombesse il pericolo di una risalita incontrollata dell'inflazione: un suo incremento sarebbe anche stato auspicabile o, almeno, non negativo se derivante da un eccesso di domanda contestuale ad un aumento di salari e consumi, ovvero se sintomatico di crescita economica; ma non può dirsi altrettanto allorché essa fosse causa dell'aumento dei prezzi delle materie prime in quanto, riverberandosi in pratica su tutti i prodotti, determinerebbe una perdita del potere d'acquisto per i consumatori e, data la rigidità dei meccanismi di indicizzazione – molto spiccata soprattutto in Italia – la

[6] L'esistenza di un contrasto tra la strategia portata avanti dalla la Banca centrale e la visione di autorevoli economisti è ben esposta da P. KRUGMAN, *Fuori da questa crisi*, cit., 210, secondo il quale la BCE ha alzato i tassi di interesse nel timore della minaccia di un aumento della inflazione, che "esisteva solo nella mente dei suoi dirigenti".

[7] L'obiettivo di inflazione simmetrico è stato adottato l'8 luglio 2021 dal Consiglio direttivo della BCE, intendendo con questa espressione che, pur non essendo auspicabili scostamenti dall'obiettivo di medio termine della inflazione, sono nondimeno ammissibili tassi superiori in momenti transitori. Cfr. il Comunicato stampa "Il Consiglio direttivo della BCE approva la nuova strategia di politica monetaria", dell'8 luglio 2021, pubblicato in http://www. ecb.europa.eu/press.

[8] Cfr. *Il nuovo obiettivo di stabilità dei prezzi e il riesame della strategia*, in https://www.ecb.europa.eu, in cui viene efficacemente descritto il meccanismo avverso di una inflazione troppo bassa, che potrebbe influenzare le aspettative dei cittadini riguardo all'evoluzione futura dei prezzi. Se i consumatori e gli imprenditori si abituano a un'inflazione molto bassa, le loro aspettative incidono sulle decisioni di spesa, sui prestiti e sugli investimenti: i cittadini infatti tendono a spendere di meno per beni e servizi, ritenendo di poter attendere un ulteriore ribasso dei prezzi, le imprese hanno meno successo, i lavoratori ottengono aumenti di stipendio più modesti e l'economia in generale potrebbe subire un eccessivo rallentamento. Di fronte all'avverarsi di una fase recessiva, l'inflazione tende a diminuire, ma se parte da una soglia già troppo bassa, potrebbe iniziare a scendere sotto zero e sfociare in un fenomeno deflattivo.

ISSN 2036-7821

trasmissione di fenomeni di decrescita all'intero sistema produttivo e all'economia europea in generale[9].

Stando agli studi pubblicati dalla BCE, la responsabilità a cui occorre imputare l'attuale impennata inflattiva non è circoscritta al solo rincaro dei beni energetici, ma accanto a questo è possibile rinvenire anche altre cause, ugualmente significative, quali la rapida riapertura delle attività economiche post pandemia, e, non da ultimo, l'impatto "psicologico" di quello che gli esperti di statistica chiamano "effetto base" , ovvero l'effetto distorsivo derivante dal confronto con il basso livello dei prezzi dovuto al crollo della domanda durante il primo anno di pandemia.

Sulle cause della spinta inflazionistica che sta interessando tutti i paesi europei e le economie di molti altri, l'opinione diffusa è che essa sia attribuibile in prevalenza allo scoppio del conflitto russo-ucraino, e dal coinvolgimento dei paesi della Nato[10] attraverso l'applicazione delle sanzioni e l'invio di armi; circostanza questa che avrebbe determinato, come ritorsione russa, in primo luogo la riduzione nella quantità del gas fornito. Tuttavia l'inflazione è un fenomeno economico articolato ed è quindi riduttivo ricercarne la causa in un'unica circostanza: in realtà il potere di acquisto dell'euro ha cominciato a perdere quota ben prima della guerra, in parte a causa della velocità di ripresa della economia susseguente al venir meno delle restrizioni pandemiche; e in parte per effetto dell'aumento dei prezzi della maggior parte delle materie prime energetiche, iniziato ben prima del 24 febbraio 2022, ovvero quando nessuno immaginava che sarebbe scoppiata la guerra[11].

E le cause stesse si rivelano ancor più variegate se non ci si ferma a prendere in considerazione solo l'area euro. Negli Usa, ad esempio, si ritiene generalmente che l'inflazione trovi le sue ragioni in meccanismi "domestici", conseguenti ai poderosi sostegni economici elargiti durante la pandemia, che hanno dato un significativo quanto repentino impulso alla crescita dei prezzi: il miglioramento delle condizioni economiche dei consumatori ha, infatti, fatto lievitare la domanda, mentre l'offerta è

[9] Tra gli economisti, si è cominciato a dibattere sui rischi di una ripresa dell'inflazione già dal 2016, quando, a causa dell'accordo raggiunto dall'Opec per tagliare la produzione petrolifera, si è temuto un aumento di questa materia prima di almeno il 15%. Riporta le varie opinioni, più o meno pessimistiche, M. LONGO, *Gli economisti: Il petrolio «riaccende» l'inflazione fino al 3% negli Usa e all'1,9% nella Ue*, in https://st.ilsole24ore.com/art/finanza-e-mercati, 2 dicembre 2016, che si riferisce alla possibile ripresa dell'inflazione indotta dalle attese di rialzo del petrolio come ad "inflazione cattiva".

[10] A questo proposito si veda G. GALLI, *Chi pensa che l'inflazione abbia a che fare con la guerra sbaglia*, in https://www.ilfoglio.it/economia/2022/07/23/news, 22 luglio 2022.

[11] Anzi, da una serie di rilevazioni è risultato che i prezzi di molte materie prime sono diminuiti e quelli che sono aumentati, sono aumentati meno che nel periodo prebellico. In questo senso, G. GALLI, *Perché l'inflazione non c'entra né con la guerra né con le sanzioni*, in https://www.ilfoglio.it/economia/2022, 15 luglio 2022, il quale porta ad esempio il caso dei metalli, i cui prezzi erano aumentati moltissimo già prima della guerra e anzi, al suo scoppio hanno fatto segnare una consistente riduzione.

ISSN 2036-7821

rimasta bassa, a causa del diffuso *lockdown*[12], e questo fenomeno ha generato una inflazione "di fondo" - cioè l'inflazione al netto degli andamenti dei prezzi dei beni alimentari e dell'energia - molto più alta di quella misurata nell'area dell'euro (ad esempio a dicembre 2021 era del 5,9% negli Stati Uniti, e del 3,7 per cento in Europa)[13].

Le cause dell'inflazione in Europa invece sono principalmente da rinvenire nella dinamica delle materie prime (*hard commodities*), a cui si è accompagnata una certa svalutazione dell'euro generata, come si vedrà in dettaglio in seguito, dalla fuga dei capitali, attirati dai più alti tassi di interesse in dollari, e quindi in motivazioni per lo più importate dall'estero, legate direttamente o indirettamente all'aumento del prezzo delle materie prime necessarie per produrre un bene, come il petrolio, il gas o l'energia elettrica. E anche se è vero, come si usa dire in Europa per distinguere il fenomeno inflattivo "nostrano" da quello americano, che da noi si tratta di una "inflazione da offerta", dovuta cioè alle ricadute sul prezzo di offerta di beni e servizi dell'aumento del costo delle risorse energetiche, all'articolata convergenza di concause che spiegano l'aumento dei prezzi, anche in Europa ha partecipato l'ordinario meccanismo della domanda e dell'offerta, in base al quale, all'improvvisa ripresa della domanda dei beni energetici connessa al rilancio dell'economia post covid – peraltro verso fornitori ben poco differenziati -, alla conseguente corsa al loro stoccaggio per il timore degli aumenti e per l'arrivo imminente della stagione fredda, è puntualmente corrisposto un aumento dei prezzi di offerta[14]. Pertanto, può sostenersi che, benché in via indiretta, anche la crescita dell'inflazione verificatasi in

[12] Queste circostanze sono interpretate allo stesso modo in maniera pressoché unanime e sul tema cfr. F. TACCUSO, *Inflazione: significato, tassi di interesse e andamento*, in https://www.consulenzavincente.it/inflazione-e-tassi/, 1° settembre 2022.

[13] Lo stimolo fiscale connesso ai sussidi e alla immissione di liquidità voluti dall'amministrazione Biden ha infatti causato un'impennata della domanda e un conseguente aumento dell'inflazione: non essendoci stato un adeguamento immediato dell'offerta che andasse di pari passo al repentino aumento della domanda, al momento della fine del *lockdown* si è potuta soddisfare la richiesta di beni e servizi proveniente da coloro che fossero in grado di pagare di più. Proprio in quanto ritenuta conseguenza del rallentamento dei processi produttivi, la Fed ha, in primo tempo, liquidato l'inflazione in essere come "transitoria", cioè destinata a ridursi via via che gli effetti dello stimolo fiscale si esauriscano. Come si legge in L. BARGIGLI, *Inflazione, occupazione e pandemia nei dati macroeconomici del 2021*, in Il Ponte, 2022, pp. 40 e ss., le dimensioni dello stimolo fiscale post pandemico senza precedenti ha portato ad un aumento "involontario" dei risparmi delle famiglie USA e questa iniezione di liquidità si è tradotta in maggiori consumi, con conseguente aumento dell'inflazione.

[14] Secondo un'altra teoria economica, esaminata in seguito, una delle principali cause dell'inflazione sarebbe da rinvenire nelle politiche monetarie e fiscali ultra-espansive delle banche centrali, da anni applicate dalla stessa BCE, e ulteriormente intensificatesi per contrastare le conseguenze negative dei *lockdown*, in quanto, generando un eccesso di liquidità e un artificioso aumento della domanda, distorcono " le scelte di consumo, risparmio e investimento, alterando i cicli economici", i quali rispecchierebbero invece meglio la situazione reale, se si fermasse "l'invadenza crescente degli Stati e delle realtà sovranazionali". Cfr. M. MILANO, *Le banche centrali ce l'hanno fatta. È arrivata l'inflazione*, in https://lanuovabq.it/it/, 07-02-2022.

ISSN 2036-7821

Europa è stata segnata dall'aumento della domanda o, almeno, dalla domanda di un particolare tipo di beni[15].

La scarsa capacità di reazione nella adozione di nuove misure di politica monetaria da parte della Bce sarebbe anche alla base della svalutazione dell'euro rispetto al dollaro, determinata dai movimenti di capitali soprattutto verso gli Stati Uniti, dove gli investitori possono beneficiare di una più accentuata dinamica dei tassi di interesse, a scapito dei titoli europei, che promettono redditività decisamente inferiori. Con la perdita di attrattività, rivelata dalla svalutazione dell'euro rispetto al dollaro, si è data una ulteriore spinta all'incremento dei costi, considerato che gas e petrolio sono commerciati in dollari e che gli acquisti, in simili contesti risentono in crescita dell'oscillare dei tassi di cambio[16].

La convinzione che la BCE stia attuando una politica troppo "attendista", nel mettere in campo le azioni necessarie a contrastare l'inflazione – in pratica il rialzo dei tassi di interesse – ha fatto temere da parte di molti che tale scarsa reattività avrebbe funzionato da moltiplicatore "endogeno", del fenomeno stesso: quindi, pur essendoci generale concordia nel ritenere maggiormente determinanti i fattori dal lato dell'offerta nell'aumento dell'inflazione, non è escluso neppure che, data la complessità genetica del fenomeno, su questo abbiano inciso, non una ma, una molteplicità di cause, come ad esempio le difficoltà associate alla *supply chain*, ovvero il rallentamento negli scambi e nei processi produttivi, a cui è seguita la riduzione delle attività nelle fabbriche, che non sono state in grado di riprendersi prontamente al momento della fine delle misure di protezione sanitaria[17].

Certamente non si può disconoscere che nell'adeguamento delle politiche monetarie al nuovo scenario economico internazionale, la BCE è stata - ed è tuttora molto cauta, almeno nel confronto con le politiche molto più aggressive sui tassi messe in campo dalla Fed - nell'assumere decisioni sui tassi di interesse, ma probabilmente all'inizio

[15] La circostanza è stata confermata anche da C. Lagarde che, nel corso dell'ECB Governing Council Press Conference del 9 giugno 2022 ha dichiarato che: "L'inflazione che ci troviamo ad affrontare non è più guidata solo dall'aumento dei prezzi dei beni energetici ma anche da un surriscaldamento della domanda".

[16] L'euro, da fine maggio 2021, si è svalutato dell'8,3% rispetto alla valuta americana, del 3,1% con la sterlina, del 3,8% con lo yen giapponese, e del 4,8% col franco svizzero, col quale è ai minimi dal febbraio del 2015.

[17] Benché negli Stati Uniti il fenomeno inflattivo sia stato determinato principalmente dalla combinazione di rialzo dei prezzi da domanda e da offerta, e quindi sia da far risalire a cause alquanto diverse da quelle che sono state rinvenute in Europa, il fenomeno del rallentamento della *supply chain* accomuna entrambi i continenti, e pertanto la FED ha elaborato un nuovo indicatore, il Global Supply Chain Pressure Index, un valore derivante dall'accorpamento di ben 27 indicatori, relativi alla situazione nazionale ed internazionale, in grado di segnalare il livello di pressione sulla *supply chain*. Più alto è il valore raggiunto dall'indice e maggiore è il grado di congestione della complessa catena di approvvigionamento mondiale. Sulla possibilità, sostenuta dalla FED, che la pressione sulla *supply chain* inizi ad allentarsi "e che forse il picco è alle nostre spalle", con un lento ritorno alla normalità nel corso del 2022, si veda l'articolo "*Global Supply Chain Pressure Index, picco superato?*", in https://www.ekonomia.it/2022/01/10/global-supply-chain-pressure-index-picco-superato/.

ISSN 2036-7821

di questa nuova fase, si è creduto che l'inflazione fosse un fatto transitorio[18], immaginando che l'economia avrebbe presto teso a raffreddarsi da sé giacché il continente europeo ha fatto segnare una crescita economica legata alla fine delle misure anti pandemiche meno robusta di quanto si immaginasse. D'altra parte in quel momento (la metà del 2021) era impensabile che la Russia potesse invadere l'Ucraina, ed è anche possibile che senza la guerra gli aumenti sarebbero stati temporanei o comunque più controllati. Certo è che sin dal verificarsi dei primi aumenti, questi, con un effetto "a cascata", si sono propagati ad una quantità di altri settori, diversi da quello energetico[19], e ciò ha fatto dire alla BCE che "sembra sempre più improbabile che l'inflazione scenda sotto il 2 per cento nel 2022"[20]. Nonostante il concorso di obiettive circostanze imprevedibili, le critiche alla BCE di una eccessiva timidezza nell'approntare misure di politica monetaria sono giunte convintamente da più parti e il timore per un rialzo dei tassi di interesse ormai tardivo, quando altre banche centrali - nella fattispecie la Fed -, si stavano già muovendo per contenere la rapida inflazione, ha generato un senso di generale sfiducia nelle capacità di crescita economica dell'area euro, che ne risulterebbe ancora più compromessa da un'azione futura più incisiva sui tassi di interesse, con tutte le conseguenze che ne discendono, in termini di "rischio recessione"[21].

[18] La stessa Presidente della BCE, Christine Lagarde, fino alla fine del 2021, ha più volte sostenuto la transitorietà del fenomeno inflazionistico, per cui la possibilità di intervenire con lo strumento di politica monetaria dell'incremento dei tassi di interesse non è stata fino a quel momento presa in considerazione. Questa tendenza, progressivamente corretta dal primo trimestre del 2022, ricalca, come spesso accade in Europa, le opinioni espresse in America, dove è stata sostenuta dal Presidente della Federal Reserve, Jay Powell; convinto che si trattasse di una inflazione transitoria. Tuttavia questa affermazione è stata prontamente criticata da autorevoli economisti, tra cui Larry Summers, già Segretario al Tesoro di Bill Clinton, rettore di Harvard, il quale, nel mettere in rilievo gli errori di politica economica ma anche politici in senso stretto fatti dall'amministrazione Biden, ha da subito rappresentato che la perturbazione inflazionistica che ne è conseguita non sarebbe stata temporanea. Il primo tra gli errori commessi che viene sottolineato è l'aver ecceduto in erogazioni di emergenza che hanno alimentato la domanda ben prima dell'approvazione del piano di "infrastrutture sociali". Sul tema, M. SEMINERIO, *Addio alla favola rassicurante dell'inflazione transitoria*, in https://epistemes.org/2021/12/12/addio-alla-favola-rassicurante-dellinflazione-transitoria.

[19] Lo scarso peso che hanno avuto gli effetti della guerra in termini di riduzione dell'afflusso di risorse energetiche russe e di imposizione delle sanzioni, è dimostrato dal fatto che molti governi, Italia compresa, hanno cominciato ad assumere provvedimenti di sostegno per imprese e famiglie già dal luglio 2021. Si legga in proposito A CHIUMENTO, *L'inflazione continua la sua crescita: +8,4 per cento in Italia*, in https://www.ilfoglio.it/economia/2022/08/31/news, 31 agosto 2022.

[20] Questo, quanto dichiarato da Isabel Schnabel, membro del direttivo Bce e tedesca al Financial Times, unitamente alla franca affermazione che "il rischio di agire troppo tardi è aumentato".

[21] Si veda, ad esempio, l'intervista rilasciata al settimanale *Der Spiegel* di Joachim Nagel, presidente della Bundesbank, leggibile anche su: https://www.bundesbank.de/en/press/interviews, col titolo "*I tempi dei tassi zero sono passati*", in cui il banchiere ha precisato che i rischi al rialzo dell'inflazione erano stati già chiariti, per esempio dalla Banca dei Regolamenti Internazionali (BRI), sin da gennaio 2022, in un momento in cui non ci si aspettava una guerra, ma che già faceva segnare un aumento dei prezzi dell'energia e le " strozzature nelle forniture".

ISSN 2036-7821

3. La rimodulazione degli strumenti di politica monetaria tra fine dei programmi straordinari di acquisto e attuazione di nuove misure anti-spread.

Sulla strategia che la BCE dovesse adottare per contrastare l'aumento dei prezzi si è quindi aperto un serrato dibattito tra coloro che, presagendo l'innescarsi della spirale prezzi-salari, invocava interventi forti e immediati e chi ha richiesto maggiore cautela, attesa la provenienza, da parte dell'offerta e non della domanda, dello shock dei prezzi. Il punto di svolta nell'impostazione della politica monetaria è stato segnato dalla riunione del 9 giugno 2022: senza mai perdere di vista il "mandato primario" della stabilità dei prezzi, la BCE ha messo fine alla politica dei tassi negativi e alle ulteriori politiche monetarie espansionistiche. Dei primi si è previsto un progressivo rialzo, fino a giungere ad un aumento che potrebbe stabilizzarsi intorno ai 50/70 punti-base[22], e quanto alle seconde, si è stabilito di dar seguito al percorso di "normalizzazione"[23] della politica monetaria iniziato lo scorso dicembre, quando fu annunciata, per la fine di marzo 2022 – poi slittata a luglio e oltre -, la cessazione del programma di acquisto titoli lanciato allo scoppio della pandemia, il *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP), e di altri programmi di acquisto di attività (PAA), pur impegnandosi a reinvestire i rimborsi dei titoli in scadenza "almeno sino a fine 2024"[24].

La strategia dispiegata dal Consiglio direttivo della BCE per tentare di "ancorare" le aspettative di inflazione all'obiettivo classico nel medio periodo, ovvero a riportarla nel range compreso tra il 2 e il 4%, si fonda pertanto sulla revisione delle proprie politiche monetarie in senso restrittivo : dopo anni di politiche espansive, finalizzate a sostenere i *deficit* dei Paesi maggiormente indebitati, l'intento dell'organismo europeo è di mantenere prudentemente fermo l'impegno di continuare a reinvestire,

[22] Al contempo, nella riunione del giugno scorso, il Consiglio direttivo della BCE ha deciso che i tassi di interesse sulle operazioni di rifinanziamento principali, sulle operazioni di rifinanziamento marginale e sui depositi presso la banca centrale – ovvero i tassi di riferimento principali - sarebbero rimasti invariati rispettivamente allo 0,00 per cento, allo 0,25 per cento e al -0,50 per cento. Successivamente, si è deciso di alzare anche questi ultimi, rispettivamente allo 0,50 per cento, allo 0,75 per cento e allo 0,00 per cento, con effetto dal 27 luglio 2022.

[23] Il ritorno alla normalizzazione si riferisce appunto alla svolta che la banca europea vuole imprimere alla politica monetaria, e cioè il rientro dalle politiche espansive degli ultimi anni, e ad un certo rialzo dei tassi di interesse, fino ad allora eccezionalmente bassi, al fine di stimolare l'economia.

[24] La BCE, difatti, ha intrapreso un percorso di rientro anche dal programma di acquisti *Asset Purchase Programme* (APP), strumento non convenzionale avviato a metà del 2014 a sostegno della trasmissione della politica monetaria, e per rafforzare l'obiettivo della stabilità dei prezzi. Negli Stati Uniti, alla dimensione senza precedenti delle misure di stimolo fiscale post pandemico varate da Biden, sono state sollevate una quantità di critiche, anche all'interno dello stesso partito democratico, e in particolare ad esempio l'economista Lawrence Summers ha messo in guardia dal pericolo degli effetti di questo flusso di danaro riversato sul sistema economico, paragonandolo ad una "quantità di acqua versata [che] superi di gran lunga le dimensioni della vasca da bagno", e preconizzando la ripresa delle aspettative di inflazione, un sorprendente aumento dei tassi di interesse, e la "decelerazione dell'economia verso la recessione". Cfr. il report di M. SEMINERIO, *La fine di un'epoca per la Bce*, in https://epistemes.org/2022/06/12/la-fine-di-unepoca-per-la-bce/.

ISSN 2036-7821

il capitale rimborsato sui titoli in scadenza nel quadro del PAA e del PEPP fin quando se ne presenterà la necessità per mantenere le attuali condizioni di liquidità , ma relativamente agli acquisti netti di attività ne ha più volte pianificata la cessazione, ponendo così fine alla stagione del *quantitative easing*, inaugurata sotto la direzione di Mario Draghi e dando impulso ad una nuova fase di "normalizzazione" della politica monetaria.

Secondo le teorie economiche, l'aumento dei tassi è indispensabile per mantenere sotto controllo le aspettative di inflazione: il risultato atteso da una manovra che renda il credito più costoso e il risparmio meglio remunerato, o, in altre parole, che favorisca il contenimento della disponibilità di moneta e il raffreddamento della fase espansiva della politica monetaria, dovrebbero infatti scongiurare l'innescarsi di quella spirale prezzi-salari che, fungendo da moltiplicatore della inflazione, allontanerebbe ulteriormente l'obiettivo della stabilità dei prezzi. Diverse analisi economiche, a conforto di questa tesi dimostrano infatti che se lavoratori e imprese iniziassero a fissare i salari in base all'inflazione piuttosto che agli obiettivi prefissati dalla banca centrale, essa potrebbe risultare superiore di quasi il 2% alla fine del prossimo anno, il che avrebbe come conseguenza un aumento dei "tassi ufficiali di 2 punti percentuali e la produzione potrebbe diminuire di ben 2 punti percentuali"[25]

Questi annunci sono avvenuti nel momento in cui la FED aveva già provveduto a disporre altri interventi volti a ritoccare i tassi di interesse[26] e quindi, tenendo conto del solo dato cronologico, essi possono fondatamente essere giudicati tardivi[27]; tuttavia, la BCE si è assunta qualche responsabilità in più nel rischio di lasciare campo libero alla spirale inflazionistica, non solo perché, come si è visto, le cause di questo fenomeno sono differenti da quelle che l'hanno innescata negli Stati Uniti, ma anche perché, come dalle stesse autorità europee sottolineato, queste ultime sono tenute a fare i conti con un'architettura istituzionale dell'Eurozona ancora incompleta - a partire dalla assenza di elaborazione di politiche fiscali comuni -, che contribuisce a rendere diverse zone dell'area euro più vulnerabili e maggiormente soggette alle manovre speculative degli investitori. Ciò significa che nel contemperamento tra politiche monetarie restrittive volte a bloccare la spirale inflazionistica e misure di

[25] In questi termini, A. KAMMER, *Europe Must Address a Toxic Mix of High Inflation and Flagging Growth*, in https://www.imf.org/en/Blogs/Articles, 23 ottobre 2022.

[26] La FED, infatti, fino al luglio 2022 ha incrementato il saggio di riferimento in primo tempo, di 25 punti base, accelerando ulteriormente la stretta monetaria, con un incremento di altri 50 punti base e poi, ancora, di altri 75 punti base. Il saggio di riferimento statunitense è ora fissato in un intervallo compreso tra l'1,5 e l'1,75 per cento. Sull'argomento, R. BORDINO, *BCE, annunciato l'aumento dei tassi di interesse*, in https://ecointernazionale.com/2022/06/bce-annunciato-aumento-tassi-di-interesse, 28 Giugno 2022.

[27] Si legge, infatti, nel Documento programmatico di bilancio (DPB) per il 2023, in https://www.rgs.mef.gov.it, che la BCE ha seguito "con alcuni mesi di ritardo le mosse restrittive della *Federal Reserve* americana e della *Bank of England*", ma dal 1° luglio ha terminato il programma di *quantitative easing* (QE), di acquisti di titoli sul mercato aperto e ha poi alzato i tassi di riferimento per complessivi 125 punti base in due tappe (luglio e settembre), portando il tasso sulle operazioni di rifinanziamento principale da zero all'1,25%.

ISSN 2036-7821

contrasto alla frammentazione tra Stati membri, le istituzioni europee, a differenza di quelle d'oltreoceano, hanno cercato - e cercano di volta in volta a seconda dell'andamento dell'inflazione – di trovare un punto di equilibrio per evitare destabilizzanti aumenti di *spread*, che si tradurrebbero in pericolosi aggravi dei debiti.

Con la sospensione del programma di acquisti "emergenziali" di titoli di Stato, la BCE ha quindi intrapreso un percorso di stabilizzazione verso una ordinaria politica monetaria, al fine di consentire il progressivo rientro verso la stabilità dei prezzi (o, altrimenti detto, per riportare l'inflazione nel limite del 2% all'anno nel medio termine); il solo annuncio di questi provvedimenti tuttavia ha, da subito, causato l'aumento dei rendimenti di mercato con una divaricazione dello *spread* tra Btp e Bund, benché fosse noto sin dall'inizio il carattere della temporaneità di questi interventi, pensati allo scopo di fornire ai legislatori nazionali degli Stati in maggiore difficoltà di usufruire di una certa stabilità finanziaria, e per dare loro il tempo di dare luogo alle cd. "riforme strutturali", necessarie alla crescita economica.

Tuttavia non sembra che la BCE sia stata colta alla sprovvista da questa reazione del mercato, avendo sin da subito esplicitato l'intenzione di agire per evitare la frammentazione economica - ovvero il rialzo incontrollato dello *spread* dei paesi più indebitati[28] - dimostrando così di avere ben chiaro che l'innalzamento dei tassi di interesse - necessario a causa del contesto inflazionistico -, avrebbe avuto delle ripercussioni sulla divaricazione dei rendimenti dei titoli di stato dei Paesi dell'Eurozona.

Proprio in questa prospettiva, la BCE ha ideato un nuovo strumento, il cd. *Transmission Protection Instrument* (TPI), al fine di sostenere "l'efficace trasmissione della politica monetaria" – in altre parole, l'unicità della politica monetaria - ma al contempo indirizzato a contrastare gli effetti della divaricazione dei differenziali fra i titoli di debito pubblico degli Stati membri. Esso autorizza la BCE ad agire prettamente sul mercato dei titoli di Stato nel caso in cui un Paese presenti un deterioramento delle condizioni di finanziamento dovute a manovre speculative, ma, allo stesso modo del Meccanismo europeo di stabilità[29], il suo utilizzo non va esente

[28] Secondo M. SEMINERIO, La fine di un'epoca per la Bce, cit., fino al giugno 2022, l'intenzione di vigilare sugli spread e di contrastarne eventuali impennate è stata confermata ma non abbastanza dettagliata a livello operativo, il che ha portato ad una ulteriore reazione "fortemente negativa dello spread".

[29] Il MES è uno strumento di sostegno degli Stati membri e di stabilità per l'intera area euro: in conseguenza della richiesta di sostegno, l'aiuto a favore dello Stato richiedente può, ai sensi del Trattato che lo ha istituito, concretizzarsi nella erogazione di finanziamenti, nell'acquisto di titoli del debito pubblico sul mercato primario o secondario, ovvero nella concessione di prestiti finalizzati alla ricapitalizzazione di banche o istituzioni finanziarie nazionali. Tuttavia si tratta di una misura che non ha funzionato. Essa infatti non viene richiesta da nessun Paese, per il costo politico conseguente alle dure regole fiscali che la politica dovrebbe imporre alla collettività per ottenere l'intervento dei fondi del MES a sostegno dei propri titoli, e per le forti ricadute che politiche di bilancio stringenti avrebbero sul tessuto sociale.

ISSN 2036-7821

da regole di stretta condizionalità, prima di tutte il rispetto dei precetti fiscali comunitari. In sintesi, per procedere all'intervento europeo di "protezione", il Paese non deve avere una procedura per disavanzo eccessivo aperta, il suo debito pubblico deve considerarsi sostenibile secondo le regole dei fondamentali dettate dalla BCE e dal Fondo Monetario Internazionale, e inoltre deve essersi adeguato alle raccomandazioni rilasciate dalla Commissione nell'ambito del semestre europeo. Un nuovo fattore di condizionalità è inoltre rappresentato dal fatto che lo Stato deve essere in linea con quanto previsto per l'erogazione dei fondi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

L'attuazione di un simile meccanismo di protezione per gli Stati dell'Eurozona è, come il Meccanismo europeo di stabilità, legittimata dalla modifica dell'articolo 136 TFUE, la cui versione aggiornata dispone che gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di assistenza finanziaria, da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme, ma la sua concessione deve essere soggetta a rigorose regole di condizionalità. Ancora una volta, quindi, la "promessa" del sostegno finanziario va di pari passo con una certa limitazione della sovranità statuale, allo stesso modo di quanto si verifica per tutte le altre misure finanziarie concedibili dall'UE, le quali, pur se ideate in chiave solidaristica, in ultima analisi sono destinate a rafforzare la stabilità dell'intera area euro e al consolidamento della *governance* europea. C'è anche da dire che la BCE non avrebbe potuto agire diversamente perché, ammesso che il meccanismo dichiarato si riveli efficace, l'irrigidimento delle misure di politica monetaria senza lo scudo anti *spread* avrebbe messo ulteriormente a rischio i debiti dei paesi del Sud Europa.

La portata degli acquisti del TPI viene valutata di volta in volta sulla base degli indicatori circa la gravità dei rischi per la trasmissione della politica monetaria. E i titoli a cui il TPI è rivolto sono quelli che hanno scadenza fra uno e dieci anni Ciò che distingue questo nuovo meccanismo di protezione da quelli "tradizionali", sul genere del MES, è quindi il fatto che trattasi di uno strumento discrezionalmente utilizzabile dal Consiglio della BCE, il quale in tal modo può regolare propria linea di azione di volta in volta in base all'andamento economico europeo e alle politiche macroeconomiche adottate dal Paese interessato, col fine ultimo di proteggere da destabilizzanti aumenti di *spread*, che sarebbero di ostacolo alla diffusione delle politiche monetarie.[30]. In altre parole, allorché la BCE afferma che il TPI rappresenta una rassicurazione per la corretta trasmissione della politica monetaria, intende con ciò garantire l'area euro dalla propagazione sistemica degli aumenti dei tassi di

[30] Come rilevato da F. P. M. LETI, *TPI, come funziona lo scudo anti-spread della BCE*, in https://ecointernazionale.com/2022/08, agosto 2022, il mantenimento di un carattere di forte discrezionalità nell'adozione di questo strumento segnerebbe il "ritorno di una netta divaricazione, dopo gli anni straordinari della pandemia, fra autorità di politica monetaria e autorità di politica fiscale, che comunemente è indicata come indipendenza del banchiere centrale".

ISSN 2036-7821

interesse a cui presta alle banche verso tutti i Paesi, cercando così di creare una rete di protezione generalizzata, ma particolarmente utile per quelli maggiormente indebitati, rispetto ai quali le differenze tra aumenti percentuali con i rendimenti dello Stato di riferimento (si legga, la Germania), potrebbero sospingerli verso la recessione[31]. A tale scopo però, la Banca centrale deve valutare se il Paese stia applicando politiche economiche corrette, e cioè politiche coerenti col percorso di aggiustamento dei conti pubblici, e se stia rispettando gli impegni implicati dal PNRR; mentre lo Stato interessato da parte sua deve dimostrare in linea generale che la differenza tra rendimenti non sia imputabile a cause "interne", collegate ad errate manovre fiscali e di bilancio. In ogni caso, la portata degli acquisti del TPI non viene definita *ex ante*, bensì valutata in dipendenza dell'andamento dei dati macroeconomici e della gravità dei rischi per la trasmissione della politica monetaria.

4. Gli effetti dell'inflazione sui conti pubblici.

La decisione di comprimere gradualmente la politica monetaria risponde, pertanto, alla esigenza di "raffreddare" l'economia e di limitare la spinta inflazionistica attraverso la riduzione della quantità di moneta in circolazione: in genere, ridurre la domanda per compensare la riduzione sul versante dell'offerta significa calmierare i prezzi ma al contempo è una misura che, frenando la crescita, ha come ricaduta un serio rischio di recessione[32] e, dato l'alto livello attuale dell'inflazione, una temuta condizione di stagflazione[33].

[31] Come evidenziato da C. COTTARELLI, *Bce, lo spread e i vincoli dello scudo*, in https://osservatoriocpi.unicatt.it, luglio 2022, uno "strumento *anti-spread* (il cui acronimo è OMT, *Outright Monetary Transactions*) la BCE già lo aveva. Era stato introdotto da Draghi nel 2012. Era potentissimo perché comportava acquisti di titoli del Paese in crisi potenzialmente illimitati. E con acquisti illimitati, "la speculazione alla vendita si arrende subito". Tuttavia il programma di OMT non è mai stato attuato, giacché il solo annuncio è stato sufficiente a rassicurare i mercati e a segnare una riduzione dello *spread*. L'OMT si rivolgeva a Paesi che avessero bisogno di un aggiustamento macroeconomico ed era attivabile solo se lo stesso avesse chiesto un prestito e un programma di aggiustamento dal MES. Il TPI, al pari dell'OMT, non prevede un tetto ai potenziali interventi, ma, a differenza di questo, non richiede un tempestivo quanto doloroso piano di risanamento delle finanze pubbliche, attraverso l'adesione ad un programma di aggiustamento del MES.

[32] Come riportato dal Documento programmatico di bilancio 2023 dell'ottobre 2022, leggibile in https://www.rgs.mef.gov.it, in Italia, benché la previsione di crescita del PIL per la fine del 2022 migliori dal 3,1 al 3,3% rispetto al quadro programmatico precedentemente indicato dal DEF, la previsione per il 2023 scende in misura sostanziale, dal 2,4% allo 0,6%, a causa, non solo del "recente peggioramento delle previsioni di imprese e famiglie, ma anche e soprattutto [dei] cambiamenti intervenuti nelle principali variabili esogene della previsione". Inoltre, il complessivo scenario macroeconomico internazionale appare orientato al ribasso.

[33] E' stato stabilito comunque che ogni decisione della BCE resti vincolata ai dati che si riscontreranno di volta in volta, dimostrando così una esitazione che, secondo alcuni, indebolisce l'efficacia delle misure adottate, anche per le incertezze che devono affrontare i mercati: incertezze che si riflettono anche sulle stesse previsioni dell'inflazione, al momento, prevista per l'8,1% a fine 2022; il 5,5 nel 2023 e il 2,3 nel 2024, e della crescita (+3,1% quest'anno, in rallentamento a +0,9 nel 2023 e +1,9 nel 2024). Cfr. S. CINGOLANI, *La Bce, per frenare l'inflazione da offerta, può solo far ridurre la domanda*, in https://www.ilfoglio.it/economia/2022/09/09/news, il quale ha rilevato come la BCE abbia applicato la ricetta canonica: "ridurre la domanda per bilanciare la riduzione dal lato dell'offerta", con la conseguenza che, oltre a spegnere l'inflazione, porterà a frenare anche la crescita.

ISSN 2036-7821

In una situazione in cui il rallentamento dell'economia si associ ad alti tassi di inflazione è anche possibile che, a causa della perdita del potere di acquisto della moneta, si inneschi una indesiderata spirale prezzi-salari, la quale fungerebbe da moltiplicatore dell'inflazione, rendendola ancora più difficilmente sradicabile dal sistema economico.

Per "raffreddare l'inflazione senza congelare la crescita"[34] ovvero per compensare l'effetto negativo di una politica monetaria via via più restrittiva, non esistono misure certe e infallibili, per cui l'unica soluzione possibile è che le scelte volte a calmierare un ciclo economico iper-espansivo siano accompagnate dalla adozione da parte dei singoli governi di una serie di provvedimenti che siano espressione di prudenti politiche fiscali, allo scopo di sostenere i redditi delle famiglie, danneggiate dalla perdita di potere d'acquisto della moneta, e proteggere le imprese, per compensare la contrazione dei consumi e l'aumento del costo del denaro.

Per contrastare le impennate inflazionistiche o, almeno, per convivere con tassi controllati, occorre pertanto andare oltre le sole politiche monetarie, richiedendosi ai governi l'attivazione di politiche fiscali e di bilancio adeguate. In questa prospettiva, dunque, tutti i governi si stanno orientando ad assumere provvedimenti di sostegno alle famiglie e alle imprese, anche se la misura degli stanziamenti prevista è diversa a seconda del Paese considerato. Dal momento che questi aiuti si concretizzano in un aumento della spesa pubblica[35], allora il dilemma su cui si interrogano i vari governi – soprattutto quelli con più alti *deficit* – verte sulla decisione se aumentare o meno il debito pubblico, in una situazione, come quella attuale, di rialzo dei tassi di interesse: a fronte di un debito pubblico intorno al 150%, appunto come quello italiano, a ogni aumento di un punto percentuale corrisponde un aumento di 1,50 punti del disavanzo fiscale annuo in percentuale del PIL. Quindi i benefici apportati ai bilanci pubblici conseguenti all'aumento dell'inflazione, vengono in parte cancellati dall'aumento dei tassi di interesse, in quanto contribuiscono a far lievitare i costi del debito: nondimeno a tutt'oggi l'effetto positivo dell'inflazione – calcolata sulla base del deflatore del PIL e non dei prezzi al consumo – surclassa i maggiori costi del debito, il che dimostra che comunque le casse dello Stato usufruiscono dei benefici derivanti da un'inflazione che è salita dal 2% della metà del 2021 all'8,4 per cento circa di oggi.

Una inflazione inattesa comunque esercita una rilevante influenza sulle diverse voci dei conti pubblici, a partire dalle entrate, le quali potrebbero far segnare un certo

[34] In proposito, Nota di redazione: *Economia, raffreddamento o congelamento?* in https://www.bluerating.com/mercati, 22 giugno 2022.

[35] Sin da ora – come segnalato dal Documento programmatico di bilancio dell'ottobre 2022, cit. – i rinnovi contrattuali nella PA – invero, attesi da lungo tempo - porteranno ad un incremento della spesa per le retribuzioni pubbliche del 6,6 per cento. I consumi intermedi aumenteranno del 6,3 per cento, mentre le prestazioni sociali saliranno del 2,9 per cento e, al loro interno, la spesa pensionistica salirà del 3,9 per cento.

ISSN 2036-7821

miglioramento, determinato sia dall'aumento del gettito dell'iva, dovuto all'aumentare del valore nominale dei prodotti e servizi venduti, che dal maggiore gettito delle imposte sul reddito, derivante dagli eventuali incrementi di reddito disposti per contrastare l'erosione del valore della moneta. In Italia, tuttavia, quest'ultima strada appare quanto mai debole, per le difficoltà che incontrano i processi di indicizzazione delle retribuzioni, e ugualmente è da escludere la possibilità di un generalizzato aumento dell'aliquota di tassazione dei redditi, in quanto un aumento dei tributi in simili circostanze potrebbe essere causa di gravi conseguenze sul tessuto sociale. Sul versante delle spese, invece, pur escludendo un significativo incremento dei costi dovuto all'adeguamento dei salari del settore pubblico, a causa – come detto - della scarsa flessibilità dei meccanismi di conformazione di questi ultimi, tanto l'inflazione quanto il percorso varato dall'UE per contrastarla, rappresentano di per sé un onere per i conti pubblici: il bilancio statale deve difatti prevedere un nuovo flusso di spese, come ad esempio quello necessario a coprire i rincari dei beni energetici, o anche quello destinato a compensare la erosione del potere di acquisto, con particolare riferimento a quelle spese obbligatorie, come quelle previdenziali, per le quali è previsto un meccanismo di indicizzazione certo[36]. Inoltre, sia l'inflazione che l'aumento dei tassi di interesse concorrono entrambi alla maggiore spesa per interessi per il rinnovo dei titoli di Stato in scadenza e per quelli indicizzati.

Un aumento delle spese in *deficit* che sia finalizzato solo a sostegni temporanei eccezionali, finirebbe per rendere quest'ultimo ancora meno sostenibile, visto che si verificherebbe in un momento in cui, per le decisioni di normalizzazione della politica monetaria assunte dalla BCE, l'Italia perderebbe un compratore dominante del nostro debito pubblico. Inoltre, nel nostro ordinamento, il vincolo europeo della sostenibilità del debito sottinteso nell'art. 81 Cost., e dichiaratamente recepito dalla legge di contabilità n. 196/2009, consente, almeno in linea teorica, scostamenti in *deficit* solo allorché siano funzionali a spese per investimenti e non anche alle spese correnti improduttive rispetto alla prospettiva della crescita del PIL[37], quali sarebbero ad esempio quelle per sussidi.

Tuttavia questo scenario non si replica in ogni Paese dell'Unione monetaria ed economica, giacché quelli che godono di finanze pubbliche sane, possono, senza troppi traumi per i propri bilanci, aumentare il debito pubblico, adottando politiche fiscali di favore basate sia sul riconoscimento di forti riduzioni delle aliquote e di

[36] Si osservi che per l'anno 2023 è già previsto, per le spese previdenziali, un incremento aggiuntivo della indicizzazione rispetto al 2022.

[37] Si legga in merito, S. M. RONCO, *Imposizione tributaria, debito pubblico* cit.., il quale rappresenta come il legislatore italiano abbia attivato "la leva impositiva per recuperare risorse [anche in momenti] in cui non vi sono istanze 'pressanti' di ordine economico", dove invece sarebbe stato anche ammissibile intraprendere un percorso di riduzione fiscale mediante la leva del finanziamento a debito.

ISSN 2036-7821

agevolazioni sui consumi delle fonti energetiche (tra questi ad esempio, la riduzione di IVA ed accise), che sull'attribuzione di contributi e sovvenzioni[38].

5. L'assenza di regole comuni europee in materia fiscale e il ruolo suppletivo dei singoli Stati membri.

L'Europa ha saputo dare una compatta risposta alla emergenza pandemica, ma a quanto pare non si riscontra per ora una risposta altrettanto solidale nella individuazione delle strategie unitarie di politica fiscale volte a contrastare il rialzo dei prezzi e la debolezza della moneta: ogni Stato membro, quindi, è tenuto ad elaborare delle proprie politiche fiscali, da concordare con le istituzioni europee secondo le raccomandazioni della Commissione, cercando un punto di incontro tra l'opposizione della BCE all'ulteriore indebitamento degli Stati già molto indebitati, e la volontà di questi ultimi di accrescere il volume della spesa pubblica[39], per accrescere il consenso politico. Per evitare la frammentazione tra aree interne alla zona euro, la Commissione europea da più parti è stata sollecitata a dare, come accaduto durante l'emergenza Covid, una risposta unitaria, che permetta di ridurre i costi per famiglie e imprese e, allo stesso tempo, di limitare i guadagni eccezionali fatti da produttori e importatori, ma, nonostante la cauta apertura all'assunzione di provvedimenti comuni volti soprattutto a calmierare gli aumenti dei prezzi energetici, a tutt'oggi queste richieste sono cadute nel vuoto, sempre e soprattutto per l'opposizione della maggior parte dei paesi cd. "frugali"[40].

In una situazione di simile concomitanza di eventi riemerge quindi il vizio "originale" della assenza di convergenza nella individuazione di una disciplina fiscale unitaria, applicabile al complessivo sistema di *governance* economica europea,

[38] È il caso ad esempio della Germania, il cui Parlamento nell'ottobre 2022 ha deciso di stanziare 200 miliardi nei prossimi due anni, per proteggere famiglie e imprese da gran parte degli oneri del caro bollette, compensando direttamente i produttori/distributori e riducendo l'intervallo fra prezzi di mercato e prezzi di vendita al consumo. A detta del ministro delle Finanze tedesco Christian Lindner, tuttavia, questo provvedimento non rappresenta una misura espansiva che avrebbe l'effetto indesiderato di aumentare le pressioni inflazionistiche ma, a differenza della. manovra del Regno Unito, avrà il solo effetto di calmierare i prezzi Sul tema, L ROBUSTELLI, *I 200 miliardi tedeschi come "scossone" per la solidarietà*, in https://www.eunews.it, 4 ottobre 2022, il quale prevede che, proprio in virtù di questa decisione "egoistica", il governo tedesco non si opporrà a misure proposte dalla Commissione U.E. che possano arrecare benefici ai gruppi di cittadini e imprese degli altri ventisei Paesi (ad esempio il *price cap*).

[39] Questa situazione si sta verificando anche in Italia, dove i ristori, finora garantiti da adeguate coperture finanziarie, per i mesi a venire dovrebbero essere coperti grazie ad un ulteriore forte indebitamento, invocato da diverse forze politiche – Lega e Movimento 5 stelle – le quali però non sembrano tenere nel dovuto conto i rischi di una problematica ricaduta su *spread* e rilancio inflazionistico. Cfr. G. POLILLO, *Bce, politica monetaria*, cit.

[40] Cfr. I. BUFACCHI, *Germania, 200 miliardi per le bollette. Draghi: «Non dividiamo l'Europa»*, in https://www.ilsole24ore.com/art/, 30 SETTEMBRE 2022, che riporta la reazione dell'ex premier Mario Draghi all'annuncio del maxi scudo anti-inflazione predisposto dalla Germania, sintetizzata nell'auspicio che l'U.E. affronti la crisi in modo compatto e che non vengano attuate una quantità di manovre dai singoli Stati, che risultino divisive "a seconda dello spazio nei nostri bilanci nazionali".

ISSN 2036-7821

che si manifesta - come sempre si ripete nei momenti di maggiore crisi - nell'acuirsi degli squilibri tra le economie dei Paesi appartenenti all'Unione monetaria e nella perdita di competitività delle imprese – in questo momento anche per lo spostamento della domanda internazionale sui beni esteri a causa dell'aumento dei prezzi interni-, che determinano una ulteriore caduta di credibilità sui mercati di quegli Stati che non godono di fondamentali macroeconomici stabili.

Come si è detto, l'atteggiamento della BCE nell'affrontare l'aumento imprevisto dei prezzi è stato finora molto più moderato rispetto a quello seguito dalla FED perché ha giustamente tenuto conto delle differenze "genetiche" riscontrate tra l'inflazione europea e quella americana: tuttavia, finora, le istituzioni europee non si sono espresse sull'ipotesi di rendere permanenti quelle misure fiscali che si sono rivelate utili durante la pandemia, né tantomeno hanno assunto decisioni sulla possibilità di utilizzo di quegli strumenti – pure fiscali - comuni, utili ad impattare positivamente principalmente sull'occupazione[41], nonostante questi si siano rivelati molto efficaci nel contrastare la perdita di reddito in tutta l'Eurozona durante la pandemia, e nonostante sia unanime l'opinione pessimistica degli economisti che la vede in grave calo, a causa delle difficoltà in cui versano le imprese.

Pur riconoscendone l'importanza, dunque, le istituzioni europee rimettono le decisioni di politica fiscale ai singoli governi, ai quali raccomandano che, nella scelta degli strumenti volti al contrasto degli effetti della inflazione sui conti pubblici, non vadano assunte determinazioni che potrebbero ostacolare la corretta diffusione delle politiche monetarie della BCE, e richiedendo per contro, l'adozione di misure quantomeno neutrali sia rispetto alla sostenibilità e alla stabilità finanziaria, che rispetto al rischio di crescita dell'inflazione .

Per inciso, al momento, i Paesi dell'eurozona usufruiscono ancora della fase di sospensione del Patto di Stabilità e Crescita, decisa dall'U.E. in occasione della crisi pandemica; ma questo beneficio avrà comunque un termine, che sia il 2023 o, al massimo, il 2024, per cui il ripristino delle regole di bilancio potrebbe costringere gli Stati a confrontarsi con il ritorno alle misure di austerità, le quali comprometterebbero ancora di più le prospettive di crescita, già oggi previste in ribasso[42]. Anche tuttora, peraltro, in costanza della sospensione della vigenza dei parametri indicati dal PSC, la Commissione Europea ricorda che non è venuta meno la disciplina fiscale ivi contenuta, né la sorveglianza fiscale da parte della Commissione medesima, essendo invece consentito discostarsi temporaneamente

[41] I programmi di mantenimento del lavoro, ad esempio, si sono dimostrati efficaci stabilizzando oltre il 40% della perdita di reddito individuale nell'Unione europea.

[42] La sospensione della efficacia del PSC è stata disposta con apposita clausola generale di salvaguardia (CGS), ormai attiva da marzo 2020, di cui si prevede la prosecuzione della vigenza fino a tutto il 2023.

ISSN 2036-7821

dagli ordinari percorsi di aggiustamento, a condizione che ciò "non comprometta la sostenibilità di bilancio a medio termine" [43].

La modifica del PSC è un tema all'ordine del giorno del dibattito europeo, fondato sulla nuova consapevolezza della eccessiva rigidità dei parametri ivi prescritti, i quali, se non diversamente declinati, come si è osservato, spingono per un appiattimento verso il basso delle decisioni di politica fiscale degli Stati membri, e si pongono come ostacoli agli investimenti del settore pubblico, spesso, risolvendosi altresì in scelte economiche pro-cicliche, peggiorative dei *trends* recessivi e non in grado di riportare i bilanci in attivo nemmeno quando le economie registrano una solida crescita[44].

Per trasmettere un segnale certo al mercato che i responsabili politici sono compatti nella lotta contro l'inflazione[45], diversi orientamenti di politica economica propugnano anche al momento attuale l'adozione da parte dei singoli Stati di misure di politica fiscale più o meno restrittive, perché queste, scoraggiando il livello della domanda globale, alimenterebbero le aspettative di più bassi tassi futuri; altri orientamenti, "non appartenenti al mainstream della teoria economica"[46], attribuendo un ruolo di maggiore centralità ai meccanismi di politica fiscale si spingono a ritenere che essi potrebbero essere utili anche per ridurre la quantità di moneta in circolazione in sostituzione della politica monetaria, atteso che questa in pratica fonda la sua azione di contrasto al fenomeno inflattivo quasi esclusivamente sugli aumenti dei tassi d'interesse.

A questo scopo, al di là della solita dispersione di risorse pubbliche dovuta ad una "distribuzione a cascata", l'altra opzione possibile, frutto di adeguato bilanciamento degli strumenti della leva tributaria – incentrata, solo a titolo di esempio, sulla riduzione dell'imposizione sul reddito d'impresa, volta a compensare la perdita di competitività sofferta da queste ultime al rialzo dei tassi d'interesse, come pure sulla riduzione dell'IVA della componente energetica -, dovrebbe consentire di creare una "rete di sicurezza sociale" per aiutare imprese e famiglie a basso reddito da grandi perdite di reddito reale; all'opposto, una manovra di bilancio volta a contrastare l'aumento dei prezzi che sia limitata ai soli sussidi o contributi a fondo perduto,

[43] Lo sottolinea anche la NADEF 2022, pag. 76, in https://www.dt.mef.gov.it.

[44] È il pensiero di P. GAUTRY, *Ue, nel 2022 l'occasione per avvicinarsi all'Unione fiscale*, in https://www.milanofinanza.it/news, il quale auspica che, in luogo di requisiti rigidi, l'U.E. valorizzi la spesa pubblica strategica, affinché il processo fiscale si trasformi "da un ostacolo a un catalizzatore del cambiamento". Prosegue l'A. che, piuttosto che indugiare su complessi calcoli del disavanzo, l'U.E. dovrebbe finalmente determinarsi, tra l'altro, a non computare gli investimenti strategici nella spesa pubblica ordinaria, ai fini del calcolo del disavanzo, in modo da attenuare le regole ed evitare di soffocare gli stimoli agli investimenti.

[45] Cfr. V. GASPARE, R. LAM, P. MAURO, R. PIAZZA, *Fiscal-policy-can-help-people-rebound-from-cost-of-living-crisis*, in https://www.imf.org/en/Blogs/Articles/2022/10/12, 12 ottobre 2022, per i quali" i governi non dovrebbero tentare di limitare l'aumento dei prezzi attraverso controlli sui prezzi, sussidi o tagli alle tasse. Una tale mossa sarebbe costosa per i budget e in definitiva inefficace" [trad.]

[46] Riporta questo punto di vista, S. M. RONCO, *Imposizione tributaria, debito pubblico*, cit.

ISSN 2036-7821

dimostrerebbe che non sono stati compresi, dalle esperienze passate, i rischi della "vulnerabilità degli ingenti debiti pubblici"[47] agli attacchi speculativi. A questa strategia, comunque, i governi dovrebbero pur sempre accompagnare la previsione di un incremento degli investimenti in infrastrutture moderne e, soprattutto nelle nuove tecnologie in campo energetico, agevolate, peraltro, dalla attuazione del PNRR. Raccomandazioni specifiche rivolte all'Italia, chiedono al nostro Paese di adottare per il 2023 una politica di bilancio prudente, limitando in particolare la crescita della spesa corrente finanziata con risorse nazionali, ad un livello inferiore alla crescita del prodotto potenziale nel medio termine, esclusi i sostegni temporanei offerti alle famiglie e alle imprese maggiormente soggette agli aumenti dei prezzi dell'energia[48]; la valutazione sulla coerenza delle tendenze del prossimo bilancio con dette Raccomandazioni è rimessa alla Commissione attraverso l'esame del Documento programmatico di bilancio, da cui emerge, tra l'altro, l'evoluzione della spesa corrente primaria finanziata a livello nazionale e il livello degli investimenti[49].
Il più recente documento di finanza pubblica approvato dal Parlamento italiano (la NADEF), contenente l'aggiornamento delle previsioni del DEF di aprile 2022 al nuovo scenario internazionale e agli interventi legislativi adottati per contrastare gli effetti dei rincari dei beni energetici, per il 2023 rivede al ribasso di almeno due punti percentuali rispetto al DEF 2022, le previsioni di crescita, pur potendosi apprezzare ancora un certo rialzo della crescita reale in riferimento all'ultimo trimestre del 2022. Per il 2023, invece, le stime del PIL provenienti dalle istituzioni economiche risentono dei fattori di influenza "esogeni" e fluttuano tra quelle più ottimistiche del Governo e quelle più pessimistiche del FMI, che ipotizzano per l'Italia una fase di recessione "tecnica", che corrisponde ad una variazione negativa del PIL per due trimestri consecutivi[50].
L'alto tasso che sta facendo segnare al momento l'inflazione e le previsioni non favorevoli per il futuro, hanno infatti diffuso in ogni comparto il timore di una recessione imminente, come conseguenza dei costi elevati che inducono alla riduzione della produzione e dei consumi; questa tendenza viene peggiorata, soprattutto in Italia, a causa della citata scarsa flessibilità dei salari, la quale spinge i

[47] Il ricorso a politiche fiscali moderatamente restrittive è l'opzione sostenuta da V. GASPARE, R. LAM, P. MAURO, R. PIAZZA, *Fiscal-policy*, cit.

[48] Il 23.5.2022, La Commissione ha avanzato queste proposte al Consiglio con la raccomandazione sul programma nazionale di riforma 2022 dell'Italia, leggibile in italiano sul sito del Consiglio: https://data.consilium.europa.eu/doc.

[49] Il DPB evidenzia che la spesa primaria nel 2023 potrebbe risultare in lieve flessione, per poi riprendere quota negli anni 2024 e 2025; mentre è prevista "un'elevata dinamica degli investimenti pubblici", che salirebbero fino al 3,7 per cento del PIL nel 2025, da una media del 2,7 per cento nel 2021-2022.

[50] Nella NADEF elaborata dal governo Draghi è previsto che il PIL nel 2023 salga dello 0,6%, mentre per il FMI viene visto in recessione, con una crescita in arretramento dello 0,2%, che lo porterebbe al 2,7%, rispetto al 2,9% previsto a luglio.

ISSN 2036-7821

potenziali lavoratori a non cercare lavoro se non al costo di retribuzioni ritenute adeguate al calo del potere d'acquisto in atto. Il mercato del lavoro è atteso quindi in significativo indebolimento in seguito al rallentamento dell'attività economica e agli effetti psicologici dell'inflazione: la concorrenza di questi fenomeni potrebbe fungere da traino per un peggioramento ulteriore della recessione, riportando in auge il problema degli altissimi debiti pubblici che affligge buona parte dei Paesi europei i quali, proprio per la sospensione del PSC, ne avevano dimenticato l'importanza.
In questo quadro non promettente, tuttavia, spiccano gli effetti positivi che l'inflazione può avere sui conti pubblici: per effetto della stessa, infatti, la NADEF aggiorna, in positivo, la maggior parte degli indicatori di finanza pubblica, tra cui il saldo primario e la riduzione del rapporto debito/PIL, a parte quello della spesa per interessi, che fa invece segnare un peggioramento a causa del rialzo dei tassi di remunerazione del credito.[51].
Per lo stesso motivo si apprezza un aumento del gettito fiscale, rispetto alle stime del DEF, e proprio grazie a questo differenziale il Governo sta continuando a calmierare le bollette di luce e gas, a favore delle famiglie più vulnerabili e delle imprese maggiormente colpite dagli aumenti dei prodotti energetici, senza dover ricorrere – almeno per ora - alla procedura di indebitamento.
Per affrontare efficacemente questa ennesima crisi, benché un ruolo centrale sia rivestito, come si è esaminato, dalle politiche fiscali nazionali, ancora una volta, viene rinnovato l'invito all'UE di implementare le politiche fiscali e di bilancio comuni, soprattutto tenendo conto che l'adozione di strumenti di politica fiscale nazionale richiede finanze pubbliche sane se non si vogliono rischiare "disavanzi eccessivi"[52].
Per la stessa sopravvivenza dell'Unione, allora, è tanto più opportuno costruire un'impalcatura di norme e programmi comuni, sufficientemente flessibili e rapidamente utilizzabili all'arrivo di ogni emergenza, in modo da creare una

[51] Per una sintesi e un commento del contenuto della NADEF, tra i tanti, L. BRUGNARA, C. ORLANDO, *Scenari macro e di finanza pubblica nella NADEF 2022*, in https://osservatoriocpi.unicatt.it/ocpi, 10 ottobre 2022. In dettaglio, le previsioni della NADEF quantificano per il 2022, l'aumento annuo degli interessi passivi previsto rispetto al 2021, di circa 9,2 miliardi in più rispetto alla previsione del DEF, la maggior parte dei quali da ricondurre all'effetto dell'inflazione attraverso i titoli ad essa indicizzati. Pertanto, mentre nel DEF gli interessi in rapporto al PIL erano stimati sostanzialmente in linea con quelli del 2021, al 3,5%, questo rapporto è ora previsto salire al 4,0% per cento nel 2022, a causa del significativo incremento dei tassi di interesse di mercato che, negli ultimi sei mesi, sono saliti mediamente di oltre 200 punti base su tutte le principali scadenze. Per gli anni successivi, si prevede che il rapporto si stabilizzi attorno ad un livello del 3,9%.

[52] Sul tema di un rinnovamento di politiche fiscali comuni, V. GASPAR, A. KAMMER, C. PAZARBASIOGLU, *European Fiscal Governance A Proposal from the IMF*, in https://www.imf.org/en/Blogs/Articles/2022/09/05/european-fiscal-governance-a-proposal-from-the-imf, 5 settembre 2022, dove si auspica altresì che tutte le politiche fiscali siano coerenti con le manovre di politica monetaria antinflazionistiche: il che equivale a dire che non dovrebbe essere espansiva.

ISSN 2036-7821

maggiore resilienza alle crisi finanziarie dei singoli Stati, che avrebbero, come si è visto, altrimenti, ricadute destabilizzanti sull'intera architettura europea[53].
In attesa degli sviluppi del dibattito in corso tra le istituzioni europee - finalizzato a ridurre i potenziali rischi di frammentazione tra aree economiche -, e della imminente manovra finanziaria interna per il nuovo anno, da approvare entro dicembre 2022, la BCE ha incoraggiato gli Stati membri a prestare attenzione, al momento della redazione dei bilanci, a preservare o favorire la sostenibilità del debito, allo scopo di mantenere al loro interno un margine di manovra e una capacità economica sufficienti a sostenere la produttività e il lavoro, nonché a contenere la pressione dei forti aumenti sul mercato dell'energia; o, per chi questo vincolo non lo sta rispettando – e tra questi c'è l'Italia -, di dedicare almeno una parte della manovra all'adozione di riforme strutturali, in grado di mantenere la fiducia dei mercati, ma anche della stessa UE, la quale comunque vincola – e continuerà a vincolare - le forme vecchie e nuove di sostegno agli Stati membri a regole di condizionalità incentrate sulla serietà dell'intento di affrontare un percorso di risanamento.

[53] V. GASPAR, A. KAMMER, C. PAZARBASIOGLU, *European Fiscal Governance*, cit., in cui viene menzionato lo studio effettuato dal FMI, che propone riforme al quadro fiscale dell'UE per la gestione delle crisi, articolate, tra l'altro, su regole di bilancio a medio termine, che tengano conto dei rischi di bilancio dei vari Paesi e sulla creazione di un fondo UE per aiutare i Paesi medesimi a gestire meglio le recessioni economiche e a fornire beni pubblici essenziali. Il riferimento è lo studio del FMI dal titolo: *Reforming the EU Fiscal Framework - Strengthening the Fiscal Rules and Institutions* del settembre 2022, in https://www.imf.org/en/Publications/Departmental-Papers-Policy-Papers/Issues/2022/08/31.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Halal as more than a market benchmark: from certification issues to 'Eco-Islam' up to Vegan Muslims

di Anna Marotta

(Ricercatrice in Diritto Privato Comparato presso l'Università della Campania "Luigi Vanvitelli")

Summary

1. 1. Introductory overview – 2. Understanding *halal* – 3. Eco-Islam as Islamically motivated environmental responsibility – 4. To be or not to be (vegan Muslim), that is the question: the rise of Muslim vegans and the *halal-tayyib* rationale – 5. A new *ijtihad* for sustainable *halal*? Some closing remarks

Abstract

Etymologically, the Arabic term halal means (legally) 'permissible' – in the sense of what is permitted under sharia, the sacred law of Islam – and is manly associated with Islamic dietary standards. However, it encompasses all aspects of Muslims' life. Halal refers to a comprehensive coherence/consistency of human behavior with the divine revelation and the Prophet's traditions. Going more into detail, "religiously, it corresponds to what many Muslims consider as the good performance of their beliefs. Economically, it creates new opportunities for business. Politically, it corresponds to times in which identity issues became paramount. Socially, it relates to the need to cope with new realities without losing one's right to define the norms of the community. Legally, it is linked to the framing of 'traditional' norms in modern terms and categories".

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Introductory overview

Etymologically, the Arabic term *halal* means (legally) 'permissible' – in the sense of what is permitted under *sharia*, the sacred law of Islam – and is manly associated with Islamic dietary standards. However, it encompasses all aspects of Muslims' life. *Halal* refers to a comprehensive coherence/consistency of human behaviour with the divine revelation and the Prophet's traditions. Going more into detail, "religiously, it corresponds to what many Muslims consider as the good performance of their beliefs. Economically, it creates new opportunities for business. Politically, it corresponds to times in which identity issues became paramount. Socially, it relates to the need to cope with new realities without losing one's right to define the norms of the community. Legally, it is linked to the framing of 'traditional' norms in modern terms and categories".[1]

In recent years, in conjunction with the global growth of Muslim populations, the demand for *halal* food and non-food goods and service has been steadily and rapidly increasing. Dedicated markets for *halal* products have been set up in both Muslim and non-Muslim countries. This trend has encouraged the emergence of a variety of *halal* certification bodies, which, through different procedures and understandings of what authentic *halal* is, compete for the issuing of *halal*-certified product/service in order to protect consumers from abuses.

The development of the *halal* referent poses challenges which go beyond consumer protection, however. Alongside *halal* certification-related issues, the present paper casts a glance at the existing (re)interpretations of the concept of '*halal*', as a result of the growing attention shown by Muslims for environmental issues as well as for ethical aspects involved in the slaughter of animals.

From the 'Eco-Islam' movement to the growing number of Muslims who practice veganism, some Muslims seem to have already begun to read Islamic teachings through new lenses, by seeking to redefine what *halal* is supposed to be in current societies.

2. Understanding halal

The word '*halal*', which refers to permissibility under Islamic sacred law, is generally used as opposed to '*haram*', which means legally 'forbidden' or 'unlawful'. Both terms are mainly associated with the Islamic religious context, within which they generally refer to any act or object respectively sanctioned and prohibited under Islamic law. However, they do not enjoy a unique understanding when it comes to their literal and practical meanings.

[1] A. U. YAKIN, L. L. CHRISTIANS, B. DUPRET, *Rethinking Halal: Critical Perspective on Halal Markets and Certification*, in A. U. YAKIN, L. L. CHRISTIANS (eds), *Rethinking Halal: Genealogy, Current Trends, and New Interpretations*, Muslim Minorities, 37, Brill, 2021, p. 1.

ISSN 2036-7821

Halal is both a religious concept and "a socially living, constructed, invented, and reproduced concept, undergoing a long process during which the word, the idea, the meaning, and understanding are continually reshaped and adjusted".[2]
Under Islam, the word *halal* is most commonly associated with dietary requirements.[3] And yet the concept of *halal* is currently applied to many facets of modern life. It is no longer limited to food indeed, but, through a semantic extension process, it has come to include *sharia*-compliant activities ranging from banking and financing sectors to cosmetics, from fashion industry to pharmaceutical commodities, from transports to tourism and hospitality up to behaviour to keep in situation such as marriage.
Most recently, the *halal* referent has further expanded to include environmental and animal ethics. It follows that *halal* currently incorporates elements of moral responsibility towards the Earth and its inhabitants, which implies that *halal* lifestyle should be non-exploitative to the ecosystem.
The widening of the concept '*halal*' is only partially attributable to the influence of Salafi-Wahhabi doctrine or Islamic neo-fundamentalism.[4] "*Halal* reflects an anthropological evolution, that of the scientising, standardising, and normalising of social life".[5] These transformations have required Muslim scholars to link Islamic teachings to emerging needs and sensibilities, which did not even exist in classical *fiqh* discussions.
The question of *halal* came up between the late 1970s and the early 1980s, although it is only in the past 20 years that it has conquered a wide space, especially in Europe and Asian non-Muslim countries, mostly for business and other economic purposes.[6] The further development can be explained in the light of cultural evolution and scientific advancement, especially in the domain of food production.
Halal food basically describes the food permitted under Islamic law, namely the kind of food that must not encompass any constituent of food and beverages – as well as derivatives – that Muslims are not allowed to consume. However, *halal* is not restricted to raw materials and ingredients, but involves the entire process of handling products. Furthermore, in the context of food, the concept of *halal* is coupled with the concept of *tayyib*, which literally means pure, good, clean, wholesome.

---

[2] A. U. YAKIN, L. L. CHRISTIANS, B. DUPRET, *Rethinking Halal*, cit., p. 3.
[3] F. ARMANIOS and B. ERGENE, *Halal Food: A History*, Oxford University Press, 2018.
[4] F. BERGEAUD-BLACKLER, *Le Marché Halal ou l'invention d'une tradition*, 2017, Paris, Seuil.
[5] A. U. YAKIN, L. L. CHRISTIANS, B. DUPRET, *Rethinking Halal*, cit., p. 3, where the authors specify: "Scientising in the sense that religious truth has become a scientific issue, as exemplified by creationist theories. Standardising, meaning that technical standards based on the consensus of certain groups are developed to maximise quality and thus commodification. Normalising, as the development of such technical norms and standards proves to be not only a coordination issue but also that of stating a norm that *has to be* followed".
[6] A. U. YAKIN, L. L. CHRISTIANS, B. DUPRET, *Rethinking Halal*, cit., p. 2.

ISSN 2036-7821

The guidelines that regulate both the preparation and consumption of *halal* food require that "the foods that are permissible under the Islamic dietary laws must meet the conditions of being clean, pure, safe and wholesome to consume under specific protocols outlined in the Quran and explained in the Hadith".[7] Forbidden foods include pork and pork derived-products, alcohol, meat from certain dead animals (such as dogs, horses) and blood of any animal.[8] Furthermore, all lawful animals should be slaughtered in conformity with strict religious guidelines. In this respect, two sets of guidelines for *halal* slaughter emerge from the primary sources of Islamic law, giving rise to a debate about the authenticity of *halal* products.[9]

The first position emphasises that 'people of the Book' share common slaughter practices and that Muslims are allowed to consume meat from animals slaughtered by Jews and Christians as well as by Muslims.[10] This position, which requires all animals to be made unconscious by stunning prior to slaughter, is interpreted and implemented in different ways by *halal* certification bodies across Europe.

In contrast, adherents of the second position claim that the status of *halal* meat is linked more directly to Islam and traditional *halal* practices. This has resulted in a derogation of the EU regulation in some member states, which grant slaughterhouses where Muslim and Jewish communities can slaughter animals without previous stunning.[11]

European countries have chosen to adopt different legal approaches when it comes to religious slaughter, with the majority of countries permitting religious slaughter without previous stunning under certain conditions.[12]

---

[7] A. HALAWA, *Acculturation of Halal Food to the American Food Culture through Immigration and Globalisation: A Literature Review*, in *Journal of Ethnic and Cultural Studies*, Vol. 5, No. 2, 2018, p. 54.

[8] C. COUNIHAN, P. VAN ESTERIK, *Food and Culture: A Reader 3rd Edition*, Oxford, Routledge, 2012.

[9] J. LEVER, M. MIELE, *The growth of halal meat markets in Europe: An exploration of the supply side theory of religion*, in *Journal of Rural Studies*, 28, 2012, p. 529.

[10] Id. On the 'people of the Book' see F. CASTRO, *Il modello islamico*, (a cura di G.M. PICCINELLI), Seconda edizione, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007, pp. 28-29.

[11] Article 13 of the Treaty on the Functioning of the European Union recognises animals as sentient beings and stipulates that "in formulating and implementing the Union's agriculture, fisheries, transport, internal market, research and technological development and space policies", full regard must be paid to the welfare requirements of animals, "while respecting the legislative or administrative provisions and customs of the Member States relating in particular to religious rites, cultural traditions and regional heritage". On this point See https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12016E013 (last accessed 28 December 2022). Furthermore, while in 2012 the Commission adopted the *European Union Strategy for the Protection and Welfare of Animals (2012-2015)*, *Regulation (EC) No 1099/2009 of 24 September 2009 on the protection of animals at the time of killing* provides for the killing of an animal only after it has been stunned, whilst permitting religious slaughter, *halal* slaughter included, provided that the slaughter takes place in a slaughterhouse. See respectively https://food.ec.europa.eu/system/files/2016-10/aw_brochure_strategy_en.pdf and https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32009R1099 (last accessed 28 December 2022)

[12] S. FERRARI and R. BOTTONI, *The Institutionalization of Islam in Europe: an overview*, in J. CESARI (ed.), *The Oxford Handbook of European Islam*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 619-655.

ISSN 2036-7821

Recently, the global growth and significant emigration flows of Muslim population has made the demand for *halal* food and non-food products increase exponentially. In the last three decades, the *halal* food specific industry has become one of the fastest growing global consumer markets in the world.[13] *Halal* food sector currently accounts for more than 57% of global *halal* expenditure, attracting investments for more than USD 5.5 (52% of total amounts invested).[14]

Statistics on the Muslim population future growth suggest that this trend seems to be destined to increase.[15] Furthermore, "considering young generations as 'healthy carriers' of inspiration and being more open to change, the increase in Halal food consumption could help in reaching sustainable development goals, its products being based on biologic agriculture, fair trade, green animal breeding and environmental economics".[16] To younger Muslims, *halal* is much more than basic rules of conduct followed by their immigrated parents. It includes a wide set of lifestyles.

The growth of the production, trade volume, and consumption of *halal* products involves both Muslims and non-Muslim consumers.[17] There is an increasing interest in *halal* products by several non-Muslims countries, either for Muslim or non-Muslim consumers. *Halal* products are expected to further increase in popularity among non-Muslim consumers, since it seems that "one of the first opportunities for companies, in the light of Muslims migration and expected increased spending capacity, is related to the chance to penetrate lucrative markets outside Muslim home countries. The underutilized global market (i.e., the opportunity of producing Halal products by non-Muslims companies) is still growing at a higher pace".[18]

Such a phenomenon is favoured by the fact that non-Muslim consumers often associate *halal* with a positive brand representation, especially when it comes to food.[19] *Halal* products are represented as being natural, pure, ethical, healthy and hygienic.

Halal trade has been able to break through well beyond religious, cultural, and geographic parameters. It is interesting to note that the greatest share of *halal* food

---

[13] A. HALAWA, *Acculturation of Halal Food*, cit., p. 56.

[14] C. BUX, E. VARESE, V. AMICARELLI, M. LOMBARDI, *Halal Food Sustainability between Certification and Blockchain: A Review.* in *Sustainability*, 14, 2022, 2152, https://www.mdpi.com/2071-1050/14/4/2152 (last accessed 28 December 2022).

[15] M. LIPKA and C. HACKETT, *Why Muslims are the world's fastest-growing religious group*, *Pew Research Center*, 6 April 2017, https://www.pewresearch.org/fact-tank/2017/04/06/why-muslims-are-the-worlds-fastest-growing-religious-group/ (last accessed 29 December 2022)

[16] C. BUX, E. VARESE, V. AMICARELLI, M. LOMBARDI, *Halal Food Sustainability between Certification and Blockchain*, cit., https://www.mdpi.com/2071-1050/14/4/2152.

[17] A. HALAWA, *Acculturation of Halal Food*, cit., p. 60.

[18] C. BUX, E. VARESE, V. AMICARELLI, M. LOMBARDI, *Halal Food Sustainability between Certification and Blockchain*, cit., https://www.mdpi.com/2071-1050/14/4/2152.

[19] Id.

ISSN 2036-7821

production and distribution is dominated by non-Muslim countries with small Muslim minorities.[20] Brazil is the largest producer and exporter of *halal* meat products, followed by India and Australia. In contrast, the major *halal* meat, both beef and poultry, importers are Muslim-majority countries such as Saudi Arabia, Malaysia, Indonesia, Algeria, and Egypt.

There seems to be a strong connection between the stable value of cultural identity and consumers' behaviour that relocates with the consumer from one place to another.[21] This perspective may explain Muslim consumers' behaviour in terms of habitual *halal* food consumption as a cultural identity value that relocates with them from one country to another even if it is a non-Muslim country.

Precisely because it is linked to cultural identity, when Muslims have started striving to reassert their identity as a response to global concerns about Islam, the authenticity of *halal* products has progressively acquired importance, particularly amongst Muslims living in non-Muslim countries.[22] The more the authenticity of *halal* products in supermarkets and restaurants is questioned by some Muslims, the more *halal*-certified foods are solicited and *halal* food gains international market shares.

Currently, *halal* certification, as a food certification rooted in the principles of safety, hygiene, and wholesomeness,[23] but also as the business and trade field and the global symbol that guarantees quality assurance and lifestyle choices,[24] constitutes the main entrance door to the global *halal* markets.

Historically, *halal* certification date back to the mid-1960s, when American Muslim food and specialists decided to provide Muslims in non-Muslim countries with goods capable of protecting their spiritual beliefs and preserve their religious identity.[25] Shortly after, a large number of *halal* certification bodies as well as standards and regulations were established, especially with regard to meat and meat-based products, taking into account differences between Muslims (The Sunni-Shia divide and the existence of different legal schools). Later, a variety of *halal* logos and certificates became widespread in the *halal* market, increasing the heterogeneity of the certification procedure.

---

[20] A. HALAWA, *Acculturation of Halal Food*, cit., p. 58.

[21] G. McCRACKEN, *Culture and Consumption: A Theoretical Account of the Structure and Movement of the Cultural Meaning of Consumer Goods. Journal of Consumer clean*, 1, 1986, pp. 71-84.

[22] J. LEVER, M. MIELE, *The growth of halal meat markets in Europe*, cit., pp. 528-530.

[23] M.S.A. TALIB, A.B.A. HAMID; M.H., ZULFAKAR, *Halal supply chain critical success factors: A literature review*, in *Journal of Islamic Marketing*, 6, 2015, pp. 44-71; M. S. A. TALIB, A.B.A. HAMID, T. AI CHIN, *Motivations and limitations in implementing halal food certification: A Pareto analysis,* in *British Food Journal*, 117, 2015, pp. 2664-2705.

[24] NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *Certifiably Sustainable? The Role of Third-Party Certification Systems*, The National Academies Press, Washington, DC, 2010, cited in C. BUX, E. VARESE, V. AMICARELLI, M. LOMBARDI, *Halal Food Sustainability between Certification and Blockchain*, cit., https://www.mdpi.com/2071-1050/14/4/2152.

[25] C. BUX, E. VARESE, V. AMICARELLI, M. LOMBARDI, *Halal Food Sustainability between Certification and Blockchain*, cit., https://www.mdpi.com/2071-1050/14/4/2152.

ISSN 2036-7821

At present, there are no unified global standards which regulate the production and the sale of *halal* products. The existing global and national *halal* food certification bodies adopt different levels of *halal* standards and regulations. Currently, single states could accept specific certification authorities without a central coordination. The list of authorized certification bodies, for its part, is rich and constantly changing. This is also due to differences between Islamic schools of thought in the interpretation and use of the term *halal*.

In 1997, the Codex Alimentarious Commission (CAC), in their general guidelines for the use of the term *halal*, recognised that "'there may be minor differences in opinion in the interpretation of lawful and unlawful animals and in the slaughter act, according to the different Islamic Schools of Thought.' As such the 'guidelines are subjected to the interpretation of the appropriate authorities of the importing countries', which means that 'the certificates granted by the religious authorities of the exporting country should be accepted in principle by the importing country, except when the latter provides justification for other specific requirements'".[26] This justification was considered as being consistent with WTO 'conformity assessments', according to which WTO members are called to give the same priority to imported products as to domestic products in order to protect commercial interests.[27]

In both Muslim and non-Muslim countries, *halal* food certification agencies and bodies govern, safeguard, enforce and issue certificates to *halal* food businesses in accordance with *halal* standard dietary laws and guidelines.[28] In 2018, there were about "122 global and national halal food certification organizations".[29] They encompassed "a decentralized and fragmented network of halal governance agencies at the international, national, and local levels with different certification standards and requirements".[30] Among these agencies were "government-administered, locally-governed, non- profit non-governmental organization (NGO), and private for-profit agencies and business that operate independently to standardize and issue halal certificates in countries such as Malaysia, Indonesia, Singapore, Thailand, France, The Netherlands and the Philippines".[31]

Malaysia and Indonesia are the main authorities in *halal* food industry standards, especially *halal* meat, with the most advanced *halal* certification systems in the world, while in the West, countries such as the U.S. do have agencies such as the Islamic

[26] CAC (Codex Alimentarius Commission), General Guidelines for the Use of the Term Halal (CAC/GL 24-1997), 1997, cited in J. LEVER, M. MIELE, *The growth of halal meat markets in Europe*, cit., p. 534.

[27] A. LOCONTO, L. BUSCH, *Standards, techo-economic networks, and playing fields: performing the global market economy*, in *Review of International Political Economy*, 17 (3), 2010, pp. 507-536.

[28] M.N. RIAZ, *Fundamentals of Halal Foods and Certification*, in *Prepared Foods*, 179(1), 2010, 71-76.

[29] A. HALAWA, *Acculturation of Halal Food*, cit., p. 55.

[30] Id.

[31] Id.

ISSN 2036-7821

Food and Nutrition Council of America, the Halal Advisory Group, and the Islamic Society of the Washington Area.[32]

Driven by the competition between certification bodies, *halal* meat market is experiencing a period of unprecedented growth and development also across Europe, even though its intensity varies depending on the single country.[33]

The increasing number of religious and secular and actors, who compete by proposing different *halal* standards, is complicated and undermined by two factors: the global influence of WTO guidelines, which prioritize commercial interests, on the one hand; and the derogation of the current EU legislation on the protection of animals at the time of killing, which allows for religious slaughter to be carried out without stunning, on the other hand.

The development of *halal* meat markets in the European legal space is further being driven by production side initiatives that reflect a wide range of *halal* practices and marketing strategies supported by actors interested in expanding a 'religious marketplace', as an expression of the inevitable interdependence of religion and marketing in modern consumer culture.[34] This situation enables further actors to promote different tradition-based positions within and across national boundaries, giving rise to 'hybrid' forms of governance and third party certification schemes.[35]

Such tensions are likely to continue in the future, given the expected growth of the Muslim populations and the EU's attempt to protect animal welfare at time of killing without threatening the economic competitiveness of Europe's animal farming industry.

Meanwhile, the lack of standardized safety, hygiene and healthiness certification for *halal* products may affect consumers, who may be victim of fraud and mislabelling of *halal* products and reduce their demand. The new technology seems to come to rescue the consumer.

The blockchain technology, in particular, is represented as one of the main instrument to assure the reliability, traceability and safety to *halal* consumers.[36] The benefits associated with this digitally distributed, decentralized, public ledger secured by cryptography, include a greater efficiency of *halal* certification systems, by increasing *halal* consumers' trust through the digitalization of *halal* certificates, which become traceable and reliable, but also a greater environmental and social sustainability, considering that it is argued that the need to guarantee food safety,

[32] Id.
[33] J. LEVER, M. MIELE, *The growth of halal meat markets in Europe*, cit., p. 528.
[34] M. EINSTEIN, *Brands of Faith: Marketing Religion in a Secular Age*, Routledge EU 1993, 2008.
[35] J. LEVER, M. MIELE, *The growth of halal meat markets in Europe*, cit., p. 536.
[36] C. BUX, E. VARESE, V. AMICARELLI, M. LOMBARDI, *Halal Food Sustainability between Certification and Blockchain*, cit., https://www.mdpi.com/2071-1050/14/4/2152.

hygiene, fair trade and animal welfare implies that sustainable practices are incorporated in the *halal* food supply chain.[37]

The impact stemming from the growth and diversification of the *halal* market goes beyond certification issues, however. In particular, the promotion of authentic *halal* affects the relationship between the right to cultural identity and the protection of the environment and its inhabitants.

Halal lifestyle seems to increasingly converge with mainstream beliefs about the environment consciousness. This is reflected in the emergence of Eco-Islam, as a movement that explores the link between Islamic ethics and environmental stewardship.

3. Eco-Islam as Islamically motivated environmental responsibility

"Given the powerful and persuasive role that religion can play on the values, attitudes, and behaviour of individuals, in recent years the term 'Eco-Islam' has become the label used to define the Islamic ecological ethics that interpret the Qur'an and the body of Hadiths in a contemporary ecological way of life, as an inherent Muslim necessity/obligation".[38]

The origin of the Eco-Islam thinking dates back to1960s, and specifically to the work of the Iranian-born intellectual Seyyed Hossein Nasr, who is considered as being the father of the early Islamic environmentalism movement.[39] In his book titled '*Man and Nature: The Spiritual Crises of Modern Man*', Nars emphasised that religions may provide humanity with a way out from the ecological crisis, and called for a rediscovery of, and reconnection with, religious teachings about the natural world, which have been lost with advent of modernity.[40] His work was a response to the controversial theory of the historian Lynn White Junior, according to whom the monotheistic religions are at the root of the ecological crisis. Although White focused primarily on Christianity and Judaism, such an allegation as well as the perception of an ecological crisis led Muslim scholars to drew attention to the position of Islam on the environment. This has resulted in the Islamic eco-theology movement, which

[37] J. ALZEER, U. RIEDER, K. A. HADEED, *Good Agricoltural Practices and Its Compatibility with Halal Standards*, in *Trends in Food & Science Technology*, 102, 2020 and L. AL HALASEH, B. SUNDARAKANI, *Study on quality attributes of halal food supply chain*, in *International Journal of Logistics Economics and Globalisation*, 4 (1-2), pp. 20-34.

[38] D. M. ABDELZAHER, A. KOTB, A. HELFAYA, *Eco-Islam: Beyond the Principles of Why and What, and Into the Principles of How*, in *Journal of Business Ethics*, 155, 2019, p. 626.

[39] A. SCHWENCKE, *Globalized Eco-Islam: A survey of global Islamic environmentalism*, LIRS, Leiden University, 2012; M. ZBIDI, *The call to Eco-Jihad*, Islamic Environmentalism, in *Qantara.de*, 2013, https://en.qantara.de/content/islamic-environmentalism-the-call-to-eco-jihad (last accessed 29 December 2022)

[40] D. M. ABDELZAHER, A. KOTB, A. HELFAYA, *Eco-Islam*, cit., p. 626.

ISSN 2036-7821

encompasses Islamic ecological philosophy, *sharia*-based environmental law and Islamic environmental activism.[41]

Islamic environmental ethics are rooted in the primary sources of Islam. "Corruption of the earth, including destruction of the environment is forbidden in the Qur'an, as are wasteful overconsumption and extravagance".[42] Under Islam, the environment is a gift made by God to humankind, is a sign of God to human beings, is itself in a state of worship of God, witness for/against human actions.[43] Human beings are called upon to conserve God's creation. The purpose of all creation is to praise God, and any human intersection with the universe is to obey to God's laws.[44]

Eco-Islam emerges as a young movement which brings together different types and levels of activism among Muslim groups and worldwide organisations, whose common goal is to protect God's creation through environment-friendly behaviours.[45]

Eco-Islam encompasses behavioural rules aimed at reducing human impact on the environment. As such, it could be *somehow* compared to Western environmental law, which is understood as a complex field of practices that has evolved into a wide set of statutes, regulations, guidelines, requirements, policies, regulatory strategies, judicial cases and administrative interpretations shaped by environmental concerns understood as collective problems that require collective responses.[46]

The first phase of Eco-Islam went from the 1970s to the beginning of the 2000s, and was marked by a theoretical work on the relationship between Islam and the environment, before evolving into a global ecological movement which shifted the focus on practical questions and activism in the 21st century.[47]

---

[41] M. ZBIDI, *The call to Eco-Jihad*, cit., https://en.qantara.de/content/islamic-environmentalism-the-call-to-eco-jihad.

[42] O. LLEWELLYN, *The Basis for a Discipline of Islamic Environmental Law*, in R.C. FOLTZ, F.M. DENNY, & A. H. BAHARUDDIN (eds), *Islam and Ecology: A Bestowed Trust*, Cambridge, Harvard University Press, 2003, p. 199.

[43] D. ABDELZAHER & A. ABDELZAHER, *Beyond environmental regulations: Exploring the potential of ''Eco-Islam'' in boosting environmental ethics within SMEs in Arab market*s, in *Journal of Business Ethics*, 2015, pp. 1-15.

[44] A. ANSARI & P. JAMAL, *Towards an Islamic jurisprudence of environment: An expository study*, in *Religion and Law Review*, X–XI (11–12), 2001-2002, pp. 80-103; F. KHALID, *Islam and the environment*, in P. TIMMERMAN (ed.), *Social and economic dimensions of global environmental change*, in *Encyclopedia of global environmental change*, 1, 2002, Wiley, Chichester, pp. 332-339.; S. NAQVI, *The dimensions of an Islamic economic model*, in *Islamic Economic Studies*, 4(2), 1997, pp. 1-23.

[45] "'The 'Green Khutba Campaign', 'The Green Guide to Hajj', 'The Muslim Green Guide to Reducing Climate Change', 'Greening Ramadan', 'The Clean Medina Campaign' ... are only some of the contemporary initiatives focused on the link between Islam and nature and labelled 'Green Islam' or 'Eco-Islam'.

[46] On environmental law See: T.S. AAGAARD, *Environmental Law as a Legal Field: An Enquiry in Legal Taxonomy*, in *Villanova University Charles Widger School of Law Digital Repository*, Working Paper Series, 2009, pp. 38-42; E. FISHER, *Environmental Law: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2017.

[47] SCHWENCKE, *Globalized Eco-Islam*, cit., p. 9.

ISSN 2036-7821

The pillars of Eco-Islam are three foundational Islamic principles revealed in the Quran and the *sunna* (Muhammad's traditions based on his words and deeds):[48] (1) the unity of all creatures under the one God (*tawhid*), (2) humankind's role as viceregency (*khalifa*), and (3) humankind's pursuit of public interest (*maslaha*).

From an environmental perspective, the principle of *tawhid* "is interpreted as God creating humankind within the pattern of the natural world, in the state of being able to distinguish between good, bad, and neither good nor bad".[49] It is a doctrine that expresses the unity of God with all His creatures. God prohibits abuse of the natural world and expects humans to live ethically and to achieve social equilibrium.[50]

Humans assume the role of vicegerent, stewards or representatives of God on Earth (*khalifa*). God has entrusted humankind with authority on earth, and humans are supposed to practice authority to serve God's will, by governing and looking after themselves and other creations.[51]

The role of humankind as a guardian of God's creation has two elements: free will (*ikhtiyar*) and responsibility (*fard*).[52] Free will means that humans have the ability to make choices in situations where there may be conflict of interests. Since free will is voluntary and unrestricted, humans can make wrong decisions. It follows that human beings maintain their free will from greed by exercising their responsibility.

Responsibility, in turn, has two wings: the humankind' s trustee status on earth and the voluntaristic aspect.[53] The doctrine of responsibility is conceived to prevent God's agents from abusing the earth for material benefits. It is a restriction of the stewardship and a moral burden. The superior position of humankind is not rooted in its greater power and authority over other creations indeed, but much more in the responsibility that humankind has towards God.

From a legal perspective, humans' rights on earth have been understood as ''usufructuary', where usufruct refers to the right of humankind to a temporary possession and enjoyment of the environment that belongs God, without causing damage or changing its substance. [54] However, within the context of Islamic usufruct,

[48] For more information on sunna See F. CASTRO, *Il modello islamico*, cit., pp. 15-17.

[49] D. M. ABDELZAHER, A. KOTB, A. HELFAYA, *Eco-Islam*, cit., p. 627.

[50] Y. AL-QARADAWI, *Safeguarding the environment in Islamic Sharia*, UAE, Dar Al Khaleej, 2000.

[51] H. ABDEL HALEEM, *Introduction*, in H. ABDEL HALEEM (ed.), *Islam and the environment*, London, Ta-Ha, 1998, pp. 5-10.

[52] S. NAQVI, *Ethics and economics: An Islamic synthesis*, in *Islamic economic series 2*, Leicester, The Islamic Foundation, 1981. See also S. NAQVI, *The dimensions of an Islamic economic model*, cit., pp. 1-23.

[53] U. CHAPRA, *Objectives of the Islamic economic order*, Leicester, The Islamic Foundation, 1979; S. NAQVI, *Perspectives on morality and human well-being: A contribution to Islamic economics*, Leicester, The Islamic Foundation, 2003.

[54] G. ROUGHTON, *The ancient and the modern: Environmental law and governance in Islam*, in *Columbia Journal of Environmental Law*, 32, 2007, pp. 99-139.

ISSN 2036-7821

Muslims not only have to act as users or protectors of the earth, but they have also to make it prosper for future generations.[55]

Finally, the concept of public good (*maslaha*) aims to achieve a sustainable welfare, benefits and advantages for all creatures, alongside the prohibition of any evil and corruption.[56] This principle, which gives the state the right to intervene in case of need for the sake of public interest, is defined as "the preservation of the religion, life, mind, offspring and wealth'' (known as Maqasid al-Shari'ah)".[57]

Once understood *what* the environment is and *why* human beings should care about it, scholars have raised the question of *how* environmental care should be implemented.[58] One of the application principles is known as *qadr*, namely seeking balance and maintaining equilibrium.[59] This principle calls for the conservation/restoration of balance on Earth, both in terms of harmony within Nature and human justice and morality in day-to-day dealings. God created the Earth with a sense of balance/proportion that makes it perfect, and it is the responsibility of humans not to alter natural order and preserve this balance between all creations. Corruptions on earth in the form of global warming, pollution, overconsumption, wastefulness, earthquakes and sea level rise are evidence that the Earth is no longer in a state of divine balance. This suggests that humankind's relationship with God and His creations should be one of ''sustainable utilisation''.[60]

Another main theme is the moderation in the use of resources: *wasatiyya*.[61] The Quran states the importance of not overspending (*israf*) or indulging in careless overconsumption (*tabzir*) when managing the resources given by God to human beings.

Being accountable (*muhasaba*) for all actions on earth and in the hereafter to God and preserving justice (*adl*) is also emphasised in the Quran.[62] Humans are accountable before God for how they dealt with His creations as long as they live, and will either receive rewards or punishments for their actions.

The final principle is referred to as *tawadu'*, which requires a state of modesty and servitude.[63] In their role as servants of God, Muslims have to treat His creation with

[55] R. KAMLA, S. GALLHOFER & J. HASLAM, *Islam, nature and accounting: Islamic principles and the notion of accounting for the environment*, in *Accounting Forum*, 30(2), 2006, pp. 245-265.

[56] A. JALIL, *The significances of Maslahah concept and doctrine of Maqasid (objectives) Al-Shari'ah in project evaluation*, in *The Journal of Muamalat and Islamic Finance Research*, 3(1), 2006, pp. 171-202.

[57] D. M. ABDELZAHER, A. KOTB, A. HELFAYA, *Eco-Islam*, cit., p. 628.

[58] Id., pp. 631-636.

[59] Id., pp. 631-633.

[60] G. ROUGHTON, *The ancient and the modern*, cit., p. 105.

[61] D. M. ABDELZAHER, A. KOTB, A. HELFAYA, *Eco-Islam*, cit., p. 633.

[62] Id., pp. 633-634.

[63] Id., pp. 634-636.

ISSN 2036-7821

respect, by avoiding arrogance, taking care of nature and dealing properly with its resources.

In the light of the above, Eco-Islam, with its core principles, has been defined as a suitable field to gain respect, but also as a renewed reading and understanding of Islamic tradition and an opportunity to transgress national and religious boundaries.[64]

Islamic eco-activism emphasises Muslims' moral, spiritual and religious individual responsibility which connects humans with God. Under Islam, the whole creation is subject to God's laws, and humans must implement God's laws through the principles of *tawhid*, *khalifa* and *maslahah*.

The anthropocentric worldview, rooted in the Kantian and Cartesian Enlightenment philosophy in the case of secular Western ethics, and on the anthropocentric readings of the Quran and other Islamic sources, has led scholars, Muslims and non-Muslims, to frame human actions toward the environment within a set of rules. Likewise, the increasing awareness of human responsibility towards the Earth and all its creatures has brought with it the emergence and the spread of new movements and belongings. This is the case with veganism, which has become a trend across the world.

A body of Muslim scholarly workings suggests that veganism is the position most consistent with the Prophet's lifestyle, prompting scholars and Muslims to investigate the relationship between Islam and this specific affiliation.

4. To be or not to be (vegan Muslim), that is the question: the rise of vegan Muslims and the halal-tayyib rationale

"Veganism is a philosophy and way of living which seeks to exclude – as far as possible as is possible and practicable – all forms of exploitation of, and cruelty to, animals for food, clothing and any other purpose; and by extension, promotes the development and use of animal-free alternatives for the benefit of animals, humans and the environment. In dietary terms it denotes the practice of dispensing with all products derived wholly or partly from animals".[65]

Veganism is spreading in multiple countries.[66] This is evidenced by the worldwide growth of vegans, by the rising number of people who choose food and non-food

[64] C. WILLMS, A cultural analysis of eco-Islam: How young German Muslims live religion through environmental activism', in HTS Theological Studies 77(2), 2021, https://hts.org.za/index.php/HTS/article/view/6734 (last access 13 December 2022).

[65] THE VEGAN SOCIETY, *Definition of veganism*, https://www.vegansociety.com/go-vegan/definition-veganism (last accessed 22 December 2022)

[66] THE VEGAN SOCIETY, *Worldwide growth of veganism*, https://www.vegansociety.com/news/media/statistics/worldwide (last accessed 2 January 2023). On the European case, See THE SMART PROTEIN PROJECT, *What do consumers want: a survey on European consumer attitudes*

ISSN 2036-7821

vegan alternatives, by the increasing sign-ups for Veganuary – the vegan month of January – and by the spread of vegan products and business.[67] Furthermore, the European Parliament's interventions on the use of meat-related/dairy-like names for plant-based substitutes,[68] and the progressive openness of judges towards this kind of cultural affiliation, as shown by the recent British case-law, [69] confirm that national and international actors are determined to face up to the challenges posed by vegan lifestyle, which is practiced by more and more people around the world.

Veganism has influenced Muslims, too. Although there are no exact statistics on the spread of veganism among Muslims, one can observe several social platforms such as facebook pages and groups which are are organised according to different criteria: The Vegan Muslim Initiative, Vegan Muslim Community, Muslim Vegans, Muslim Vegans for Healthy World, Muslim Vegans of Singapore, The Black Muslim Vegan, Moroccan Vegans, Pakistan Initiative for Veganism, and Saudi Vegan. These platforms provide Muslims with the opportunity to ask questions, express their doubts and get info about the relationship between Islam and veganism. Muslims can also share their personal stories and have access to vegan recipes and material about all the aspects linked to veganism. Websites such as Animals in Islam, in particular, deal with questions about Islam and animals, including veganism, through a *fatwa* service.

In the context of Islamic veganism, personalities such as Saudi Prince Khaled bin Alwaleed bin Talal should also be mentioned, given his commitment to promoting veganism in Saudi Arabia and throughout the Arab world by opening vegan restaurants in the Middle East.[70]

The growth of Muslim vegans, as part of the global spread of veganism, raises the question if and to what extent Islamic teachings allows for this affiliation. As previously highlighted, although Islam prohibits cruelty, promotes compassion and

---

towards plant-based foods, 2021, https://smartproteinproject.eu/pan-european-survey-meat-consumption-down/ (last accessed 3 January 2023).

[67] THE VEGAN SOCIETY, *Worldwide growth of veganism*, https://www.vegansociety.com/news/media/statistics/worldwide.

[68] The European Parliament has rejected the proposal to ban the use of words like 'burger' to describe vegan and vegetarian products, but prohibits dairy-like names such as 'milk' or 'bitter', for vegan products. See S. MARZIALETTI, *L'hamburger vegano resiste al Parlamento Ue. Il mercato vale 4,6 miliardi*, in *Il Sole 24 ore*, 23 October 2020, https://www.ilsole24ore.com/art/hamburger-vegano-attesa-il-voto-ue-denominazione-un-mercato-che-vale-46-miliardi-dollari-ADpRfPx (last accessed 3 January 2023); M. CAPPELLINI, *Il latte vegetale? Non si chiamerà più latte*, in *Il Sole 24 ore*, 29 October 2020, https://www.ilsole24ore.com/art/il-latte-vegetale-non-si-chiamera-piu-latte-ADtbqzy (last accessed 3 January 2023)

[69] *Mr G Conisbee v Crossley Farms Ltd & Ors* [2019] ET 3335357/2018; *Mr J Casamitjana Costa v The League Against Cruel Sports* [2020] ET 3331129/2018.

[70] T. KAVALER, *Veganism in the Arab world: while not widespread, the dieti s gaining in popularity*, in *The Jerusalem Post*, 14 May 2019 (last accessed 2 January 2023).

ISSN 2036-7821

mercy and accepts that animals have emotions of their own, it permits the killing of animals for human consumption.

There are different schools of thought when it comes to the consumption of animals, however. According to one of the existing interpretations, "Muslims are not only prohibited from eating certain food, but also may not choose to prohibit themselves from consuming food that is allowed by Islam".[71] From this perspective, veganism is prohibited accordingly.

It should be said that veganism is a recent topic among Muslim scholars. The concept of veganism is not set out in Islamic tradition. In contrast, a much more discussed theme is vegetarianism. Some scholars, focusing on meat consumption, argue that the choice not to consume any kind of meat is permissible only on a personal level but it is unreasonable, since the Quran allows man to consume meat and plants feel pain because they are alive, too.[72]

Other scholars appear to be more concerned about meat overconsumption, emphasising that the Prophet Muhammad himself did not consume many portions of meat.[73] Specifically, several Muslims have practiced vegetarianism throughout the history, such as South Asian Sufis, the Suhrawardi saint Hamid al-din Nagori and others.[74] In the Muslim tradition, Muslims who were vegetarians were often called *zanadiqa*.[75]

Faced with assumptions that the refuse to consume meat might be understood as an act of ingratitude or even disobedience to God, some scholars reply arguing that meat-eating culture in Muslim communities is allowed for historical reasons: the nomadic Arabs would have faced starvation in extreme conditions if they had solely practiced a vegetarian diet.[76] As such, meat consumption is not a compulsory practice, is only tolerated and is against two core themes of the Quran, which are compassion and social justice.[77]

According to another current of thought, Islam contains grounds on which not only eating animals is difficult, if not impossible, to justify from an Islamic perspective,

---

[71] Z. MUHAMMAD NASRULLAH MOHD, J. MUHAMMAD AIZAT, N. NUR SURIYA MOHD, *Veganism Sentiments and Preferences among Muslims,* in *Pertanika Journal of Social Sciences & Humanities*, 2021, 29 (2), p. 1441.

[72] D. MCLEOD, *A path of justice and compassion: About Vegan Muslims and Islamic veganism*, University of Otago, 2018.

[73] S. H. YUSUF, *Sharing success: Fair trade commerce for a better world, Finance and Economics, RIS CA 2011* [Video], Youtube video, 2011, https://youtu.be/seEpf-bmnIQ (last accessed 2 January 2023).

[74] R.C. FOLTZ, *Is vegetarianism un-Islamic?*, in *Studies in Contemporary Islam*, *3*(1), 2001, pp. 39-54.

[75] Z. SHAIKH, *Towards an Islamic Basis for Veganism*, in *Astrolabe: A CIS Student Research Journal*, 2020, p. 2, https://www.hbku.edu.qa/sites/default/files/towardsanislamicbasisforveganism.pdf (last accessed 2 January 2023).

[76] R.C. FOLTZ, *Is vegetarianism un-Islamic?*, in *Studies in Contemporary Islam*, cit., pp. 39-54.

[77] R. C. FOLTZ, *Animals in Islamic Tradition and Muslim Cultures*, Oxford, 2006.

ISSN 2036-7821

but veganism can be seen as a recommended practice.[78] At the heart of this approach is a renewed engagement with the Islamic sources through the use of *ijtihad* – which is the interpretative effort to understand the divine law – having *maqasid al-sharia* – the objectives of *sharia* – in mind, since "the ultimate objective of the Shari'a is the welfare of all of God's creation, *māṣāliḥ al khalq*, not just humans".[79]

Since Islam gives individuals the choice either to be vegan or omnivore, 'being vegan is halal'. As pointed out by scholar Khaled Abou El Fadl, '*If someone wishes to claim that being vegan is haram, they must produce evidence to that effect. There is nothing in the Qur'an or Sunna says that […] an individual Muslim, must consume meat.*[80]

Although veganism is a topic inherited by Western culture, it should be noted that in the Islamic tradition "*many scholars and prominent figures in Islamic history were vegan. Most of them did not consume meat because they believed that consuming meat was a luxury that they did not wish to indulge. Some believed that consuming meat is unhealthy or that it leads to laziness. These people became known as the nabatiyya. No one has ever accused the nabatiyya of being heretical or sinful".*[81]

Some of these reasons remain unchanged. Currently, the reasons behind the Muslim vegan choice include human health, animal rights (ethics),[82] and environmental concern.[83]

A separate question, from the perspective of vegan Muslims, is the *halal* configuration of food and non-food products deriving from the treatment of animals.

---

[78] Z. SHAIKH, *Towards an Islamic Basis for Veganism*, cit., p. 5, https://www.hbku.edu.qa/sites/default/files/towardsanislamicbasisforveganism.pdf (last accessed 2 January 2023).

[79] Id.

[80] For a complete reading of the present *fatwa* See THE USULI INSTITUTE [facebook page], 29 June 2020, https://www.facebook.com/1630950696963207/posts/fatwa-on-being-vegan-by-dr-khaled-abou-el-fadlquestion-im-15-years-old-and-i-alw/3171668246224770/ (last accessed 3 January 2023). On veganism in Islam See also THE USULI INSTITUTE, *On eating Halal in non-Muslim countries, veganism and environmental implications*, [Excerpt from Q&Asession – youtube] https://www.youtube.com/watch?v=b16ZVGY3efw (last accessed 3 January 2023).

[81] Id.

[82] Animals in Islam are important creatures of Allah. According to some scholars, Islam anticipates the West in acknowledging animals' rights. See S. TLILI, *Animal ethics in Islam: A review article*, in *Religions*, 9, 269, 2018, p. 3, https://www.mdpi.com/2077-1444/9/9/269 (last accessed 2 January 2023). The importance afforded to animals is also demonstrated by the fact that several chapters in the Quran are named with animals. However, it is not possible to identify a prevailing position when it comes to the rights of animals, the protection of which is mainly left to human conscience and government. While some Muslim scholars argue that only humans do have rights, since they are linked to the capacity to reason; others depict humans as the apex of creation and, as such, they are endowed with dominion over animals, whilst acknowledging that animals do have a right to a share in the nature resources. These viewpoints are challenged by those who state that no verse in the Quran directly gives man dominion over other creatures, and scholars who point out that the definition of right should include the rights of animals. See Z. MUHAMMAD NASRULLAH MOHD, J. MUHAMMAD AIZAT, N. NUR SURIYA MOHD, *Veganism Sentiments and Preferences among Muslims,* cit., pp. 1438-1441.

[83] C. RADNITZ, B. BEEZHOLD, & J. DI MATTEO, *Investigation of lifestyle choices of individuals following a vegan diet for health and ethical reasons*, in *Appetite*, 90, 31-36, 2015, https://doi. org/10.1016/j.appet.2015.02.026 (last accessed 2 January 2023).

Despite the characteristics of slaughter practices and the specifics of current factory farming, most scholars continue to support the idea that the resulting products are *halal*. "'Halal' meat may not be all that it is claimed to be", as suggested by Animals in Islam website, where reflection extents to personal care products, with respect to which one can read: "even if the product does not not contain animal ingredients, if it has been tested on animals, it is in violation of Islamic teachings of kindness and respect for animals".[84]

The Vegan Muslim Initiative emphasises that the literal reading and understanding of the Islamic sources on *halal* food issues, is a gross oversimplification, since the Quran is not limited to allow the consumption of *halal* food, but it specifies that Muslims are required to eat what is both permissible *and tayyib*.[85] The question therefore becomes: "What is 'good and pure' about animal abuse?", since it entails shipping thousands of animals into packed ships to concentration camp trucks where they are tightly huddled, and many die from suffocation before they arrive, or transporting such quantities of animals where they can clearly see, hear and smell what is about to happen to them and therefore secrete enormous amounts of stress hormones.[86]

The Vegan Muslim Initiatives also points out that current communities are riddled with several types of diseases: heart disease, cancer, diabetes, which are all directly tied to what people eat, and "there is nothing 'halal' or 'tayyib' about that".[87]

The *halal-tayyib* argument is shared by other scholars in order to emphasise that Muslims have a moral responsibility to abstain from consuming animal products, because this choice can no longer be justified from an Islamic perspective.[88]

It is emphasised that the Quran gives Muslims foundations and principles to go, not necessarily exact models to replicate due to the significant changes societies undergo.[89] Muslims are, therefore, encouraged to contextualise decisions about what to eat, without comparing the current world with the 7th century A.D., when the Prophet and his Companions lived in a materially different time.[90] Cultural and

---

[84] ANIMALS IN ISLAM, *Halal Products*, https://www.animalsinislam.com/halal-living/halal-products/ (last accessed 3 January 2023).

[85] THE VEGAN MUSLIM INITIATIVE, *The Halal Meat Saga*, https://veganmuslims.com/the-halal-meat-saga (last accessed 22 December 2022).

[86] Id.

[87] THE VEGAN MUSLIM INITIATIVE, *Muslims Should Stop Eating Animals*, https://veganmuslims.com/muslims-should-stop-eating-animals (last accessed 3 January 2023).

[88] Z. SHAIKH, *Towards an Islamic Basis for Veganism*, cit., pp. 7-8, https://www.hbku.edu.qa/sites/default/files/towardsanislamicbasisforveganism.pdf (last accessed 2 January 2023).

[89] THE VEGAN MUSLIM INITIATIVE, *We Need To End Eid Slaughter*, https://veganmuslims.com/we-need-to-end-eid-slaughter (last accessed 3 January 2023).

[90] THE VEGAN MUSLIM INITIATIVE, *Why Did God Allow Killing Animals?*, https://veganmuslims.com/why-did-god-allow-killing-animals (last accessed 3 January 2023).

ISSN 2036-7821

technological advancements have given humans many cruelty-free alternatives to meat and dairy products.

Islamic traditional practices have been replaced by vegan revisitations. Vegan Muslims have given rise to initiatives such as *Veganadan*, that is Ramadan for vegans, in which they adopt a plant-based *iftar*, the meal with which they break their day-long fast.[91] Likewise, they choose not to practice animal sacrifice on *Eid al-Adha*, inviting to sacrifice addiction to meat.[92] In this respect, there are authors who suggest that Abraham's story can be read symbolically and that ritual slaughter can be implemented metaphorically, offering fruits and vegetables as sacrifice.[93]

Through a compassionate approach in their day-to-day choices, vegan Muslims put into practice their moral responsibility towards God's creation as His representatives on earth. Does the rest of Muslims need a new *halal*-related *ijtihad* to avoid the destruction of God's creation?

5. A new ijtihad for sustainable halal? Some closing remarks

For a long time, the term *halal* has been exclusively associated with food permitted under Islam. However, *halal* has progressively ended up involving all aspects of human life in the past 20 years, filling with wider contents which reflect the values of a changing world.

The *hahal* phenomenon has had more than one effect. On the one hand, *halal* products have found their place in dedicated markets in both Muslim and non-Muslim countries. Market expansion has been characterised by the emergence of new institutions: *halal* certificate bodies which compete for the authenticity of *halal* products.

On the other hand, the increasing awareness of environmental and health crisis, alongside animal ethics, has widened the meaning of *halal*, so that it is currently used as a referent in movements such as Eco-Islam and veganism.

The transformations of the global society have made *halal* a reflexive ethical moment that is grounded in the richness and plurality of the lived traditions of Islam. At the same time, the current understanding of what *halal* is raises many issues. These religious, cultural, legal, economic, political and social issues demand a response in Muslim and non-Muslim world.

On the Islamic side, there seems to be need for a new *ijtihad* of Islamic prescriptions in matters of *halal*, so as to give Muslims, as stewards of God, greater opportunities to contribute to the preservation of God's creation.

---

[91] R. ALY, *You are whayt you Eid: Ramadan for vegans*, in *The Guardian*, 30 May 2019, https://www.theguardian.com/food/2019/may/30/you-are-what-you-eid-ramadan-for-vegans (last accessed 3 January 2023).

[92] The Vegan Muslim Initiative, *Don't Kill An Animal This Eid*, (last accessed 3 January 2023).

[93] J. BENTHALL, *The Greening of Islam?*, in Anthropology Today, 2003, 19 (6), pp. 10-12.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Reference for preliminary ruling and remedies correlated for infringements of EU Law in recent case law of the CJEU. A procedural 'institutionalization' of comparative analysis?

di Sonia Caldarelli

(Avvocato, Phd in Diritto Amministrativo e Professore di Diritto Amministrativo abilitato II fascia)

Summary

1. Background; - 2. Forty years after *Cilfit*. A focus on *Fastweb and others v. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni* (case C-468/20); - 3. Preliminary remarks. Reference for preliminary ruling under Article 267 (3) TFEU as an 'institutionalization' of comparative analysis in judicial opinion; - 4. Twenty years after *Köbler*. A focus on *Randstad Italia SpA v. Umana SpA and others* (case C-497/20); - 5. Final remarks. Can comparative analysis serve as an *'institutionalized'* tool also for ascertaining the existence of an effective remedy against decisions of national supreme courts infringing EU law?

Abstract

The evolution of the case law shows in various jurisdictions, that foreign law has become an increasingly ancillary tool to traditional techniques for interpretation and dispute-settlement, at least as a good practice.
With an emphasis on two recent cases decided by the Court of Justice of the European Union (CJEU), the present paper aims to investigate about links between comparing method and the judicial cooperation system at outset of a uniform interpretation as well as implementation of EU law.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Background

The evolution of the case law shows in various jurisdictions, that foreign law has become an increasingly ancillary tool to traditional techniques for interpretation and dispute-settlement, at least as a good practice[1].

With an emphasis on two recent cases decided by the Court of Justice of the European Union (CJEU), the present paper aims to investigate about links between comparing method and the judicial cooperation system at outset of a uniform interpretation as well as implementation of EU law.

The focus is on two sides of the same coin.

On the one side, with regard to reference for preliminary ruling under Article 267 (3) of the TFEU[2]- in accordance with wich "*where any such* (question requesting ai interpretation or assesment of valuidity) *is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law, that court or tribunal shall bring the matter before the court*"-, the point is to understand if and to what extent the case law of CJEU may have contributed to 'institutionalize' comparative techniques before national supreme Courts[3]. The

* Paper given at the Conference "*COMPARATIVE LAW IN THE PRACTICE OF EUROPEAN SUPRANATIONAL COURTS. A PEOPLE'S HISTORY OF LIVING IN MULTILAYER LEGAL SYSTEMS*", 16 & 17 June 2022, University of Luxembourg

[1] M. D'Antona, *L'Europa sociale e il diritto: il contributo del metodo comparato*, Working Paper, Centre for the study of europea labour law, 94, 2012, 1 ss., in http://csdle.lex.unict.it; M. Andenas, D. Fairgrieve, *The comparative law method and the Court of Justice of the European Union. Interlocking legal Orders revisited*, Oxford, 2016; S. Lefèvre, M. Prek, *The EU Courts as "national" courts: National law in the EU judicial process*, in Common Market Law Review V.54, Issue 2, 2017, 369 ss.; G. Alpa, *Comparazione e diritto straniero nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in Contratto e impresa 4-5, 2016, 879 ss.

[2] The system set up by Article 267 TFEU establishes between the Court of Justice and national courts or tribunals direct cooperation as part of which the latter are closely involved in the correct application and uniform interpretation of EU law and also in the protection of individual rights conferred by it. It should be recalled that the preliminary ruling procedure provided for in Article 267 TFEU, has the object of securing uniform interpretation of EU law, there by serving to ensure its consistency, its full effect and its autonomy as well as, ultimately, the particular nature of the law established by the Treaties (see CJUE of 6 March 2018, *Achmea*, C-284/16, in e-curia, para. 37).

[3] For the national law perspective see for instance, M. A. Sandulli, "*Rinvio pregiudiziale e giustizia amministrativa: i più recenti sviluppi*, in Giustiziainsieme, 20 October 2022, 1 ss.; F. Ferraro, *Corte di giustizia e obbligo di rinvio pregiudiziale del giudice di ultima istanza: nihil sub sole novum*, in GiustiziaInsieme, 2021, a ss.; M. Lipari, *L'obbligo di rinvio pregiudiziale alla CGUE, dopo la sentenza 6 ottobre 2021, c-561/2019: i criteri cilfit e le preclusioni processuali*, in Giustamm.,12, 2021, 1 ss.; G. Tulumello, *Sui presupposti dell'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale per i giudici nazionali di ultima istanza: segnali (convergenti) di un'esigenza di ripensamento della giurisprudenza Cilfit*, in giustizia-amministrativa.it, 28 September 2021, 1 ss.; G. Zampetti, *Rinvio pregiudiziale di interpretazione obbligatorio e giudice amministrativo: natura giuridica, portata dell'obbligo ex art. 267, par. 3, Tfue e conseguenze della sua mancata osservanza (riflessioni a partire da Cons. Stato, sez. VI, n. 1244 del 5 marzo 2012 e Corte giust., C-136/12, del 18 luglio 2013)*, in Oss. AIC, 2014, 1 ss.; M. P. Chiti, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in Riv. it. di dir.pubb.com, 5, 2012, 745 ss.; N. Pignatielli , *L'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale tra primato del diritto comunitario e autonomia processuale degli Stati*, 367 ss. in Pol. dir., 2012, 83 ss .; M. Cartabia , *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in N. Zanon (a cura di), Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana, Napoli, 2006, 99 ss..

ISSN 2036-7821

suspicion falls back to the fact that comparative analysis, being already a good practice, has been elevated as a toolkit for supreme courts to assess the conditions on which reference for preliminary ruling is compulsory under Article 267 (3) TFEU to secure uniform interpretation of EU law.

On the other side, with respect to remedies against rulings of national higher courts reacting to the case law of the CJEU and refusing to make a reference for preliminary ruling in contrast with Article 267 (3) TFEU, the point is to understand if and to what extent comparative methodology may help assessing existence of an effective judicial remedy in national jurisdictions.

In this framework, this paper focuses on the dialogue between Supreme Courts and the CJEU in the realm of administrative law, where European sector-specific regulation exists. After all, administrative law constitutes the branch of the legal system with the more connections to State sovereignty, and which generates major problems in terms of harmonization, inner peculiarities compared to the rest of the norms, 'jealousy' in national courts and misunderstandings in supranational ones.

Paragraph 2 will devote attention to a case still pending before the CJEU in the field of telecom regulation, i.e. *Fastweb and others v. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni* (case C-468/20). This is the first case after the ruling delivered in *Consorzio Italian Management, Catania Multiservizi SpA v. RFI SpA*[4], where the Court clarified the exceptions to the duty to refer a preliminary ruling under Article 267 (3) TFEU, almost forty years after the *Cilfit* case law[5]. The pending case *Fastweb* is of interest as it spurs reflection on the role of comparative analysis vis-à-vis the so-called 'Acte clair' doctrine, according to which last instance Court may avoid reference for preliminary ruling if a correct application of EU law is so obvious as to leave no scope to any reasonable doubt.

Paragraph 3 will draw some preliminary conclusions. In this respect, the *Fastweb* case highlights potentials of use of comparative law by the Courts of last instance in the interpretation and application of EU law, in order to overcome the "Acte clair" doctrine as a rhetorical figure that excludes any chance of different interpretations.

Paragraphs 4 and 5 will eventually polarize on *Randstad Italia SpA v. Umana SpA and others*[6]. Arising from a conflict between Italian judicial bodies (i.e. *Corte Costituzionale, Corte di Cassazione, Consiglio di Stato*), this is a ruling with a quite different focus. In the judgment concerned, the CJEU assessed if and to what extent the idea of an

[4] CJUE, 6th October 2021, case C-561/1, *Consorzio Italian Management, Catania Multiservizi SpA v. RFI SpA,* in e-curia.

[5] *Id.*, 6th October 1982, case C-238/8, *Cilfit v. Ministero della Sanità* (283/81 Rec. 1982, p.3415). According to the Cilfit case law a national court or tribunal against whose decisions there is no judicial remedy under national law cannot be relieved of that obligation unless it has established that the question raised is irrelevant or that the EU law provision in question has already been interpreted by the Court or that the correct interpretation of EU law is so obvious as to leave no scopefor any reasonable doubt (para. 21).

[6] *Id.*, 21 December 2021, case C-497/20, *Randstad Italia SpA v. Umana SpA and others,* in e-curia.

ISSN 2036-7821

effective remedy under EU law is consistent with the absence of appealing mechanisms against decisions of national Supreme Courts disregarding the obligation to refer a preliminary ruling. The point is to understand, indeed, if and to what extent, by serving as an additional instrument to assess the existence of an effective remedy for the protection of EU law-related rights, a major consideration of comparative analysis could have led to a different outcome in CJEU ruling.

2. Forty years after Cilfit. A focus on Fastweb and others v. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (case C-468/20).

Cilfit case law (6th October 1982, case C-283/81)[7] may have listed the exceptions to the duty to refer a preliminary ruling under Article 267 (3) TFEU. More particularly, it held that a court or tribunal against whose decisions there is no judicial remedy under national law is obliged, where a question of EU law is raised before it, to refer a question to the Court of Justice for a preliminary ruling, unless it has established: i. that the question raised is irrelevant; or ii. that the provision of EU law in question has already been interpreted by the court; or iii. that the correct application of EU law is so obvious as to leave no scope for any reasonable doubt (point

With regard to the third exception (which is the so called "Acte clair" exception")[8], it has to be noted that this key ruling in the history of European case law has left space to misunderstandings between national courts and CJEU in subsequent decades, also leading to an infringement procedure against France[9].

The point of greater contrast lays in the so-called 'Acte clair' doctrine[10]. After all, it is in *Cilfit* (para.16) that the CJEU excluded the duty to refer a preliminary ruling when *'the correct application of Community law appears so obvious as to leave no scope for any reasonable doubt as to the manner in which the question raised is to be resolved. Before it*

[7] See T. Millet, *European Court of Justice adopts doctrine of acte clair,* in NLJ, 1983, 443; D. Edward *Cilfit and Foto-Frost in their historical and procedure context*, in L. Azoulai, L.M. Poiares Maduro, The past and Future of EU law. The classics of EU Law reviseted on the 50th Anniversary of the Rome treaty, Hart publishing, 2010. For the national law perspective, see N. Catalano, *La pericolosa teoria dell'atto chiaro*, in Giust. Civile, 1983, 1 ss.

[8] N. Fengerand, M. Broberg, '*Finding Light in the Darkness: On the Actual Application of the Acte Clair Doctrine*'. Yearbook of European Law, 2011, Vol. 30, No. 1, 180 ss.; Broberg, M. (2008) '*Acte Clair Revisited: Adapting the Acte Clair Criteria to the Demands of the Times*', in Common Market Law Review, Vol. 45, 1383 ss. A. Limante, *Recent Developments in the Acte Clair Case Law of the EU Court of Justice: Towards a more Flexible Approach,* in JCMS 2016 V. 54. N. 6, 1384 ss.

[9] CJUE 4th October 2018, case C-416/17, *Commission v. France*, in e-curia.

[10] For a comparative perspecitive see the national reports to the 18th Colloquium of the Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union in Helsinki, 20 and 21 May 2002, on the subject *'The Preliminary Reference to the Court of Justice of the European Communities'* in http://www.aca-europe.eu/index.php/en/colloques-top-en/240-18th-colloquium-in-helsinki-from-20-to-21-may-2002 and the Research Note No 19/004 of May 2019 compiled by the Directorate-General for Library, Research and Documentation of the Court of Justice concerning the *"Application of the Cilfit case-law by national courts or tribunals against whose decisions there is no judicial remedy under national law"*, in https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-01/ndr-cilfit_synthese_en.pdf).

ISSN 2036-7821

comes to the conclusion that such is the case, the national court or tribunal must be convinced that the matter is equally obvious to the courts of the other Member States and to the Court of Justice.'

In the last forty years, *Cilfit* has been confirmed - acritically at times - on various occasions[11].

For instance, in *Association France Nature Environnement* case law (para.48), the CJUE confirms that '*the national court ruling at last instance must be convinced that the matter is equally obvious to the courts of the other Member States and to the Court of Justice. Only if those conditions are satisfied may the national court refrain from submitting that question to the Court of Justice and take upon itself the responsibility for resolving it*'[12]. The unresolved knots have remained there, however.

What is more, Cilfit has never received universal acclaim and implementation both in opinions of Advocates General and in national case law.

Considering *Wiener* case law[13], Advocate General Jacobs underlined that, *'if the CILFIT judgment were applied strictly, then every question of Community law, including all questions of tariff classification, would have to be referred by all courts of last instance'*[14]. (para. 58).

In *Intermodal Transports*[15], Advocate General Stix-Hackl deemed that demanding national courts to assess the meaning of EU provisions in every official language *'would place a practically intolerable burden on the national courts'*, with a consequence: Cilfit criteria were in his opinion useless as *'a type of instruction manual on decision-making for national courts of last instance which is to be rigidly adhered to'*[16] (para. 99). Likewise, in *Gaston Schul*[17], Advocate General Ruiz-Jarabo advocated for a revolution of *Cilfit*, observing that *'the proposed test was unviable at the time it was formulated, but, in the reality of 2005, it seems preposterous'*[18] (para. 52). In *X e van Dijk* also, Advocate General Nils Wahl contested that *'coming across a 'true' acte clair situation would, at best, seem just as likely as encountering a unicorn'*[19] (para. 62).

Meanwhile, while invoking them as a precedent, national jurisdictions have increasingly disregarded and misinterpreted at times *Cilfit* criteria. To this end, a Research Note of 2019 shows extensively how, only in a limited number of Member

[11] CJUE, 15 September 2005, *Intermodal Transports*, case C-495/03, para. 33 and Id., 4 October 2018, *Commission v. France (Advance payment)*, case C-416/17, para.110.

[12] *Id.*, 28 July 2016, case C-379/15 *Association France Nature Environnement,* in e-curia.

[13] *Id.*, 20 November 1997, Case C–338/95 *Wiener v Hauptzollamt Emmerich*, in e-curia.

[14] Opinion of Mr Advocate General Jacobs delivered on the 10th July 1997, case C-338/95, *cit.*in e-curia.

[15] CJUE, 15th September 2005, case C-495/03, *Intermodal Transports v. Staatssecretaris van Financiën*

[16] Opinion of Mr Advocate General Stix-Hackl delivered on the 12th July 2005, case C-495/03, *cit.*

[17] CJUE, 6 December 2005, Case C-461/03, *Gaston Schul Douane-expediteur BV v Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit,* in e-curia.

[18] Opinion of Mr Advocate General Ruiz-Jarabo delivered on 30th June 2005, case C-461/03, *cit.,* in e-curia.

[19] Opinion of Mr. Nils Wahl delivered on the 13th May 2015, cases C-72/14 e C-197/14, in e-curia.

ISSN 2036-7821

States, case-law established by the courts of the other Member States is examined with a view to confirming or ruling out the existence of any reasonable doubts to the interpretation of EU law. Again, considering French case law[20], the obligation to make a reference for preliminary ruling does not rely on *Cilfit* criteria strictly, but rather on a subjective 'hard task' in interpreting EU law[21].

In 2021, in the above mentioned *Consorzio Italian Managment, Catania Multiservizi SpA v. RFI SpA* case law, the Court in Luxembourg was called upon again to assess if national supreme courts may avoid reference for preliminary ruling by relying on the inexistence of diverging opinions among tribunals of other Member States. In his statement pending the trial, Advocate General Bobek[22] recommends a revolution of *Cilfit* criteria for an economic reason, above all. In his view, a full-fledged comparative analysis is simply unattainable as a standard for national courts. This *'at least for mortal national judges not possessing the qualities, time, and resources of Dworkin's Judge Hercules (comparing (all) language version; interpreting each provision of EU law in the light of EU law as a whole, while having a perfect knowledge of its state of evolution at the date on which that provision is interpreted) '* (para. 104). As a result, Advocate General suggests lower standards in establishing if a reasonable doubt in interpretation of EU law occurs. A situation only happening when, first, a *'case raises a general issue of interpretation of EU law, which may, second, be reasonably interpreted in more than one possible way and, third, the way in which the EU law at issue is to be interpreted cannot be inferred from the existing case-law of the Court of Justice.'* (para. 134).

By his ruling on 6th October 2021 *(Consorzio Italian Managment, Catania Multiservizi SpA v. RFI SpA)*, CJEU does not uphold any revolution of *Ciflit*. Quite the opposite.

As a matter of fact, the Court stresses again that *'it is only where, with the help of the interpretation criteria set out in paragraphs 40 to 46 above, a national court or tribunal of last instance concludes that there is no circumstance capable of giving rise to any reasonable doubt as to the correct interpretation of EU law that that national court or tribunal may refrain from referring to the Court a question concerning the interpretation of EU law and take upon itself the responsibility for resolving it* (para. 47). *That being said, the mere fact that a provision of EU law may be interpreted in another way or several other ways, in so far as none of them seem sufficiently plausible to the national court or tribunal concerned, in particular with regard to the context and the purpose of that provision as well as the system of rules of which it forms part, is not sufficient for the view to be taken that there is a reasonable*

[20] See Conseil d'État,, 1e/6e SSR, 26th February 2014, No 354603 in https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000028663284.

[21] See Research Note No 19/004 of May 2019, cit.

[22] Opinion of Mr Advocate General Bobek delivered on 15th April 2021, case C-561/19 *Consorzio Italian Managment, Catania Multiservizi SpA v. RFI SpA.* See G. Martinico, L. Pierdominici, *Rivedere CILFIT? Riflessioni giuscomparatistiche sulle conclusioni dell'avvocato generale Bobek nella causa Consorzio Italian Management*, in Giustiziainsieme, 17 June 2021, 1 ss.

ISSN 2036-7821

doubt as to the correct interpretation of that provision. (para 48). In addition the CJEU pointed out that *"Nonetheless, where the national court or tribunal of last instance is made aware of the existence of diverging lines of case-law – among the courts of a Member State or between the courts of different Member States – concerning the interpretation of a provision of EU law applicable to the dispute in the main proceedings, that court or tribunal must be particularly vigilant in its assessment of whether or not there is any reasonable doubt as to the correct interpretation of the provision of EU law at issue and have regard, inter alia, to the objective pursued by the preliminary ruling procedure which is to secure uniform interpretation of EU law.'* (para. 49).

Next paragraph will reflect more extensively on the relevance of the decision in *Consorzio Italian Management, Catania Multiservizi SpA v. RFI SpA* vis-à-vis *Cilfit*.

Currently, it has to be noted that this ruling had an impact on another case pending before the Court of Justice, i.e. *Fastweb and others v. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni* (case C-468/20).

This case originates from a dispute in the field of telecom regulation. Under the pressure of various user associations, *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni* (Agcom) happening to be the National Regulation Authority decided not only to provide an online free application to contrast and compare offers of different operators, but to forbid any offer and billing option which was not on a monthly basis or multiple months-basis in fixed-telecom market. As a result, almost every telecom operator in Italy proposing offers on 28 days-basis had to reshape their user plans according to the new regulatory landscape. Needless to say that operators quashed the decision of the NRA on appeal before national administrative Courts, also claiming infringements of Directives No 2002/19/EC, 2002/20/EC, 2002/21/EC, 2002/22/EC, on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, alongside the violation of the freedom of establishment and the freedom to provide services set forth in Articles 49 and 56 of the TFEU, respectively.

By Order No 5588 of 24th September 2020, the Consiglio di Stato[23] made four references for preliminary ruling. For what is of interest, three questions referred concerned substantive law. More precisely, the CJEU had to ascertain if and to what extent a time-frame of at least 30 days for offers in fixed-telecom market was admissible as a regulatory measure under sector-specific Directives, in terms of proportionality, in terms of equal treatment and non-discrimination with providers operating only in mobile-telecom market.

As a preliminary issue, however, the Court was also asked to assess if a *'correct interpretation of Article 267 TFEU requires the national court, against whose decisions there is no judicial remedy under national law, to make a reference for a preliminary ruling on a*

[23] Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 September 2020, Ord. n.5588, in www.giustizia-amministrativa.it.

ISSN 2036-7821

question of interpretation of the relevant EU law in the main proceedings, even where there is no doubt as to the interpretation of the relevant EU provision (…) but it is not possible to establish in detail, from a subjective point of view, with regard to the conduct of other courts, that the interpretation of the referring court is the same as the one likely to be given by the courts of the other Member States and by the Court of Justice, to which the same question is referred.'

In this regard, by recalling para. 16 of *Cilfit* according to which diverging opinions in the supreme courts of the other Member States are a crucial element in grounding a reasonable doubt in the interpretation of EU law, the Consiglio di Stato suggested a strict reading of European case law. First, the Consiglio di Stato held that assessment of reasonable doubt was a subjective proceedings in scope. Second, in view of the referring Court State Council, an assessment covering case law throughout multiple European jurisdictions was a too hard task. As a result, national higher Courts should have not considered any residual chance that a foreign tribunal in another Member State could have achieved a different outcome in terms of interpretation.

Following the ruling in *Consorzio Italian Management, Catania Multiservizi SpA v. RFI SpA*, the CJEU demanded the national Court to reconsider his reference for preliminary ruling in the light of the new indications emerged.

By Order No 7839 of 23rd November 2021, the Consiglio di Stato[24] opined that a diverging approach among National Regulation Authorities also could reveal EU law-relevant disproportion in specific regulatory regimes. Italian justices suggested in particular that, in the *Report on Transparency of Tariff Information*, the European Regulators Group (ERG) only confirmed interactive guides and not even standardized offers as a proportionate tool. The Consiglio di Stato also valued the production in the national judgment of proof regarding the fact that the other NRAs have not adopted measures similar to those under appeal.

At the end, the referring Court held that above-mentioned different application practices in electronic communications, a sector subject to European regulatory framework, could lead to a divergent application of the same regulatory parameters (par. 49); for that reason, the Consiglio di Stato decided to maintain the preliminary ruling[25].

An answer from the CJEU is yet to come.

[24] *Id.*, Sez. VI, 23rd November 2021, Order No 7839, *ivi.*

[25] For a different perspecitve, see Id., Sez. IV, 6 April 2022, in www.giustizia-amministrativa.it. Here the Consiglio di Stato held that principles laid down by the CJUE *in Consorzio Italian Management* case law are not able to overcome the limits of the Acte Clari doctrine. For this reason the Consiglio di Stato asked to CJUE to clarify again the condition under a national judge of last instance may not refer a preliminary ruling to the Court of Justice when the correct application of EU law is so obvious as to leave no scope for any reasonable doubt: a decision of the CJUE is yet to come.

ISSN 2036-7821

3. Preliminary remarks. Reference for preliminary ruling under Article 267 (3) TFEU as an 'institutionalization' of comparative analysis in judicial opinion.

"Continuity and change", is an expression which describe evolutionary process between *Cilfit* case law and *Consorzio Italia Management* case law, whose findings have been extended to diverging opinions among National Regulation Authorities by the Consiglio di Stato in the *Fastweb* case.

In *Cilfit* the CJEU force national supreme Courts to open their eyes beyond the realm of domestic law and to use comparative analysis as a way to assess the conditions at the outset of reference for preliminary ruling[26].

Advocate General Bobek in his opinion delivered in *Consorzio Italia Management* is crystal-clear in demanding both a revolution of *Cilfit* and the end of comparative analysis as a way to assess the conditions at the outset of reference for preliminary ruling. Yet, final ruling of the CJEU does not uphold the requests of the Advocate General, at least in full. On one side, the CJEU defends comparative analysis of national case law as an institutionalized tool enabling reference for preliminary ruling not to be dependent on the whim nor on the discretion of any given judge. On the other side, the Court fully acknowledges costs associated with imposition of comparative analysis on national courts, notably in domestic judicial systems with huge workloads and not so many professional clerks like in common law environments.

This is the reason why *Consorzio Italia Management* does not only say that national supreme courts shall take into account the case law in other Member States, but that a reasonable doubt as to the interpretation of EU law can be excluded only in so far as higher tribunals are *'made aware'* of diverging interpretations in other legal systems. *'Made aware'* is a key expression for understanding the new approach of the CJEU towards the 'Acte clair' doctrine. In the light of the worries expressed by Advocate General Bobek, for scope of compulsory reference for preliminary ruling, it is undeniable that the CJEU made herself the question: Shall National Supreme Courts have knowledge of single case law in other Member States on their own motion or only in so far as the parties submit evidence to this end? The Court in Luxembourg seems to have selected the second option.

In this contest, *Fastweb* case is the first application of the methodology and tests developed by the CJEU in *Consorzio Italia Management.* In fact, the Consiglio di Stato was made aware of defensive activities about diverging interpretations in other legal systems. Therefore, the different application practices of NRAs was used to implement the correct interpretation and application of the EU law. As a result, the Consiglio di Stato concluded to maintain preliminary reference in the light of the different interpretations, including from an operational perspective.

[26] See the reflections delivered by G. Martinico, L. Pierdominici, *op. cit.*.

ISSN 2036-7821

To understand why this development is so significant, it has to be noted that the Acte clair doctrine, developed in the French system[27] marked by a strong administrative influence, points out a problem of general theory of law: it has, in fact, a strong connection with the well known brocardo '*in claris non fit interpretatio*'.
According to the Acte Claire doctrine if the law is clear, the Judge must apply it without interpretation. In this legal system, Acte clair doctrine avoids risk of new form of law interpretation, due to the prevalence of parliamentary law.
In different way, German tradition[28] held the full freedom of the interpretive process, functional to the elaboration and arrangement of law: this interpretive model found fertile ground for development in a system that, unlike France, was divided into several legal systems each with its own Courts and laws.
Nowadays, Acte clair doctrine has been used by *Conseil d'État* for a different purpose. In fact, as the Advocate Gen. Bobek held in *Consorzio Italia Mangement* case, it has been used "*in cases involving the interpretation of treaties. While it was in principle for the Minister for Foreign Affairs alone to interpret the treaties (the national courts being merely entrusted with applying that interpretation to the case), the French courts relied on that theory to strengthen judicial interpretive powers to the detriment of those of the executive. From 1964, the Conseil d'État (Council of State, France) began to apply the theory, in the context of the duty to refer, in order to qualify the latter to its own benefit*" (para. 95).
In other words, Conseil d'État has used the Acte clair doctrine in order to exclude the need for interpretation by a very third party (Ministry of Foreign Affairs or CJEU), to retain power to establish the meaning of the supranational rule.
Even though the adoption by the CJEU of the above mentioned doctrine since the CILFIT judgment, has occurred for entirely different purposes, it has been used by National Courts only to maintain spaces of decisional autonomy.
Finally, in this respect, *Fastweb* case highlights potential of essential and alternative use of comparative law in order to overcome acte clair teaching as a rhetorical tool that excludes without any exceptions all interpretative possibilities.
In this regard, the absence of interpretative divergences in different legal systems becomes symptomatic of a clear (and correct) interpretation of the EU law; conversely, the existence of interpretative divergences becomes symptomatic of the need for a central intervention (by the CJEU) to guarantee the correct and uniform interpretation of the EU law.
Concluding, the same comparative methodology that is imposed on the Courts of last instance should also inspire CJEU's "central" interpretation, to avoid the risk of a given interpretation of the EU law not being applied in practice by the national

[27] Claire M. Grmanin, *Approaches to statutory interpretation and legislative history in France*, 13 Duke J. Comp. & Int'l L. 195 (2003), available at http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/158.
[28] The reference is to the so called "Begriffsjurisprudenz": the main representatives were B. Windscheid, C.F. von Gerber, R. von Jehring, O. Mayer, A. Merkel, A. Thon, E. Zitelmann, E.R. Bierling, K. Bergbohm, K. Binding.

ISSN 2036-7821

courts. Such a risk emerges clearly in *Randstad Italia SpA v. Umana SpA and other* (Case C-497/20), to which the second part of the paper is dedicated to.

4. Twenty years after Köbler. A focus on Randstad Italia SpA v. Umana SpA and others (case C-497/20).

Gerhard Köbler v. Republik Österreich[29] paved the way as leading case law to compensation for infringements of EU law by national courts. More accurately, according to the CJEU, *'Member States are obliged to make good damage caused to individuals by infringements of Community law for which they are responsible is also applicable where the alleged infringement stems from a decision of a court adjudicating at last instance where the rule of Community law infringed is intended to confer rights on individuals, the breach is sufficiently serious and there is a direct causal link between that breach and the loss or damage sustained by the injured parties. In order to determine whether the infringement is sufficiently serious when the infringement at issue stems from such a decision, the competent national court, taking into account the specific nature of the judicial function, must determine whether that infringement is manifest. It is for the legal system of each Member State to designate the court competent to determine disputes relating to that reparation.'* (para.59).

The main question referred in the above mentioned *Randstad Italia SpA v. Umana SpA and others* (case C-497/20)[30] makes a step forward.

Whereas, *Köbler* focuses on compensation as a minimum standard protection for individuals having experienced an infringement of their own rights under EU law, the question in *Randstad Italia SpA* is if something more like extraordinary appealing mechanisms may be required as an effective judicial remedy. By Order No 19598/2020, the Corte di Cassazione - Sezioni Unite asks the CJEU above all *'whether a Member State is obliged to provide a further right of appeal where an appellate court has itself misinterpreted or misapplied EU law.'* The invoked parameter is the obligation to ensure an effective judicial remedy under Article 1 of Directive 89/665EEC[31]. More accurately, emphasis is placed on the need for national courts to grant an adequate judicial review in public procurement-related disputes where, in the context of an

[29] CJUE, 30th September 2003, case C-224/01, *Gerhard Köbler v. Republik Österreich*, in e-curia.

[30] For the national law perspective, see inter alia M. Magri, *Individuazione dell'interesse legittimo e accertamento della legittimazione ad agire nel processo amministrativo, dopo il "caso Randstad"*, in Giustiziainsieme, 2022; F. Francario, *Il pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre2021 C-497/20, Randstad Italia spa,* in Fderalismi, 2022; *Id*. *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro*, ivi, 2020; *Id, Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi*, in Federalismi, 2020.

[31] Directive 89/665EEC of 21 December 1989 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures to the award of public supply and public works contracts

ISSN 2036-7821

action for annulment of decision awarding a public contract, successful tenderer brings a counterclaim against unsuccessful tenderer.

From a procedural law standpoint, this was and still is a delicate issue originated in a sensitive framework. On the one side with an CJEU persuaded that, as two tenderers after a procurement procedure bring actions, each one seeking the exclusion of the other, each one of those tenderers has an interest in obtaining a particular contract[32]. On the other side with Consiglio di Stato sharing a completely different view by giving priority to the interest of the successful tenderer over that of the unsuccessful bidder. Again with Italian Constitutional Court (Ruling No. 6/2018)[33] denying the chance of any appeal against decisions of the Council of State having a different opinion compared to CJEU, a situation which may amount to a blatant violation of EU Law. Finally with Corte di Cassazione having doubts as to the extent of its jurisdiction as an appeal against the rulings of Consiglio di Stato not complying with EU law, that is question referred in *Randstad Italia SpA.* To put it in other words, with request for a preliminary ruling in extant case, the CJEU was called upon - perhaps implicitly - to arbitrate a conflict between the three Italian supreme courts.

For what is of interest, the Grand Chamber of the CJEU by his ruling on the 21st December 2021, underlined inconsistencies of Italian administrative case law with European acquis; however the CJUE holds that a lack of appealing mechanisms against judgments of the highest court in a Member State's administrative order does not infringe the requirements of effective judicial protection under EU law.

After all, in Court's judgment, '*EU law does not have the effect of requiring Member States to establish remedies other than those established by national law, unless it is apparent from the overall scheme of the national legal system in question that no legal remedy exists that would make it possible to ensure, even indirectly, respect for the rights that individuals derive from EU law, or the sole means of obtaining access to a court is effectively for individuals to break the law*' (para.62).

According to the CJEU, a violation of EU law before supreme courts may occur and requires a remedy, but the principle of effective judicial protection does not require domestic legal systems to provide nationals with remedies additional to infringement procedures or compensation for missed reference for preliminary ruling[34].

---

[32] CJUE, 4th July 2013, case C 100/12, *Fastweb* and Id. 5th April 2016, case C 689/13, PFE, in e-curia.

[33] Corte Costituzionale, Ruling No. 6/2018in Foro Amm. (Il) 2018, 5, 749. See A. Travi, U*n intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione,* in Dir. Proc. Amm., 2018, 3, 1111 ss.; A. Police, F. Chirico, *I soli motivi inerenti la giurisdizione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in il Processo, 2019, 1,113 ss.

[34] In the same direction, see, inter alia, judgments of 14 May 2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, C-924/19 PPU and C-925/19 PPU, in e-curia.

ISSN 2036-7821

5. Final remarks. Can comparative analysis serve as an 'institutionalized' tool also for ascertaining the existence of an effective remedy against decisions of national supreme courts infringing EU law?

Ranstad Italia SpA is a conservative ruling. Perhaps for a good reason. Yet, far from being innovative or creative, notably compared to *Consorzio Italia Management*.

In their opinions in the cases examined, Advocates General Bobek and Hogan[35] pur reflection on the existence of an effective judicial remedy against decision of national supreme courts violating - or even worse ignoring - EU law, including the obligation to raise a reference for preliminary ruling. After all, infringement procedures under Article 258 of the TFEU are a remedy in the hands of the European Commission (not even for the individual concerned) and may give rise to compensation for the benefit of the European budget (not even for the individual concerned). Likewise, claiming compensation for violation of EU law is an action whose scope is providing only a replacement for the utility lost, and whose final decision may lay in those same domestic courts liable.

EU law has not provided for specific remedies to be available in national courts in case of infringements of EU law. The CJEU has no opportunity to develop such remedies since it cannot itself adjudicate on complaints by individuals that rights under EU law have been violated. In this framework, legal traditions of the Member States are varying[36].

According to the German Constitutional Court, supreme courts not complying with their duty to refer a question for preliminary ruling infringe on the individual right not to be removed from the jurisdiction of the lawful judge set forth in Article 101 (1) (1) of the Grundgesetz[37]. As a result, as Solange II[38] ruling admits, individuals have a right to appeal directly before the Constitutional Court in the event that the BGH fails in complying with the duties under Article 267 (3) of the TFEU.

The Spanish Constitutional Court[39] stated that missed reference for a preliminary ruling may alter the right to effective judicial protection enshrined in Article 24 of the Constitution. Spanish Tribunal Constitutional also allows a direct claim for individuals.

Similar procedures concerning the judicial review of the duty to refer under article 267 (3) TFEU exist also, for instance, in France. The Cour de cassation pointed out

[35] See opinion of Mr. Advocate General Hogan delivered on 9 September 2021, Case C-497/20, *Randstad Italia SpA v Umana SpA, and others,* in e-curia.

[36] C. Lacchi, *Review by constitutional courts of the obligation og national courts of last instance to refer a preliminary question of the EU*, German Law Journal , Vol.16 , Special issue – Preliminary References to the Court of Justice of The European Union by Constitutional Courts , December 2015 1663 ss.

[37] BVerfG, Order of 9th May 2018 – 2 BvR 37/18.

[38] CJUE 5 March 1986 Case 69/85 *Wünsche Handelsgesellschaft* in e-curia.

[39] Tribunal Constitucional (Constitutional Court), 19 April 2004, STC 58/2004

ISSN 2036-7821

that the omission to refer might constitute a denial of justice (Oc. 26, 2011, Case no. 1002).

As noted before, the situation is different in Italy. By Ruling No 6/2018, Corte Costituzionale denies that Article 111 (8) of the Constitution covers an individual right to appeal a decision of supreme administrative courts before the Corte di Cassazione, also in the event of failure in submitting a reference for preliminary ruling to the CJEU.

The above mentioned remedies developed in some Member State certainly are an additional protection compared to the minimum standard under EU law, i.e. infringement procedure or action for damages. Conversely, in the Italian legal system individuals will benefit only of standard judicial protection and nothing more in the end.

In *Ranstad Italia SpA*, the CJEU does nothing to change the situation. Albeit the opinions of Advocates General Bobek and Hogan suggested for a revolution, the search for an effective judicial remedy dies on the altar of procedural autonomy of the Member States

In *Consorzio Italia Management* judgment the Court in Luxembourg preserves somehow comparative analysis as an institutionalized tool for national supreme courts to assess if doubts as to the interpretation of EU law exist. *Ranstad Italia SpA* case law declines instead a similar institutionalization process for comparative analysis to evaluate the equivalence of effective judicial remedies across the legal traditions of every Member States. Perhaps, for two main reasons.

First, even if other kind of primary remedies may exist in various domestic jurisdictions, allowing appealing mechanisms against final decisions of supreme courts means overcoming the basic principle of *res iudicata*, yet a shared tradition among Member States for sure.

Second, by excluding appealing mechanisms against the findings of a national Constitutional Court, the CJEU avoids implicitly any risk of discussions as to the primacy of EU law over national Constitutions, in the light of the doctrine of counter-limits, above all.

To put it otherwise, assessing the approach in *Consorzio Italia Management* (and subsequent case law) vis-à-vis *Randstad Italia SpA*, the CJEU stands in favor of comparative analysis but with circumspection. The Court rules in favor of comparison in *Cilfit* and *Consorzio Italia Management*, to impose a new standard of evidence about foreign law on the parties concerned. Conversely, the Court denies any relevance to comparison in assessing the equivalence of judicial remedies in *Randstad Italia SpA*. Considering that, persistent absence of remedies for the breach of article 267(3) TFEU risks depowering EU legal system not only with regard of CJEU's interpretative monopoly, which is functional to ensure the correct and

ISSN 2036-7821

uniform interpretation of EU law; but also with regard to the effective application of EU law[40].

[40] The CJUE recently was called upon again to clarify if the principle of effectiveness have the effect of requiring Member States to establish remedies other than those established by national law. By the judgment 7 July 2022, Case C-261/21, *F. Hoffmann-La Roche Ltd and others v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in e-acuria, the Court confirmed its settled case law and clarifed that *"Article 19(1) TEU does not require Member States to allow individuals to seek revision of a judicial decision given at last instance on the ground that, according to those individuals, that decision disregards the interpretation of EU law provided by the Court in response to a request for a preliminary ruling that had been made in the same case.* (par.51)". The CJUE also noted that *"individuals who, due to a decision of a court adjudicating at last instance, may have suffered damage as a result of an infringement of rights which are conferred on them by EU law, may hold that Member State liable, provided that the conditions relating to the sufficiently serious nature of the breach and to the existence of a direct causal link between that breach and the loss or damage sustained by those individuals are satisfied*" (par.58). After this judgment, the Consiglio di Stato, by Order N. 8436, 3rd October 2022, in www.giustizia-amministrativa.it referred to the Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato the question concernig remedies for infringments of EU Law, showing how relevant and urgent, also from a national law perspective, is to establish an effective remedy against decisions of national supreme courts infringing EU law. In this regard, see M. A. Sandulli, *op.cit.*.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rapporto tra diritto d'accesso e tutela della privacy. Trattamento dei dati sanitari durante lo stato emergenziale da covid-19. Pronunce giurisprudenziali.

di Maria Cerrato

(Specializzata in "Diritto Amministrativo e scienza dell'amministrazione" conseguita presso l'Università degli Studi di Napoli 'Federico II")

Sommario

1. Introduzione; - 2. Il diritto d'accesso nell'ambito della trasformazione della Pubblica Amministrazione. Il sistema previgente alle leggi n. 142/1990 e n. 241/1990; - 3. Il diritto d'accesso: inquadramento generale; - 4. Approfondimento del diritto d'accesso nella giurisprudenza; - 5. Evoluzione del diritto alla riservatezza; - 6. Rapporto tra diritto d'accesso e tutela della privacy; - 7. Diritto d'accesso e tutela della privacy in materia sanitaria; - 8. Covid-19: il trattamento dei dati sanitari tra privacy ed interessi pubblici; - 9. Considerazioni finali.

Abstract

The relationship between the right of to administrative documents and the protection of the confidentiality of third parties, whose personal data emerge from the documents requested, was not unknown to the legislator of 1990 who, both in the legislation concerning local authorities (law n. 142/90) and in the general law on the procedure (law n. 241/90) laid down certain principles to balance the two opposing need.

But it must be said that before law n. 675/ 96, there was no organic regulation in our legal system devoted to confidentiality, which consists in the right not to interfere with others in their private sphere, the protection of which, before law n. 675/ 96, gave rise to numerous problems in relation to the opposing emerging interests.

Well, the comparative examination of laws n. 241/90, n. 142/90 and law n. 675/96 before, and the harmonization of Italian Code on Privacy to The European Regulation n. 679/2016 (G.D.P.R.), will allow us to address the problem above all with regard to "sensitive data" and in particular those related to health. They constitute the so-called "hard core" between personal data, both because of their sensitivity and because of the real danger of their use for discriminatory purposes.

With this work we will try to analyze the conflict between the two conflicting interests, access and privacy, in the knowledge that there is no valid solution.

As in all situations in which opposing interest are at stake , equally protected by the law, it is, in fact, the task of the interpreter to carry out " balancing of interests - on a case-by-case basis".

Finally, the analysis of some important jurisprudential ruling will help us to further deepen the more specific issues.

** Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

Il rapporto che esiste tra la protezione dei dati e, quindi, la tutela della riservatezza dei terzi e l'attività della pubblica amministrazione in tema di accesso ai documenti amministrativi è stato sempre, sin dalle origini, molto delicato.

Ciò non era sconosciuto al legislatore del '90 che, sia nella normativa riguardante gli enti locali (legge 8 giugno 1990, n. 142) che in quella generale sul procedimento amministrativo (legge 7 agosto 1990, n. 241), pose alcuni principi atti a bilanciare le due opposte esigenze.

Bisogna dire, però, che prima della legge 31 dicembre 1996, n. 675 , legge sulla privacy, mancava nel nostro ordinamento una disciplina organica sulla "riservatezza" e si avvertiva quasi il timore che il settore pubblico si presentasse (o dichiarasse) impermeabile alle novità legislative.

Sembrava che, in un ambito ricco di problemi per molti versi congeniti (la mancanza di fondi, l'evidenza di altre priorità, la necessità di efficienti e sempre più evoluti servizi ai cittadini, l'avvento della trasparenza) l'attenzione alla protezione dei dati personali passasse in secondo piano.

In realtà, dopo un timido avvio, il tema della protezione dei dati è entrato prepotentemente nel discorso pubblico grazie anche ad interventi ispettivi molto frequenti del Garante per la protezione dei dati personali che hanno cercato di fornire delle linee interpretative importanti.

L'avvento, poi, del Regolamento Europeo 27 aprile 2016, n. 679 (G.D.P.R.), com'era prevedibile, ha ulteriormente connotato questo quadro normativo, per certi versi complicandolo.

Ebbene, l'esame comparato delle l.n. 241/90 e l.n. 142/90, della l.n. 675/96 ed il G.D.P.R. consentirà di individuare la natura del diritto alla protezione dei dati come s'è inserito, nel corso degli anni, in un settore così complesso quale quello pubblico, tentando costantemente di mitigare ed armonizzare tutte le norme che già disciplinano il settore (si pensi al delicatissimo tema dell'accesso, o della trasparenza , o dell'anticorruzione, o dell'obbligo di pubblicità di determinati atti e procedimenti) con quelle che mirano alla protezione del dato. Inoltre ci consentirà di affrontare la problematica soprattutto con riferimenti ai dati sensibili e supersensibili, in particolare con quelli inerenti alla salute .

Si cercherà di analizzare questo conflitto nella consapevolezza che non esiste una soluzione valida in assoluto.

Come in tutte le situazioni in cui vengono in gioco interessi contrapposti, ugualmente tutelati dall'ordinamento, è necessario effettuare operazioni di "bilanciamento d'interessi", caso per caso.

Molto interessante, a questo proposito, il costante riferimento alle decisioni che il Garante ha dovuto prendere , o a quelle linee guida che l'Autorità di controllo ha

ISSN 2036-7821

dovuto elaborare ed emanare per porre dei "paletti" normativi a tutela dei diritti dei cittadini.

2. Il diritto d'accesso nell'ambito della trasformazione della Pubblica Amministrazione. Il sistema previgente alle leggi n. 142/1990 e n. 241/1990.

L'introduzione nel nostro ordinamento del diritto d'accesso ai documenti amministrativi rappresenta, senza dubbio, una delle modifiche normative , adottate negli ultimi anni nell'ambito del processo di modernizzazione dell'apparato pubblico, più significative perché incide direttamente sul rapporto tra istituzione pubblica ed utente.

Quindi si può dire, tranquillamente, che il diritto d'accesso è inserito nel processo di trasformazione della Pubblica Amministrazione.

Ebbene, il tema si presenta particolarmente impegnativo sia perché vasto e complesso (la trasparenza, in senso ampio, interessa tutta l'attività amministrativa e, più in generale, tutti i pubblici poteri) sia perché incentrato su concetti e valori giuridici ed etici talvolta evanescenti che non hanno ricevuto un'adeguata sistemazione.

Una prima considerazione è che, nonostante il clima di incertezza e confusione che caratterizza il rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione in questa delicata fase di transizione, negli ultimi anni, con l'introduzione della l.n. 142/1990 prima e l.n. 241/1990 poi, si sono registrate profonde ed irreversibili trasformazioni nel modo di essere e di agire delle amministrazioni.

Sono profondamente cambiate le regole: dall'esercizio autoritario del potere si è passati all'esercizio partecipato e trasparente delle funzioni amministrative. Si parla, metaforicamente, di costruzione della cosiddetta "casa di vetro".[1]

"Dove un superiore pubblico interesse non imponga un momentaneo segreto, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro".[2] Parole dense di significato. Infatti la metafora suddetta, adoperata da Turati, rimarcava chiaramente come, già all'inizio del Novecento, fosse viva l'esigenza d'introdurre adeguati strumenti per assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa nonché la necessità di garantire un adeguato controllo da parte dei cittadini sull'attività della pubblica amministrazione, al fine di assicurarne la correttezza e l'imparzialità.

L'espressione di Turati, sopra citata, era quella di fissare le basi di un agire chiaro e corretto, rectius trasparente dell'agire dell'amministrazione pubblica il cui involucro

[1] F.TURATI, Atti del Parlamento italiano, Camera dei Deputati, sessione 1904-1908, 17 giugno 1908. L'espressione è stata poi riportata dalla commissione Nigro nell'ambito dei lavori preparatori della legge n. 241/1990. Così S. Di Pietro, in Amministrativ@mente, fascicolo n. 9-10/2018

[2] F.TURATI, Discorso pronunciato alla Camera dei Deputati il 17 giugno 1908. Il testo è consultabile sul sito https://storia.camera.it

ISSN 2036-7821

deve essere vitreo, cioè tale che al suo interno sia tutto costantemente e quotidianamente visibile.
Anticipando di quasi quarant'anni i risultati della Costituzione repubblicana, Turati aveva individuato i motivi della sproporzione dei rapporti tra pubblico e privato.
Solo più tardi si afferma quello spazio istituzionale proprio dell'amministrazione che, con il passare del tempo, conduce ad un progressivo, lento, ma inarrestabile avvicinamento tra parte pubblica e parte privata che costituiscono due poli separati in contrapposizione, a causa della superiorità dell'uno sull'altro.[3]
E' nell'ambito di questa revisione del tradizionale modello dei rapporti tra amministrazione ed amministrati che si colloca la metafora plastica e la trasparenza ideata da Filippo Turati, fondamentale per "colmare la fossa"[4] e riequilibrare il rapporto sproporzionato tra governanti e governati.
Dall'esigenza di conoscere si assiste all'evoluzione della regola tratteggiata nel 1908, con la precisazione secondo cui "non c'è trasparenza senza semplificazione" che non deve essere solo normativa, ma anche strutturale con riferimento al numero di P.A.[5]
Segnali particolarmente significativi di questo diverso modo di amministrare sono la sempre più estesa partecipazione del cittadino all'azione dei pubblici poteri, la tendenziale accessibilità ai documenti amministrativi, una sempre più diffusa utilizzazione di mezzi informatici e telematici da parte delle pubbliche amministrazioni (capaci di semplificare ed accrescere l'efficienza dell'azione amministrativa), la diffusione di codici etici, ma anche l'affermarsi della trasparenza come valore giuridico.
Con la l.n. 241/1990 la trasparenza amministrativa viene considerata, per la prima volta, in modo esplicito ed inequivocabile, come valore giuridico con un suo preciso ed incisivo statuto.
Le norme della l.n. 241/1990, che andremo successivamente ad esaminare, costituiscono l'espressione giuridica dell'esigenza sociale di mutare, con un vero e proprio ribaltamento, l'assetto tradizionale dei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, da fondarsi sul dialogo e non sulla soggezione; ribaltamento di cui costituisce applicazione l'introdotta circolazione di informazioni tra pubblica amministrazione ed amministrato, alla luce del criterio secondo il quale la regola è data dalla conoscenza o conoscibilità, ed il segreto è l'eccezione.
Il sistema previgente alla l.n.241/1990 (ed anche alla l.n.142/1990) era basato, infatti, su un'amministrazione di stampo tradizionale, che s'avvaleva di una struttura accentrata e gerarchizzata ed i cui caratteri erano la segretezza, l'unilateralità e l'autoritarietà.

[3] S.CASSESE, La formazione dello Stato Amministrativo, Milano, Giuffrè,1974, p.11 e ss.
[4] 4 L'espressione plastica è di M. S. GIANNINI, apparsa per la prima volta, in Il pubblico potere. Stati e amministrazione pubblica, 1986,p.202.
[5] 5 Per una visione di più ampio respiro, M.BARBIERI, F.TALAMO, Lo Stato aperto al pubblico, 2014, p.114 e ss.

ISSN 2036-7821

Il modello, poi ripudiato, di Stato - Amministrazione era incentrato sulla sistematica esclusione di ogni partecipazione dei cittadini a procedimenti amministrativi in quanto la conoscenza anticipata dell'attività amministrativa era percepita come un fattore destabilizzante della stessa Autorità Statale. Nella seconda metà del XIX secolo, sulla scia delle concezioni del tempo secondo cui lo Stato non poteva che agire in modo autoritario, il diritto amministrativo è andato espandendosi, inglobando prima materie di diritto privato, quale il rapporto di lavoro tra l'amministrazione ed i suoi dipendenti; di conseguenza i relativi rapporti sono divenuti rapporti di diritto pubblico con la P.A. in posizione di supremazia.
Sul finire del XX secolo si è manifestata l'opposta tendenza a restringere l'area dell'agire autoritario della P.A. e quindi del diritto amministrativo che, negli ultimi tempi, è andato ad aprirsi ad una maggiore considerazione degli interessi privati, garantendo ai loro portatori la partecipazione ai procedimenti amministrativi.
In controtendenza con la regola dell'Autorità Statale e progenitrice della l.n. 241/1990, appare a riguardo la legge sul contenzioso amministrativo, legge 20 marzo 1865, n.2248, all.e, che, all'art.3, norma peraltro mai applicata, aveva introdotto un, sia pur larvato, diritto d'accesso.
Pienamente coerente , invece, con la concezione precedente alla l.n. 241/1990 era la norma contenuta nell'art. 15 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n.3 (statuto degli impiegati civili dello Stato) ove il diritto d'accesso era previsto solo in via eventuale e poteva essere escluso, anche in presenza di atti non segreti, quando ne poteva derivare un danno per l'amministrazione o per i terzi oppure l'avesse vietato una disposizione del capo dell'ufficio; conferiva, quindi, ai funzionari pubblici ampia discrezionalità in relazione alla comunicazione o meno d'informazioni persino ai soggetti coinvolti nel procedimento.
A chiudere il cerchio era poi l'inesistenza di un obbligo di motivazione generalizzato degli atti amministrativi, introdotto solo con l'art. 3 della l.n. 241/1990.Anche la legislazione successiva, pur dimostrando un'evoluzione era però intervenuta sulla questione solo in modo settoriale ed episodico.
Una notevole inversione di tendenza è costituita dalla l.n. 142/1990, sull'ordinamento degli enti locali, i cui artt. 4 e 7 riconoscono un generalizzato diritto d'accesso ai documenti amministrativi, prescindendo anche dalla previsione di un interesse particolare in capo ai richiedenti.
Passo in avanti: l'accesso trova la sua più compiuta espressione nella l.n. 241/1990, che si prefigge lo scopo di disegnare una disciplina generale che regoli, per tutti i rami della P.A., l'accesso ai
documenti amministrativi. Essa costituisce legge di principio per Regioni, anche a statuto speciale, e per i Comuni e le Città Metropolitane si pone il problema del coordinamento fra le norme sull'accesso introdotte dalla l.n. 142/1990 e quelle

ISSN 2036-7821

contenute nella l.n. 241/1990. Problema che viene risolto in termini di specialità , dando la prevalenza quindi alla legge di riforma delle autonomie locali in caso di conflitti tra disposizioni che comunque regolano la materia dell'accesso (limitatamente a quanto riguarda la conoscibilità di atti e documenti prodotti dalle amministrazioni locali).
Con la promulgazione della l.n. 241/1990, il legislatore ha percepito "l'indispensabilità del grimaldello dell'accesso come strumento di assicurazione democratica della trasparenza dell'agire dei pubblici poteri".[6]
L'analisi dei tratti identificativi più evidenti della normativa italiana in materia d'accesso evidenzia che la scelta del legislatore è stata quella di mediare tra varie esigenze, quella prioritaria di trasparenza e d'imparzialità coniugata ad una configurazione del diritto d'accesso non solo come diritto generale di accedere al documento amministrativo per un mero fine di controllo sociale, ma anche come strumento necessario per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti.
Mi sembra opportuno a questo punto, prima di passare ad un approfondimento giurisprudenziale, focalizzare il diritto d'accesso, analizzando la normativa suddetta.

3. Il diritto d'accesso: inquadramento generale.
Il diritto d'accesso, in via di prima approssimazione, può essere definito come la facoltà di accedere a dati e documenti amministrativi per finalità variabili a seconda della tipologia di accesso che di volta in volta viene in rilievo.
Esso configura una delle principali attuazioni del principio di trasparenza, indicato tra i principi generali dell'azione amministrativa dall'art. 1, co. 1, della l.n. 241/1990 e definito "accessibilità totale" a dati e documenti amministrativi detenuti dalla pubblica amministrazione, così da rendere conoscibile all'esterno l'operato di quest'ultima.
Il diritto d'accesso previsto dal capo V della l.n. 241/1990 si lega, quindi, sia ad esigenze di tutela del singolo (il diritto è riconosciuto per salvaguardare posizioni giuridicamente rilevanti che preesistono, quali diritti soggettivi ed interessi legittimi) che a finalità di carattere generale com'è ben manifestato nell'originaria dizione dell'art.22, l.n. 241/1990, che riconosce il diritto d'accesso al fine di assicurare la trasparenza amministrativa.
Il principio di trasparenza è, a sua volta, correlato ad altri principi che sovraintendono al complessivo sistema amministrativo: imparzialità, legalità sostanziale, pubblicità e buon andamento della P.A. Esso, inoltre, più ampiamente,

[6] F. CARINGELLA, R. GAROFOLI, M.T. SEMPREVIVA, L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali, Giuffrè, 2007, p.2.

ISSN 2036-7821

soprattutto a fronte dell'introduzione dell'accesso generalizzato, dà attuazione anche al principio democratico , pietra angolare del nostro ordinamento.
Più propriamente, attraverso un controllo diffuso dell'operato della pubblica amministrazione è possibile verificare che questa si attenga ai canoni di imparzialità e persegua effettivamente i fini stabiliti dalla legge, nell'ottica del complessivo buon andamento dell' attività amministrativa.
Altra cosa è l'accesso c.d. endoprocedimentale, disciplinato dall'art.10 della l.n. 241/1990, che è il diritto dei destinatari del provvedimento "di prendere visione degli atti del procedimento" e "di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento". L'istituto ha una vocazione tanto difensiva quanto collaborativa per i soggetti direttamente interessati.[7]
Ebbene, è proprio il caso di dire che dal 1990, anno in cui è entrata in vigore la l.n. 241/1990, che ha riformato il procedimento amministrativo nel suo complesso e ridisciplinato il diritto d'accesso, quest'ultimo ha avuto un'incredibile evoluzione, di pari passo con i principi di trasparenza, pubblicità, legalità e partecipazione all'attività amministrativa[8] che attualmente rappresentano i cardini su cui è stata eretta tutta la legislazione di contrasto alla corruzione e alla cattiva amministrazione (legge 9 gennaio 2019, n.3 recante "misure per il contrasto dei reati contro la P.A., nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici"(cd. legge spazzacorrotti).[9]
Oggi il nostro sistema prevede, in via generale, tre tipologie d'accesso cui devono aggiungersi le specifiche ipotesi speciali previste da discipline di settore. [10]
Quanto alle fattispecie generali, secondo una tripartizione ben illustrata dall'ANAC in un parere del 2016,[11] si possono distinguere l'accesso comune ex art. 22 e ss. l.n. 241/1990, l'accesso civico di cui all'art. 5, co.1, decreto legislativo 14 marzo 2013 n.13 e l'accesso generalizzato ex art. 5, co.2, d.lgs. n. 33/2013 come modificato dal decreto legislativo 25 maggio 2016, n.97.

---

[7] M.A. SANDULLI, Accesso alle notizie ai documenti amministrativi, in Enc. Dir., vol. Agg. IV, Milano, 2000, p.6. Sulla valenza garantistica e collaborativa della partecipazione S. TARULLO, Il principio di collaborazione procedimentale, Torino 2008, pp. 294 e ss.

[8] Al co. 2, art.22,l.n. 241/1990, si legge infatti: "l'accesso ai documenti amministrativi, attese le rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza".

[9] Legge 9 gennaio 2019 n. 3 in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n.13 del 16 gennaio 2019

[10] Quanto alle ipotesi previste dalla normativa di settore si richiamano, ad esempio, gli accessi previsti agli artt. 10 e 43 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (T.U.E.L.), l'accesso in materia ambientale previsto dal decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 195, e quello regolato dall'art.53, decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016, in tema di atti di gara.

[11] Determinazione ANAC n. 1310 del 28 dicembre 2016, " prime linee guida recante indicazioni sull'attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni contenute nel d.lgs. n. 33/2013 come modificato dal d.lgs.. n. 97/2016", in www.anticorruzione.it.

ISSN 2036-7821

A tal proposito il TAR Lazio[12], dovendo decidere su una richiesta che riguardava tutti i tipi d'accesso, ha ritenuto imprescindibile un'illustrazione delle diverse tipologie d'accesso agli atti amministrativi previsti nel nostro ordinamento.
Con il ricorso introduttivo, del suddetto giudizio, un avvocato presentava richiesta di accesso agli atti con riferimento ad una procedura esecutiva immobiliare ed, in particolare, sul procedimento di frazionamento e trascrizione ai fini dell'esecuzione di un provvedimento di acquisizione.
Nel caso di specie veniva fatta "un'istanza di accesso formulata con un generico riferimento al d.lgs. n. 33 del 2013, al d.lgs. n. 97 del 2016, nonché alla l.n. 241 del 1990".
Ebbene, "a seguito dell'introduzione, con il d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, dell'accesso civico generalizzato (art.5, co.2, d.lgs. n. 33/2013), la tutela della trasparenza dell'azione amministrativa risulta rafforzata ed arricchita attraverso una disciplina che s'aggiunge a quella che prevede gli obblighi di pubblicazione (articoli da 12 e ss. del d. lgs. n.33/ 2013) e alla più risalente disciplina di cui agli artt. 22 e ss. della l.n. 241 del 1990 in tema d'accesso ai documenti".
La disciplina dell'accesso tradizionale risulta legata strettamente alle specifiche esigenze del richiedente e caratterizzate dalla connotazione strumentale agli interessi individuali dell'istante, il quale vanta il diritto di conoscere e di estrarre copia di un documento amministrativo.
Oltre alla predetta disciplina, nel nostro ordinamento "si è dapprima introdotto l'accesso civico cd. semplice, imperniato su obblighi di pubblicazione gravanti sulla pubblica amministrazione e sulla legittimazione di ogni cittadino a richiederne l'adempimento e, poi, l'accesso civico generalizzato, azionabile da chiunque, senza previa dimostrazione circa la sussistenza di un interesse concreto ed attuale in connessione con la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti e senza alcun onere di motivazione della richiesta, al precipuo scopo di consentire una pubblicità diffusa ed integrale in rapporto alle finalità esplicitate dall'art.5, comma 2, del d.lgs. n. 33 del 2013.
Il Collegio, pertanto, ritiene imprescindibile una illustrazione delle diverse tipologie di accesso agli atti amministrativi previsti nel nostro ordinamento: accesso ai documenti ed accesso civico, semplice e generalizzato e, sul punto, precisa che:
"pur condividendo lo stesso tipo di tutela processuale, già da quanto esposto sopra, si comprende la significativa differenza tra accesso ai documenti ed accesso civico, semplice e generalizzato, consentendo il primo un' ostensione più approfondita ed il secondo, ove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire una conoscenza più estesa ma meno approfondita, l'accesso ad una larga diffusione di

[12] TAR Lazio, Sez. II-bis, sent. 2 luglio 2018, n. 7326, in Il diritto amministrativo, anno XIV - n.07 - Luglio 2022, www.ildiritttoamministrativo.it.

ISSN 2036-7821

dati, documenti ed informazioni, fermi i limiti che di seguito si andranno ad evidenziare, posti a salvaguardia di interessi pubblici e privati suscettibili di vulnerazione.

Emblematica di tale diversità è del resto, la constatazione che mentre la l.n. 241/1990 esclude espressamente l'utilizzabilità del diritto di accesso per sottoporre l'amministrazione ad un controllo generalizzato, il diritto di accesso generalizzato è riconosciuto proprio "allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico".

"Giova precisare altresì, sul piano procedurale, che nei casi di diniego parziale o totale all'accesso o in caso di mancata risposta allo scadere del termine per provvedere, contrariamente a quanto dispone la l.n. 241/1990, non si forma il silenzio-rigetto ma il cittadino può attivare la speciale tutela amministrativa interna dinanzi al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza formulando l'istanza di riesame alla quale deve essere dato riscontro entro i termini normativamente prescritti.

Tale procedura di tutela amministrativa interna trova radice proprio nell'esigenza di assicurare al cittadino una risposta chiara e motivata, attraverso uno strumento rapido e non dispendioso con il coinvolgimento di un soggetto, il responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza, che svolge un ruolo fondamentale nell'ambito della disciplina di prevenzione della corruzione e nell'attuazione delle relative misure.

L'assenza di una tipizzazione legislativa del silenzio, implica, infatti, onere per l'interessato di contestare l'inerzia dell'amministrazione attivando lo specifico rito di cui all'art. 117 c.p.a. e, successivamente, in ipotesi di diniego espresso a dati o documenti richiesti, il rito sull'accesso ex art. 116 c.p.a.".

"Chiarito il quadro della disciplina di riferimento, il Collegio non può che evidenziare, in considerazione della domanda di accertamento del diritto a conoscere formulata dal ricorrente e dalle conseguenti pretese dal medesimo avanzate, l'assenza dei presupposti prescritti per la stessa ammissibilità all'accesso, sia ordinario che civico, generalizzato e non (c.d. accesso civico "semplice")".

Poi, "per quanto la legge non richieda l'esplicitazione delle motivazioni della richiesta d'accesso generalizzato, il TAR Lazio conclude che "deve intendersi implicita la rispondenza della richiesta al soddisfacimento di un interesse che presenti una valenza pubblica e non resti confinato ad un bisogno conoscitivo esclusivamente privato, individuale, egoistico o, peggio, emulativo che, lungi dal favorire la consapevole partecipazione del cittadino al dibattito pubblico,

ISSN 2036-7821

rischierebbe di compromettere la stessa istanza alla base dell'introduzione dell'istituto".[13]

Sul punto c'era un contrasto interpretativo fra contrapposti orientamenti delle Sezioni III[14] e V[15].

La dialettica tra i due orientamenti giurisprudenziali, sui caratteri che deve possedere la richiesta d'accesso generalizzato, sembra aver trovato sintesi nella pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 2 luglio 2020, a favore dell'insindacabilità della motivazione da parte dell'amministrazione destinataria dell'istanza.[16]

L'evoluzione del pensiero giuridico emerge, in modo evidente, nel testo della sentenza dell'Adunanza Plenaria suddetta, che, riattualizzando quella prima timida manifestazione di esigenza di cambiamento, fornisce coordinate ermeneutiche che conducono ad affermare oggi, meno timidamente, che la casa della P.A. deve essere di vetro e deve essere fondata su basi solide, costituite dai principi costituzionali d'imparzialità e di buon andamento[17] rispetto ai quali la trasparenza, elevata anch'essa a principio fondamentale dell'agire pubblico, diventa lo strumento imprescindibile per l'attuazione dei primi.[18]

Perfettamente calzanti, al riguardo, sono le parole del Consiglio di Stato nel parere favorevole reso sullo schema del d.lgs. 25 maggio n. 97, introduttivo dell'art. 5-bis del d.lgs. n. 33/2013 e modificativo dell'art. 5 del medesimo decreto, il quale precisa come la trasparenza abbia assunto il ruolo di "valore-chiave" della P.A. italiana,

[13] Cons. di Stato, Sez. VI, sentenza, 13 agosto 2019 n. 5702, in https://dirittoaccesso.it.Si sottolinea che l'accesso civico generalizzato soddisfa un'esigenza di cittadinanza attiva, incentrata sui doveri inderogabili di solidarietà democratica, di controllo sul funzionamento dei pubblici poteri e di fedeltà alla Repubblica, onde tale accesso non può mai essere egostico perché è finalizzato al controllo e alla verifica della gestione del potere pubblico.

[14] Cons. di Stato, Sez. III, sentenza, 5 giugno 2019, n.3780 in www.giurisprudenzaappalti.it.

[15] Cons. di Stato, Sez.V, sentenza, 2 agosto 2019, n.5502 e 2 agosto 2019, n.5503, in https://foia.gov.it.

[16] Cons. di Stato, Ad. Plen., sentenza, 2 aprile 2020 n. 10, in federalismi.it, n.16 del 27 maggio 2020. Viene affermato che l'assenza di un interesse qualificato non inficia la legittimità della richiesta di accesso, considerate le differenze dell'istituto rispetto all'accesso documentato: "la circostanza che l'interessato non abbia un interesse diretto, attuale e concreto ai sensi dell'art. 22 della l.n. 241/1990, non per questo rende inammissibile l'istanza di accesso civico generalizzato, nata anche per superare le restrizioni imposte dalla legittimazione all'accesso documentale". Inoltre, si rammenta che la ragion d'essere dell'accesso generalizzato deve essere mantenuta distinta dall'interesse del richiedente, elemento quest'ultimo che non può essere sottoposto al vaglio di un giudizio di valore: " non si deve confondere, da questo punto di vista la ratio dell'istituto con l'interesse del richiedente che non necessariamente deve essere altruistico né deve sottostare ad un giudizio di meritevolezza, per quanto, come detto, certamente non deve essere pretestuoso o contrario a buona fede".

[17] M.R. SPASIANO, Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico, in www.juspublicum.com, 2011; M.R. SPASIANO, Il principio di buon andamento, in M.A. SANDULLI, Principi e regole dell'azione amministrativa (a cura di), Milano, 2020, 63 e ss..

[18] G.AURIEMMA, Le diverse forme di accesso nell'ordinamento italiano: il rapporto tra accesso ordinario e accesso civico generalizzato in materia di contratti pubblici, in www.rivistagiuridicaeuropea.edicampus-edizioni.it; S. MASTROIANNI, L'integrazione tra la disciplina del diritto d'accesso ordinario e quella dell'accesso civico generalizzato nel settore degli appalti: l'Adunanza Plenaria dice no ai buchi neri nel principio di trasparenza, in www.giustamm.it, n.4/2020.

ISSN 2036-7821

come "modo d'essere tendenziale dell'organizzazione dei pubblici poteri", al fine di risolvere il problema di coniugare garanzie ed efficienza nello svolgimento dell'azione amministrativa.
Garanzie ed efficienza che possono realizzarsi solo "rendendo visibile" ai componenti della comunità, il modo di formazione dell'interesse pubblico (inteso come causa dell'atto e del potere amministrativo), nonché rendendo conoscibile i dati di base, i presupposti da cui si muove, i modi di esercizio del potere, ivi comprese le risorse utilizzate. In altri termini, la trasparenza "viene a configurarsi, ad un tempo, come un mezzo per porre in essere una azione amministrativa più efficace e più conforme ai canoni costituzionali e come obiettivo a cui tendere, direttamente legato al valore democratico della funzione amministrativa".[19]
Il principio così espresso, in maniera generale, necessita di essere verificata in maniera specifica ed approfondita, considerando che, spesso, le esigenze della riservatezza hanno prevalso sul bisogno di conoscenza.
E questo approfondimento verrà effettuato nel paragrafo successivo.

4. Approfondimento del diritto d'accesso nella giurisprudenza.
Nella sentenza del TAR Campania, Sez. VI, 9 maggio 2019, n.2486,[20] si trattano alcune questioni particolarmente rilevanti concernenti l'accesso civico generalizzato di cui all'art. 5, co. 2, del d. lgs. n. 33/2013, istituto che, contrariamente all'accesso documentale[21] (art. 22 e ss l.n. 241/1990) non ha ancora trovato una sistemazione nel nostro ordinamento.[22]

[19] Cons. di Stato, Commissione speciale, parere del 24 febbraio 2016, n.515; cfr. S. CASSESE, Evoluzione della normativa sulla trasparenza, in Gior.dir.amm., 2018, 2; M. BOMBARDELLI, Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza, in Ist.Fed, 3/4, p.657 e ss., per una critica allo sbilanciamento della normativa di cui al dlgs. n.33/2013 di contrasto alla corruzione.

[20] TAR Campania, Sez.VI, sentenza, 9 maggio2019,n.2486, in www.dirittoaccesso.it. L'entrata in vigore dell'art. 5bis, d.lgs. n. 33/2013, ha valorizzato il principio della massima ostensione nell'ambito del nuovo modo di concepire il rapporto tra cittadini e potere pubblico, improntato a trasparenza e accessibilità dei dati e delle informazioni; tuttavia ciò non vuol dire che tale principio possa estendersi fino al punto da legittimare un controllo generalizzato, generico ed indistinto del singolo sull'operato dell'amministrazione. Ne consegue che qualora la tipologia di dati e documenti non possa essere nota perché si provocherebbe la conoscenza indiscreta, mettendo a repentaglio gli interessi pubblici o privati, l'ostensione di quel dato o documento sarà resa possibile solo in favore di una ristretta cerchia di interessati in quanto titolari, secondo la tradizionali e più restrittive regole recate dalla l.n. 241/1990.

[21] Qualche mutamento nel corso del tempo ha riguardato l'accesso ex l. 241/1990, disciplinato artt. 22 e ss. (accesso esoprocedimentale o informativo) ove lo stesso è qualificato come "principio generale dell'attività amministrativa, al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza". Sul punto V. CERULLI IRELLI, Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/1990 – I Parte, in www.giustamm.it, 2005, p.2, evidenzia che in realtà la previsione normativa del testo novellato introdurrebbe "un'innovazione non significativa, anzi superflua". Più in generale cfr. M. CLARICH, Trasparenza e diritti della personalità nell'attività amministrativa, relazione al Convegno su Trasparenza e protezione dei dati personali nell'azione amministrativa, Roma, Palazzo Spada, 11 febbraio 2004, in www.giustizia-amministrativa.it. In questo senso anche F. ROTA,

ISSN 2036-7821

La pronuncia affronta, tra l'altro, alcuni aspetti dell'accesso generalizzato sui quali la giurisprudenza s'è pronunciata in maniera vaga e la dottrina ha offerto letture diversificate.

Si tratta, tuttavia, com'è emerso anche in un convegno tenutosi all' Avvocatura Generale dello Stato,[23] di questioni che giocano un ruolo fondamentale per assicurare l'effettività della riforma sulla trasparenza avviata nel 2013, affinchè il diritto di conoscere, sancito dal d. lgs. n. 97/2016, non rimanga sulla carta, ma consenta alla collettività di venire a conoscenza del patrimonio informativo della P.A.

Come esplicitato nel ricorso e riportato nella sentenza, il ricorrente era stato destinatario di un provvedimento di sospensione della propria attività commerciale, a causa dell'assenza del certificato di agibilità, che, a detta del Comune, non poteva essere rilasciato in via provvisoria, fino a che l'immobile in cui veniva esercitata l'attività non fosse stato condonato.

Emerge, dunque, che il motivo sotteso all'istanza d'accesso, proposto sia ai sensi della l.n. 241/1990 che del d.lgs. n. 33/2013, era quello di sapere se il Comune aveva applicato alla generalità dei cittadini le regole per cui l'esigibilità è negata in pendenza di una domanda di condono edilizio, non ancora evasa dall'amministrazione, e se lo stesso Comune aveva rilasciato agibilità provvisoria ad esercizi commerciali la cui attività si svolge in immobili oggetto di domanda di condono. Tutto ciò anche per meglio difendersi in sede giudiziale, avendo il ricorrente impugnato il provvedimento comunale di sospensione dell'attività; contenzioso giunto nel frattempo in grado d'appello, pena il rigetto della domanda in primo grado.

Ricevuta la suddetta istanza il Comune negava l'accesso, sia documentale sia civico generalizzato, ritenendo che la richiesta di ostensione: 1) era volta ad esercitare un inammissibile controllo generalizzato; 2) comportava un carico insostenibile per l'amministrazione (cd. istanza massiva); 3) era diretta ad esercitare un bisogno conoscitivo privato ed egoistico.

Il TAR campano ha ,innanzitutto, respinto il ricorso nella parte relativa all'accesso documentale, in quanto la mole di documenti indicata nell'istanza, sebbene collegata ad uno specifico interesse del ricorrente , sostanzia, per la sua ampiezza, un accesso rivolto ad esercitare un controllo diffuso sul buon andamento e sull'efficienza del Comune, come noto non consentito dall'art. 24, co.3 l.n. 241/1990.

Diritto d'accesso e soggetti privati, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento, Torino, 2005 pp.89 e ss.

[22] U.D. GALETTA, Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del decreto Foia: la trasparenza de "le vite degli altri?", in federalismi.it, 9 maggio 2018, n.10.

[23] Convegno presso l'Avvocatura dello Stato, 18 febbraio 2019 "Il diritto d'accesso agli atti amministrativi tra vuota retorica e garanzia di trasparenza", in www.aipda.it. Durante il convegno è stato consegnato il Premio A. M. Sandulli 2018.

ISSN 2036-7821

Viceversa il Collegio ha ritenuto meritevoli di accoglimento le censure riferite al diniego dell'accesso di cui all'art. 5, co.2, d.lgs. n. 33/2013, con conseguente annullamento, in parte, del provvedimento impugnato, per difetto di motivazione .
Annullato il provvedimento impugnato, il Collegio ha altresì precisato che, per effetto dell'annullamento, il Comune dovrà riattivare il procedimento senza indugi, permettendo al ricorrente, ove l'istanza sia veramente massiva, di specificare e/o limitare la richiesta con il coinvolgimento di eventuali potenziali controinteressati[24] tenendo conto solo di eventuali specifiche ragioni di riservatezza , puntualmente motivate e circostanziate.
Nel giungere a tale conclusione la sentenza compie una profonda ed ampia premessa di carattere normativo-interpretativo sull'accesso civico generalizzato, toccando alcuni aspetti cruciali dell'istituto.
Di particolare attenzione è l'aspetto legato al dialogo cooperativo tra amministrazione e privato. L'accesso civico massivo, corrispondente alla richiesta di una grande quantità di documenti, non può essere semplicemente rigettato perché tale dall'amministrazione, la quale deve invece dimostrare l'eccessiva mole di lavoro per eseguire la richiesta, o comunque proporre al privato delle soluzioni alternative, magari rimodellando la richiesta, come indicato anche dalle linee guida ANAC (n.1309/2016).[25]L'accesso generalizzato, quindi, non può diventare "causa di intralcio al buon funzionamento dell'amministrazione"[26] o "un boomerang per l'efficienza dell'amministrazione"[27]; tuttavia l'insostenibilità della richiesta d'accesso, deve essere adeguatamente motivata dall'amministrazione che lo nega.[28]
Il principio del dialogo cooperativo con i richiedenti "deve ritenersi un valore immanente delle previsioni della legge istituiva del FOIA e della finalità di condividere con la collettività il patrimonio d'informazioni in possesso della P.A."[29]

---

[24] I controinteressati da coinvolgere dai procedimenti, avviato con l'istanza d'accesso, sono coloro che, in base ad una prima e sommaria valutazione, potrebbero subire un pregiudizio (astratto e potenziale).
Nel corso del procedimento poi si dovrà valutare la concretezza di tale pregiudizio, ai fini dell'applicazione dei limiti di cui all'art. 5 bis, d.lgs. n. 33/2013.

[25] 25 Determinazione ANAC n. 1309 del 28 dicembre 2016 in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, 10 gennaio 2017, n. 7

[26] Il buon andamento della Pubblica Amministrazione rappresenta, in qualunque forma d'accesso, un valore cogente, la cui sussistenza, tuttavia, non può essere genericamente affermata bensì adeguatamente dimostrata da parte dell'amministrazione che nega l'accesso. Circolare della Funzione Pubblica, 30 maggio 2017, n.2, Attuazione delle norme delle norme sull'accesso civico generalizzato (cd. FOIA) in www.funzionepubblica.gov.it.

[27] TAR Campania, Sez.VI, 22 maggio 2019, n. 2486; più recentemente TAR Campania, Sez. VI, 4 marzo 2021 n. 1496, in https://foia.gov.it.

[28] Così nella Circolare Funzione Pubblica, sopra citata.

[29] TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 13 gennaio 2020, n. 10, in Foro amministrativo (II) 2020, 1, 76. In quest'ultima pronuncia l'accesso civico generalizzato, introdotto nel nostro ordinamento, giusta delega di cui alla legge 7 agosto 2015, n. 124, dall'art. 6 del d.lgs. n. 97/2016 che ha novellato l'art. 5, d.lgs. n. 33/2013 (cd. decreto trasparenza), nonostante alcuni punti di contatto di tipo "testuale", si pone su un piano diverso rispetto all'accesso documentale (di cui alla l.n. 241/1990), che rimane caratterizzato da un rapporto qualificato del

ISSN 2036-7821

Seguendo la logica della buona fede e correttezza che oramai caratterizza il rapporto tra privato e P.A. , se da un lato, il privato non può presentare richieste d'accesso insostenibili, dall'altro la P.A. deve evitare atteggiamenti ostruzionistici, lesivi sia degli interessi del singolo che di quello generale della trasparenza. A questo proposito c'è da segnalare una recente sentenza del Consiglio di Stato in materia di appalti pubblici.[30]

In essa si evidenzia che se esiste l'interesse ad una conoscenza diffusa dei cittadini nell'esecuzione dei contratti pubblici, volta a sollecitare penetranti controlli da parte delle Autorità preposte a prevenire e a sanzionare l'inefficienza, la corruzione o fenomeni di cattiva amministrazione e l'adempimento delle prestazioni dell'appaltatore deve rispecchiare l'esito di un corretto confronto in sede di gara, a maggior ragione gli operatori economici che abbiano partecipato alla gara sono interessati a conoscere illegittimità o inadempimenti manifestatisi dalla fase di approvazione del contratto sino alla sua completa esecuzione, non solo per far valere vizi originari dell'offerta nel giudizio promosso contro l'aggiudicazione[31], ma anche con riferimento alla sua esecuzione per potere, una volta risolto il rapporto con l'aggiudicatario, subentrare nel contratto od ottenere la riedizione della gara con possibilità di aggiudicarsela.

Ma tale interesse alla trasparenza, di tipo conoscitivo, che non esige una motivazione specifica, deve in ogni caso palesarsi non in modo assolutamente generico e destituito di un ben che minimo elemento di concretezza, anche sotto forma di indizio, come accade nel caso in esame in cui viene solo ipoteticamente prospettata l'esistenza di una difformità tra il contratto e l'esecuzione del servizio, pena rappresentare un inutile intralcio all'esercizio delle funzioni amministrative e un'appesantimento immotivato delle procedure di espletamento dei servizi.

Emerge poi sproporzionata ed onerosa l'istanza di accesso, qualificata "inammissibile" dall'Adunanza Plenaria n. 10/2020: "sarà così possibile e doveroso evitare e respingere richieste manifestamente onerose e sproprozionate…… che pervengono in un arco temporale limitato e da parte dello stesso richiedente o da parte di più richiedenti, ma comunque riconducibile ad uno stesso centro d'interesse;

---

richiedente con i documenti che si intendono conoscere, derivante proprio dalla titolarità in capo al soggetto richiedente di una posizione giuridica qualificata tutelata dall'ordinamento. Il nuovo accesso civico, che attiene alla cura dei beni comuni a fini di interesse generale si affianca, senza sovrapposizioni, alle forme di pubblicazione on line di cui al "decreto trasparenza" del 2013 e all'accesso agli atti amministrativi del 1990, consentendo, del tutto coerentemente con la ratio che l'ha ispirato, l'accesso alla generalità degli atti e delle informazioni, senza onere di motivazioni, e tutti i cittadini singoli o associati, in modo da far assurgere la trasparenza a condizione indispensabile per favorire il coinvolgimento dei cittadini nella cura della "cosa pubblica", oltrechè mezzo per contrastare ogni ipotesi di corruzione e per garantire l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione.

[30] Cons. di Stato, Sez. III, 25 gennaio 2022 in www.gazzettaamministrativa.it.

[31] Cons. di Stato, Sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1115, in P. SESTINI, www.ammministrativ@mente.com, fascicolo 2-3 del 2009.

ISSN 2036-7821

richieste vessatorie e pretestuose, dettate dal solo intento emulativo, da valutarsi ovviamente con parametri oggettivi".[32]

Un'altra pronuncia che merita di essere menzionata è quella del TAR Lazio, Roma, Sez. III, 27 aprile 2020, n. 4202,[33] dalla cui lettura si evidenzia che l'accesso civico generalizzato, da un lato, è soggetto a limitazioni di ordine esclusivamente oggettivo, tali per cui ove non si ricada in una "materia " esplicitamente sottratta, possono esservi soltanto "casi" in cui sussistono limitazioni, modalità e limiti, e dall'altro, proprio nel settore degli appalti, è diretto a rafforzare la trasparenza amministrativa come strumento di prevenzione e contrasto alla corruzione, da implementarsi sia prima sia dopo l'aggiudicazione.

Conseguentemente, a fronte di un'istanza d'accesso agli atti di una procedura negoziata, formulata ai sensi degli artt. 53 e ss. del decreto legislativo 2016, n. 50 e art. 22 ss. l.n. 241/1990, devono essere escluse dall'ostensione solamente quelle informazioni che costituiscono, secondo comprovate e motivate dichiarazioni dell'offerente, segreti tecnici e commerciali, salvo che non siano necessari per la difesa in giudizio a favore dell'impresa ricorrente. L'accesso generalizzato si deve applicare ad ogni atto che riguarda gli appalti pubblici. Così il Consiglio di Stato[34] nella sentenza del 2019.

A pochi anni dalla sua introduzione , si vanno delineando i caratteri innovativi dell'istituto dell'accesso civico generalizzato. In particolare, sulla questione dell'applicazione dell'accesso civico agli appalti, e su quella del diritto del terzo non partecipante alla procedura di accedere agli atti, il Consiglio di Stato apre all'orientamento più estensivo: l'accesso ai documenti relativi alle procedure di appalto aperto a tutti senza condizioni, pur essendovi alcuni limiti.

Secondo il Consiglio di Stato, proprio la materia degli appalti è un settore dove l'esigenza di forme di controllo diffuso dell'attività amministrativa è più forte, al fine di garantire procedure d'appalto trasparenti anche con riguardo alla prevenzione ed al contrasto alla corruzione.

In particolare l'accesso civico deve essere particolarmente incisivo dopo l'aggiudicazione dell'appalto, non essendoci più esigenze di par condicio da rispettare.

Rimangono, in ogni caso, i limiti previsti all'accesso in materia di procedure d'appalti, in cui l'accesso è posticipato o, in alcuni casi, vietato del tutto.

---

[32] Sul punto, Circolare FOIA, 30 maggio 2017,n. 2 par. 7, in https//.foia.gov.it; Cons. di Stato Sez. VI, 13 agosto 2019, n. 5702, in www.sentenzeappalti.it.

[33] TAR Lazio Roma Sez. III, 27 aprile 2020, n. 4202, in https://lamministrativista.it, 28 aprile 2020.

[34] Cons. di Stato Sez. III, 5 giugno 2019, n. 3780, in www.mediappalti.it , R. DONATI Ammesso accesso civico agli atti di esecuzione del contratto. La svolta del Consiglio di Stato, in www.giurisprudenzappalti.it, 5 giugno 2019.

ISSN 2036-7821

Nella pronuncia del Consiglio di Stato , in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria) n. 10/2020[35], i giudici amministrativi intervengono in relazione alla possibilità di applicare, in tutto o in parte, la disciplina dell'accesso civico generalizzato (FOIA) di cui al d. lgs. n. 33/2013, come modificato dal d.lgs. n. 97/2016, ai documenti relativi alle attività delle amministrazioni disciplinate dal codice dei contratti pubblici.
Secondo la Plenaria 10/2020, i contratti pubblici assumono una particolare e più pregnante connotazione perché costituiscono la "fisiologica conseguenza dell'evidenza pubblica, in quanto ciò che è pubblicamente evidente, per definizione, deve essere anche pubblicamente conoscibile".
In conclusione, i giudici di Palazzo Spada, ritengono che argomenti di carattere letterale, teleologico e sistematico depongono nel senso di un'accessibilità totale degli atti di gara, se pure sempre nel rispetto degli interessi- limite, pubblici e privati, e delle conseguenti eccezioni relative di cui all'art. 5-bis cc. 1 e 2, del d.lgs. n. 33/2013.
Il Collegio ,poi, con la sentenza in esame, pone fine ad un dibattito giurisprudenziale sorto e segnato da contrapposti orientamenti delle sezioni del Consiglio di Stato[36] enunciando i seguenti principi di diritto, anche ai sensi dell'art. 99 c. 5, c.p.a.:
a)"la pubblica amministrazione ha il potere-dovere di esaminare l'istanza d'accesso agli atti e ai documenti pubblici, formulate in modo generico o cumulativo dal richiedente senza riferimento ad una specifica disciplina, anche alla stregua dell'accesso civico generalizzato , a meno che l'interessato non abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell'accesso documentale, nel qual caso essa dovrà esaminare l'istanza solo con specifico riferimento ai profili della l.n. 241 del 1990, senza che il giudice amministrativo , adito ai sensi dell'art. 116 c.p.a., possa mutare il titolo dell'accesso, definito dall'originaria istanza e dal conseguente diniego adottato dalla pubblica amministrazione all'esito del provvedimento";
b) "è ravvisabile un interesse concreto ed attuale, ai sensi dell'art 22 l.n. 241 del 1990, e una conseguente legittimazione, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico da parte di un concorrente della gara, in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell'aggiudicatario e, quindi, allo scorrimento della graduatoria o alla riedizione della gara, purchè tale istanza non si traduca in una generica volontà da parte del terzo istante di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale";

[35] Cons. di Stato,Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, sopra citata. Tale pronuncia emessa ai sensi dell'art. 99, co.5, c.p.c., è molto importante perché offre la corretta interpretazione delle norme in oggetto. Va, infatti, ricordato che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, quale massimo organo della Giustizia Amministrativa, svolge una funzione nomofilattica, ovvero provvede ad individuare i principi di diritto che, in una data materia, sono volti a dissipare particolari dubbi ermeneutici, rendendo il "precedente" in qualche modo vincolante per le sezioni semplici del Consiglio di Stato.
[36] Cons. di Stato, Sez, III, 5 giugno 2019, n. 780 in www.appaltilegali.it; Cons. di Stato, Sez. IV, sentenze gemelle, 2 agosto 2019, n. 5502 e n. 5503, sopra citate.

ISSN 2036-7821

c) "la disciplina dell'accesso civico generalizzato , fermi restando i divieti temporanei e/o assoluti di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara ed, in particolare, all'esecuzione dei contratti pubblici , non ostandovi in senso assoluto l'eccezione dell'art. 5 bis, co.3, del d.lgs. n. 33 del 2013 in combinato disposto con l'art.53 e con la previsione della l.n. 241 del 1990, che non esenta in toto la materia dell'accesso civico generalizzato, ma resta ferma la verifica della compatibilità dell'accesso con le eccezioni relative di cui all'art 5 bis, comma 1 e comma 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza".

Tra le questioni sollevate suscita particolare interesse la seconda in quanto:

1) interviene a risolvere il contrasto giurisprudenziale relativo all'applicabilità dell'accesso civico generalizzato alle informazioni e documenti che, in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ineriscono al procedimento di evidenza pubblica e alla successiva fase esecutiva;

2) stimola una riflessione sulla natura giuridica del diritto d'accesso generalizzato .

Si ribadisce, nella pronuncia in oggetto, la convinzione relativamente alla possibilità del concorso tra l'accesso documentale ex art. 24, l.n. 241/1990 e l'accesso civico generalizzato ex art. 5, co. 2 d.lgs. n. 33/2013.

Ne consegue che la P.A., di fronte ad una richiesta generica, ovvero non riconducibile all'alveo della disciplina dell'accesso documentale né a quello dell'accesso FOIA, ha il dovere di rispondere, in modo motivato, sulla sussistenza dei presupposti dell'una o dell'altra forma d'accesso , laddove essi siano stati "comunque e sostanzialmente, rappresentati sull'istanza".

Si può dire che, senza dubbio, la pronuncia valorizza le finalità di un controllo democratico nell'attività della P.A., nel quale il cd. right to know , l'interesse individuale alla conoscenza è protetto se ed in quanto non vi siano contrarie ragioni di interesse pubblico o privato, esterne alle cc .dd. eccezioni relative di cui all'art.5 –b, co. 1 e del d.lgs. n. 33/2013[37].

L'Adunanza Plenaria , cita a proposito la Corte Costituzionale,[38] ha rimarcato che il diritto del cittadino ad accedere a "dati" in possesso della P.A. , nel modello FOIA

[37] Sull'importanza delle eccezioni nel sistema informativo dettato dal d.lgs. n. 33/2013, M. FILICE, I limiti all'accesso civico generalizzato: tecniche e problemi applicativi , dove si afferma: " le eccezioni….. rappresentano un punto cruciale dell'architettura normativa della libertà d'accesso in Italia come in tutti i sistemi FOIA; giacchè servono a garantire quel difficile equilibrio tra la conoscibilità delle informazioni pubbliche e la tutela di alcuni interessi qualificati" in Diritto amministrativo anno XXVII – fasc. 4 – 2019, Giuffrè Francis Lefevre, p. 861 e ss.

[38] Corte Costituzionale, 21 febbraio 2019, n. 20, con la quale la Corte ha dichiarato illegittima la disposizione (art. 14 1-bis) del cd. Codice della trasparenza (d.lgs. n.33/2013) che imponeva l'obbligo di pubblicare nella sezione dei siti istituzionali rubricata "Amministrazione trasparente" una serie di dati, indicati nel co.1, lett. f) dello stesso art.14, riferiti ai redditi e alla situazione patrimoniale di tutti i titolari di incarichi dirigenziali, a qualsiasi titolo conferito, compresi quelli conferiti discrezionalmente dall'organo di indirizzo politico senza procedure pubbliche

ISSN 2036-7821

(Freedom of information act) risponde ai principi di trasparenza e pubblicità, riferiti non solo quale principio democratico ex art.1 Cost., a tutti gli aspetti rilevanti della vita pubblica e istituzionale, oltre che al buon funzionamento della P.A.[39]
Con la Plenaria n. 6/2006[40] si qualifica l'accesso documentale come "un mezzo di tutela di situazioni giuridiche che possono avere la consistenza di diritti o interessi giuridicamente rilevanti che non assurgono al rango né di diritti soggettivi né di interessi legittimi"; l'accesso civico generalizzato, invece, viene qualificato dalla Plenaria n. 10/2020 come "diritto fondamentale, sul presupposto che l'accesso significa conoscenza e la conoscenza è alla base di tutto, anche dei diritti fondamentali della persona".[41]

---

di selezione. Per un approfondimento: V. FANTI, La trasparenza amministrativa a margine di Corte Cost. n.20/2019, in federalismi.it, 4 marzo 2020 n. 5; A.CORRADO, Gli obblighi di pubblicazione dei dati patrimoniali dei dirigenti alla luce delle indicazioni della Corte Costituzionale, in federalismi.it, n.5/2019; I. A. NICOTRA, Privacy e trasparenza, il Parlamento tace e il punto di equilibrio lo trova la Corte, in federalismi.it n. 7/2019; G. BRONZINI, La sentenza n. 20/2019 della Corte Costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di Giustizia?, in www.questionegiustizia.it, 4 marzo 2019; T. TESSARO e M.BERTIN, Pubblicazione dei dati ai sensi dell'art.14 del d.lgs. n. 33/2013, tra questioni di costituzionalità e compatibilità comunitaria: profili di danno da diffusione anche per i comuni?, in LexItalia, n.3/2017. La devoluzione al giudice amministrativo delle controversie in materia di trasparenza stabilita dall'art. 50 del Codice della trasparenza non è stata una scelta condivisa da una parte della dottrina. Così S.TOSCHEI, Accesso civico e accesso ai documenti amministrativi, due volti del nuovo sistema amministrativo Italia, in Comuni d'Italia, 2013, n. 3.

[39] Per una analisi approfondita della disciplina speciale sull'accesso nel settore degli appalti pubblici si rimanda a L. MINERVINI, Accesso agli atti e procedure di affidamento ed eccezioni di contratti pubblici in Foro amministrativo fasc. n. 5 del 2019.

[40] Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 18 aprile 2006, n. 6, in www.ambientediritto.it, in cui "il diritto sembra assumere, in particolare, a seguito della novella legislativa introdotta dalle richiamate leggi n. 15, 11 febbraio 2015 e n. 80, 14 maggio 2005, consistenza di un diritto soggettivo e non di interesse legittimo, come in passato ritenuto dall'Adunanza Plenaria, decisione 24 giugno 1999, n. 16. Con la decisione n. 6 del 18 aprile 2006, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato non ritiene utile (né opportuno), ai fini della questio sottoposta al suo esame, pronunciarsi in ordine alla natura giuridica del cd. diritto d'accesso agli atti amministrativi. Che sia interesse legittimo o diritto soggettivo, l'azione deputata al suo esercizio soggiace al termine decadenziale previsto dalla legge sul procedimento (l.n. 241/1990, art. 25): la decadenza di cui all'art. 25 della l.n. 241/1990 ha ad oggetto non il singolo provvedimento ma la decisione sostanziale assunta. Ad avviso della Plenaria, la soluzione da dare alla fattispecie concretamente presa in esame, non richiede una pregiudiziale di analisi sulla natura giuridica fatta valere. Sul tema si veda anche Cons. di Stato, Ad. Pl.,sentenza 25 settembre 2020,n .21, che ha riportato "il fondamentale approdo al quale è pervenuta l'Adunanza plenaria nella sentenza n.6 del 18 aprile 2006, che ha costruito l'istituto come situazione giuridica strumentale per la tutela di situazioni sostanziali, a prescindere dalla qualificazione della situazione finale in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo". In questo senso si veda, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, Diritto d'accesso e interesse pubblico, Napoli, 2006, p.97; G. VIRGA, Il diritto d'accesso dei cittadini agli atti della p.a. e la sua tutela giurisdizionale (nota C.G.A., sent. 28 luglio 1988 n. 130), in Foro amministrativo 1989, fasc. 3, p.661 e ss.; id., Trasparenza della p.a. e tutela giurisdizionale del diritto d'accesso agli atti amministrativi (comunicazione al XXXV Convegno organizzato dalla Provincia di Como sul tema:" L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza", Varenna, 21-23 settembre 1989), in Atti del convegno, 786; tale comunicazione è stata pubblicata in Nuova Rassegna 1989, fasc.19-20, p. 2118 e ss.

[41] Si parla di un diritto costituzionale "emergente" da far ricadere " nel patrimonio irretrattabile della persona umana" da ricondurre ai diritti inviolabili dell'individuo. C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, Diritti e libertà, in Diritto pubblico, a cura di F. MODUGNO, Torino 2017, p. 592 ss.

ISSN 2036-7821

Se di diritto fondamentale si può parlare , sarebbe più corretto qualificarlo come interesse legittimo fondamentale perché viene in rilievo una situazione d'interesse legittimo, considerato che l'esito positivo dell'istanza, soggiace ad un potere di bilanciamento della P.A. che può decidere che l'interesse dell'istante sia specificabile rispetto ad altri interessi limite.[42]
Dopo questa approfondita analisi giurisprudenziale, il lavoro prosegue con un accurata disamina dei passaggi ideologici e giuridici del principio della trasparenza amministrativa, essenziale per il buon funzionamento dell'attività della pubblica amministrazione.

5. Evoluzione del diritto alla riservatezza.
"Noi pensiamo di discutere soltanto di protezione dei dati, ma in realtà ci occupiamo del destino delle nostre società, del loro presente e soprattutto del loro futuro….
….senza una forte tutela delle informazioni che le riguardano le persone rischiano sempre di più di essere discriminate per le loro opinioni, credenze religiose, condizioni di salute: la privacy si presenta così come elemento fondamentale della "società dell'eguaglianze". Senza una forte tutela dei dati riguardanti le convinzioni politiche o l'appartenenza a partiti, sindacati, associazioni, i cittadini rischiano di essere esclusi da processi democratici: così la privacy diventa una condizione essenziale per essere inclusi nella "società della partecipazione". Senza una forte tutela "del corpo elettronico", dell'insieme delle informazioni raccolte sul nostro conto, la stessa libertà personale è in pericolo, diventa così evidente che la privacy è uno strumento necessario per difendere la "società della libertà", e per opporsi alla spinta verso la costruzione di una società della sorveglianza, della classificazione, della selezione sociale…..
…..ma il titolo di questa Conferenza ci ha soprattutto proposto un'associazione assai impegnativa, quella tra privacy e dignità. Ci obbliga così a considerare tutti i problemi specifici in un contesto caratterizzato dalla preminenza della persona e dei suoi valori, della sua libertà e autonomia ".

[42] Sul concetto di interesse pubblico fondamentale, M. MAZZAMUTO, La discrezionalità come criterio di riparto di giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali, in www.giustiziamministrativa.it, 13 gennaio 2020; id., Il tramonto dottrinale del mito della giurisdizione unica alla luce dell'esperienza tra Orlando e Mortara, in www.giustizia-amministrativa.it , 2019; F. FOLLIERI, Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo, Padova, 2017. Negli anni sessanta del secolo scorso Norberto Bobbio evidenziava che " sono ben pochi i diritti ritenuti fondamentali che non vengono in concorrenza con altri diritti, limitandosi ad esemplificare tra i diritti "privilegiati" cioè suscettibili di bilanciamento, il solo "diritto a non essere resi schiavi e a non essere torturati", in N. BOBBIO, Sul fondamento dei diritti dell'uomo, 1965; ora in id., L'età dei diritti, Torino, 1990, 11. Per quanto anche questi diritti privilegiati sembrano oggi subire menomazioni, A. ALGOSTINO, Il ritorno della tortura e la fragilità dei diritti, in Dir.pubbl.comp.eur., 2015, 167 e ss.

ISSN 2036-7821

Queste le parole introduttive, pronunciate da Stefano Rodotà, nel discorso conclusivo della conferenza internazionale sulla protezione dei dati del settembre 2004.[43]
Ed ancora: "…noi dobbiamo dimenticare che la semplice disponibilità di una tecnologia non legittima qualsiasi sua utilizzazione , che deve essere valutata in base a valori diversi da quelli offerti dalla tecnologia stessa. La privacy non è un ostacolo, ma la via grazie alla quale le innovazioni scientifiche e tecnologiche possono legittimamente entrare nella nostra società e nelle nostre vite….ma sono convinto che la riflessione sulla protezione dei dati, su privacy e dignità, sia un passaggio ineludibile per comprendere la condizione dell'uomo in questo millennio e per definire i caratteri che la democrazia sta assumendo…le Autorità per la protezione dei dati personali lavorano sulla sottile frontiera che separa gli interventi corretti di bilanciamento tra la privacy e gli altri valori dalle limitazioni che possono snaturare i caratteri della democrazia".
Privacy, libertà, dignità, democrazia…..questi sono i valori che emergono dagli interventi di Stefano Rodotà che, com'è noto, è stato il primo Garante della privacy.[44]
Con quest'ultima aveva una tale affinità elettiva che gli permise di concretizzare idee ed ideali, introducendolo a " una delle prove più belle della sua vita e che faceva parte del suo universo che era quello dei diritti civili".[45]
E' stato, nel cogliere e valorizzare la "dimensione costituzionale" dei diritti fondamentali, che Rodotà si è fatto uno dei più alti "guerriglieri dei diritti civili", secondo un'espressione da lui stesso coniata nel 1978[46], portando avanti, in questa peculiare veste, una vera e propria "rivoluzione dei diritti di libertà". Fu fondamentale l'apporto offerto, nella sua veste di "normatore" dei diritti fondamentali, alla redazione della famosa "legge sulla privacy (legge 31 dicembre 1996 n. 675)". Si pensi, soprattutto, alla valorizzazione del concetto di privacy intesa

[43] S. RODOTA', Privacy, libertà, dignità, 26° Conferenza internazionale dei Garanti per la privacy, Wroclaw, Polonia, 14-16 settembre 2004, in GPDP, 16 settembre 2004, doc-web 1046937. Alla Conferenza erano presenti rappresentanti delle Autorità per la protezione dei dati di tutti i Paesi UE e di altri continenti, esperti del settore, esponenti del mondo universitario, giuristi, associazioni per la difesa dei diritti civili. Il Garante italiano ha partecipato a quattro interventi distribuiti in quattro sessioni; a S. Rodotà, Presidente del Garante, è stato affidato l'intervento finale di sintesi sui lavori della Conferenza.

[44] Egli fu, il primo Presidente di quella che amava affettuosamente denominare, quasi si trattasse di una creatura, la "giovane istituzione", cioè, per l'appunto, l'Autorità Garante per la protezione dati personali, dal 17 marzo 1997 al 18 aprile 2005. S.RODOTA', Discorso come Presidente dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali (relazione 2004), del 9 febbraio 2005, in GPDP, 9 febbraio 2005, doc-web 1093776.

[45] Così G. NAPOLITANO, Funzione di garante privacy una delle cose più bella della sua vita, in Corriere TV, 24 giugno 2017.

[46] S. CASSESE, Il ruolo attivo di un grande studioso. "La politica delle libertà" per cui Rodotà si è impegnato, Corriere della Sera, 25 giugno 2017, 28.

"Consapevole del fatto che non basta garantire le libertà della Costituzione, Rodotà verrà ricordato come un combattente sul fronte dei diritti, la cui voce non era diretta solo al mondo dei giuristi (un mondo nel quale occupava un ruolo di primo piano), ma al più vasto mondo della società civile, sensibile alla tutela e al progresso dei diritti sociali e delle libertà".

ISSN 2036-7821

al di là della storica definizione del diritto "ad essere lasciato solo"[47], con la messa a fuoco di due autonomi profili: "riservatezza" ed "identità personale", da un lato, e tutela dei "dati personali", dall'altro. Da qui il superamento di quella miopia culturale che vedeva nella riservatezza un privilegio riconosciuto a gruppi ristretti di persone a favore di una considerazione quale "affare di tutti" involgendo il destino della nostra società presente e, soprattutto, futura.

Insomma, una concezione universale ed universalizzante della privacy, quale "muscolatura" nell'attuale società dell'information and communication technologies (ICT) degli stessi diritti fondamentali della persona.[48]

Nel discorso tenuto alla sessione conclusiva, dedicata al tema "un mondo una privacy", della Conferenza internazionale sulla protezione dei dati svoltasi a Parigi dal 24 al 26 settembre 2001,[49] dirà che v'è bisogno di uniformità, dunque certezza del diritto, espresso sia dai singoli che dalle imprese; l'identità personale, diventando elettronica , assume una dimensione planetaria.

La l.n. 675/1996, in recepimento della direttiva europea 95/46 CE, "tutela della persona e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali" ha dato sistemazione normativa alla riservatezza e all'identità personale, che mancava di una disciplina organica.

Questi diritti sono stati inquadrati nella categoria dei diritti "della personalità" e la loro esistenza è stata desunta dall'art. 2 Cost. e dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.[50]

Il dato personale è considerato dalla legge come un bene delle persone , la cui disponibilità, al pari di tutti i beni di questo genere, è sia limitata dal punto di vista sostanziale sia soggetta a regole procedurali.

Ebbene, come già detto nei capitoli precedenti, la trasparenza identifica una relazione tra amministratori ed amministrati, e proprio nell'ambito di questa relazione, non è

[47] S. RODOTA', Tecnologie e diritti, Bologna, 1995, 23 e ss.

[48] In tale prospettiva può essere considerata la propenzione di Rodotà a mantenere la propria attenzione sui diritti fondamentali, al di là della privacy, S. RODOTA', Il diritto di avere diritti, Laterza, 2013.

[49] S. RODOTA', Uno statuto giuridico globale della persona elettronica, in www.interlex.it , 11 ottobre 2001.

[50] 50 Riconosciuta come diritto fondamentale dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la protezione dei dati personali vedrà confermata e rafforzata questa sua natura dal futuro Trattato costituzionale dell'Unione Europea. Discorso del Presidente S. Rodotà, relazione 2002, Roma, 20 maggio 2003. Per un approfondimento: AA.VV., Codice della disciplina privacy, a cura di L. BOLOGNINI, E. PELINO, Milano, 2019, 97 e ss.; F.PIZZETTI (a cura di), Protezione dei dati personali tra GDPR e codice novellato, Torino, 2021; F.CARDARELLI, Il trattamento dei dati personali in ambito pubblico: i soggetti ed i rapporti tra le fonti, in AA.VV., Il codice dei dati personali. Temi e problemi, a cura di CARDARELLI, SICA, ZENO ZENCOVICH, Milano, 2004, 229 e ss.; F.CARDARELLI, (commento) Base giuridica per il trattamento di dati personali effettuato per l'esecuzione di un compito d'interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri, in AA.VV., Codice della privacy e data protection, a cura di R. D'ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA, Giuffrè, Milano, 2021, p.1011 e ss.

ISSN 2036-7821

da sottovalutare il nodo della riservatezza, ossia il diritto di non intrusione che ciascuno esercita nell'ambito della propria sfera personale ed oggettiva.
Ne emerge un complesso rapporto che intercorre tra la disciplina dettata dal legislatore in materia di trasparenza dell'attività amministrativa, di cui l'istituto dell'accesso agli atti costituisce la principale applicazione e la normativa in materia di tutela dei dati personali (legge sulla privacy). Ma di questo si parlerà nel prossimo paragrafo.

6. Rapporto tra diritto d'accesso e tutela privacy.
La problematica relativa al bilanciamento tra diritto d'accesso agli atti amministrativi e diritto alla riservatezza ha fatto il suo ingresso nel nostro ordinamento in età relativamente recente.
Più precisamente, se ne può far risalire la nascita all'art. 24, co.2, lett. d, l.n. 241/1990 , come formulato in origine , che inseriva la riservatezza di terzi, persone , gruppi ed imprese, tra le altre che l'esecutivo era chiamato a salvaguardare, tolto il caso in cui la stessa fosse d'intralcio alla cura o alla difesa d'interessi giuridici.
E' necessario ricordare, a questo proposito, come la l.n. 241/1990 si prefigesse il fine di ribaltare il rapporto tra segretezza e pubblicità dell'azione amministrativa, consentendo al privato di partecipare attivamente al procedimento amministrativo e di contribuire a promuovere e ad assicurare l'imparzialità ed il buon andamento dell'azione amministrativa . Tutto ciò è stato realizzato mediante la partecipazione del privato al procedimento ed il diritto d'accesso ai documenti posseduti dall'amministrazione.
Ebbene, considerata la chiarezza della norma, essa non ha dato particolari grattacapi alla prassi amministrativa, stante la circostanza che il regolamento di attuazione è stato emanato solo due anni dopo con il d.P.R. 27 giugno 1992, n. 352[51] e che i casi di contrasto tra diritto d'accesso e privacy non hanno avuto una frequenza elevata.
Ci si è limitati a considerare, infatti, che la formulazione dell'art. 24 l.n. 241/1990, laddove garantisce la visione degli atti la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere interessi giuridici, sembra risolvere il problema a vantaggio del diritto d'accesso in caso di conflitto con le esigenze di riservatezza, configurando quest'ultimo come un limite tassativo.
A sollevare prepotentemente la questione è stata la l.n. 675/1996 che all'art. 43, co. 2, ha previsto che restassero ferme, in quanto compatibili, le norme in materia d'accesso ai documenti amministrativi.

[51] 51 d.P.R., 27 giugno 1992, n. 352 " Regolamento per la disciplina delle modalità di esercizio e dei casi di esclusione del diritto di accesso ai documenti amministrativi, in attuazione dell'art. 24, co.2, l.n. 241/1990, recante nuove norme in materia di procedimento amministrativo e diritto d'accesso ai documenti amministrativi", in Gazzetta Ufficiale, 29 luglio 1992, n. 177. Le previsioni in esso contenute sono state poi portate direttamente nel testo della legge con la riforma attuata con la legge 11 febbraio 2005 n. 15.

ISSN 2036-7821

Quindi, l'art. 24, co. 2, lett. d) , non conteneva alcun criterio per risolvere il conflitto tra i due diritti, mentre il rinvio implicito ad esso effettuato dall'art. 43, co.2, impone di contemperare il diritto d'accesso, nella stessa legge configurato, con la vecchia esigenza di tutela della riservatezza , adesso elevata al rango di vero e proprio diritto soggettivo dalla l.n. 675/1996: il nuovo diritto alla privacy.
Il quadro normativo così aggiornato vede il contestuale operare di principi alquanto diversi e, quindi, due differenti modi di tutela; il primo contenuto nella l.n. 675/1996 che offre una protezione generalizzata della riservatezza, il secondo di carattere eccezionale nella l.n. 241/ 1990, che consente il superamento del diritto alla privacy di fronte al diritto di difesa, mentre la l.n. 675/1996 stabilisce una graduazione dei livelli di tutela da una soglia minima inerente i dati personali ad una soglia massima di inaccessibilità inerente i cd. dati sensibili.
Come interpretare ora l'art.24, co.2, lett. d) davanti alle differenti ipotesi che un documento contenga dati personali o dati sensibili? Per quanto riguarda i primi, l'art. 27, co.3, della l.n. 675/1996 stabiliva che i dati personali potessero essere comunicati e diffusi da parte di soggetti pubblici a privati o a enti pubblici economici soltanto nell'ipotesi previste da norme di legge o di regolamento. E' stato, a proposito, osservato[52] che, sulla base di questa riserva di legge, nell'area dei dati personali non ritenuti sensibili avrebbero dovuto continuare ad essere operativi i principi di accesso definiti dalla l.n. 241/1990 e dal d.P.R. 352/1992, e questo perché tali principi ben potevano rientrare in tale riserva, essendo contenuti proprio all'interno di norme rispettivamente di rango primario e secondario.
Questa interpretazione ha avuto come conseguenza che l'eccezione contenuta nell'art. 27 della l.n. 675/1996 è divenuta la regola in materia d'accesso agli atti in virtù del fatto che è una legge a stabilire che tutti gli atti sono conoscibili salvo eccezioni e che in difetto di un'espressa sottrazione di particolari categorie se ne deve consentire la conoscibilità da parte di soggetti privati.
Va comunque sottolineato come un'eventuale sottrazione di tipologie di documenti da parte di singole amministrazioni sarebbe destinata a non avere comunque effetti a fronte di una richiesta d'accesso per esigenze di tutela giuridica dato che una norma secondaria, come un regolamento, soccomberebbe dinanzi alla fonte primaria dell'art.24, l.n. 241/1990. Discorso diverso merita il caso dei cd. dati sensibili e supersensibili. Ma di questo se ne parlerà nel prossimo paragrafo.
Merita una considerazione particolare la pronuncia dell'Adunanza Plenaria, n.19 del 2020,[53] che è chiamata ad affrontare una problematica, tra le più attuali, oggetto di

[52] R.FERRARA, Premesse ad uno studio sulle banche della Pubblica Amministrazione: fra le regole della concorrenza e tutela della persona, in AIDA, Annali italiani del diritto di autori, della cultura e dello spettacolo, 1997, vol. 6, pagg. 271-294, parte 1.
[53] Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 25 settembre 2020 n. 19, R. DONATI, I documenti dell'anagrafe tributaria sono documenti amministrativi ai fini dell'accesso difensivo degli artt. 22 e ss. della legge 241/1990!,in

ISSN 2036-7821

dibattito giurisprudenziale e inerente l'applicazione della disciplina del diritto d'accesso amministrativo: quella che attiene al rapporto tra accesso (difensivo) e diritto alla riservatezza.

Quanto alla riservatezza, la legge, e, di riflesso, l'interpretazione del giudice amministrativo, identifica tre livelli di tutela.

Il livello di protezione più elevato riguarda i dati cd. supersensibili (stato di salute e vita sessuale).

Il Consiglio di Stato, sez.V, 28 settembre 2010, n. 7166,[54] sul punto ha confermato la giurisprudenza dei TAR, ritenendo ostensibili anche dati supersensibili, se coinvolgono un diritto della personalità ritenendolo di rango pari alla tutela del diritto alla riservatezza.

Di poco inferiore è la protezione che riguarda i dati sensibili (idonei cioè a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche, politiche o l'appartenenza a organizzazioni o associazioni di tal genere).

In tali ipotesi l'accesso è consentito nei limiti in cui sia "strettamente indispensabile", per curare o difendere i propri interessi giuridici.

Infine, al terzo livello di intensità, si pone la protezione di dati comuni. Per l'accesso a questi ultimi la legge richiede che la conoscenza sia "necessaria" per la difesa dei propri interessi.

Sull'equilibrio, tutt'altro che scontato, tra esercizio del diritto d'accesso e tutela della riservatezza, i giudici hanno avuto modo di affrontare casi tra di loro molto diversi.

La regola generale ai fini dell'esercizio del diritto d'accesso ai documenti amministrativi è che le esigenze di tutela della segretezza e riservatezza previste dalla l.n. 241/1990, sono recessive rispetto al diritto d'accesso difensivo disciplinato dall'art.24, co. 7, della l.n. 241/1990, ma non in modo assoluto.

In questa materia esistono, infatti, due indirizzi ermeneutici contrastanti che propongono soluzioni diametralmente opposte, in ragione del diverso rilievo (complementare o prevalente) riconosciuto agli strumenti di acquisizione documentale probatoria previsti dall'ordinamento processualcivilistico.

Nel novero delle pronunce che affrontano tale tematica, s'inserisce, appunto, l'interessante pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 19/2020,[55] la cui decisione, anche se inserita nella consolidata giurisprudenza ampliativa con riguardo ai soggetti

---

www.giurisprudenzaappalti.it, 25 settembre 2020. Sentenze "storiche" quelle odierne dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Perché le sentenze sono tre: Adunanza Plenaria 19/2020, Adunanza Plenaria 20/2020, Adunanza Plenaria 21/2020. Sentenze che , sebbene prendano le mosse da una vicenda legata al diritto di famiglia, fissano in maniera puntuale i principi dell'accesso documentale difensivo ai sensi degli artt. 22 e ss. della legge n. 241/1990, estendendoli anche ai documenti dell'anagrafe tributaria.

[54] Cons. di Stato, Sez. V, 28 settembre 2010, n. 7166, D. COMITO, Accesso difensivo: per il Consiglio di Stato non è sufficiente il generico riferimento alle esigenze probatorie e difensive, in www.salvisjuribus, 14 aprile 2021.

[55] Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 25 settembre 2020, n. 19, sopra citata.

ISSN 2036-7821

tenuti a garantire l'ostensione dei documenti amministrativi[56], ad un più attento esame, offre l'occasione per alcune riflessioni sui confini dell'accesso difensivo nell'ambito speciale di rapporti tra la disciplina generale di cui agli artt. 22 ss. della l. n. 241/1990 e le norme processuali civilistiche previste per l'acquisizione dei documenti amministrativi al processo con particolare riferimento a procedimenti in materia di famiglia (art. 492 bis, cod. proc. civ. e art. 155 sexies, disp. att. cod. proc. civ.).

La disamina operata dal Supremo Consesso si conclude, quindi, sancendo , ai sensi dell'art. 99, co. 5, c.p.a., con i seguenti principi di diritto:

1) le dichiarazioni, le comunicazioni e gli atti presentati o acquisiti dagli uffici dell'amministrazione primaria, contenenti dati reddituali, patrimoniali e finanziari ed inseriti nelle banche dati dell'anagrafe tributaria, ivi compreso l'archivio dei rapporti finanziari, costituiscono documenti amministrativi ai fini dell'accesso documentale difensivo ai sensi dell'art. 22 ss., l.n. 241/1990;

2) l'accesso documentale difensivo può essere esercitato indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio di poteri processuali di esibizione istruttoria di documenti amministrativi e di richiesta d'informazioni alla pubblica amministrazione nel processo civile e ai sensi degli artt. 210, 211 e 213 cod. proc. civ.;

3) l'accesso difensivo ai documenti contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari, presenti nell'anagrafe tributaria, ivi compreso l'archivio dei rapporti finanziari può essere esercitato indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio di poteri istruttori di cui agli artt. 155-sexies, disp. att. cod. proc. civ. e 492 bis, cod. proc. civ. nonchè, più in generale, dalla previsione e dall'esercizio di poteri istruttori d'ufficio del giudice civile nei procedimenti in materia di famiglia;

4) l'accesso difensivo ai documenti contenenti dati reddituali, patrimoniali e finanziari, presenti all'anagrafe tributaria, ivi compreso l'ambito dei rapporti finanziari può essere esercitato mediante estrazione di copia.

La vicenda trae origine da un ricorso avverso il diniego opposto da una Direzione Provinciale dell'Agenzia delle Entrate ad una richiesta d'accesso agli atti formulata in pendenza di un giudizio di separazione giudiziale volta ad accedere ed estrarre copia della documentazione fiscale, reddituale e patrimoniale dei coniugi, conservata all'anagrafe tributaria. Nella specie, la richiesta riguardava l'accesso alle comunicazioni inviate dagli operatori finanziari all'anagrafe tributaria e conservate nella sezione archivio dei rapporti finanziari.

Il TAR accoglieva il ricorso, rilevando che in pendenza di separazioni o di divorzio l'accesso alla documentazione fiscale, reddituale, patrimoniale e finanziaria dell'altro coniuge doveva ritenersi "oggettivamente utile" al perseguimento del fine di tutela e

[56] Ex multis, Cons. di Stato, 22 aprile 1999, n. 4, in www.fiscooggi.it, 27 settembre 2006.

ISSN 2036-7821

ordinando, di conseguenza, all'amministrazione resistente di esibire la documentazione richiesta consentendo di estrarne copia.

Avverso tale sentenza l'amministrazione soccombente promuove appello fondato su un unico motivo, con il quale censurare l'erroneità dell'impugnata sentenza nella parte in cui aveva ritenuto accessibile i dati dell'anagrafe tributaria , ivi compresi quelli contenuti nella sezione archivio dei rapporti finanziari, senza l'autorizzazione del giudice della causa principale, ai sensi dell'articolo 492 bis, cod. proc. civ., avendo il TAR omesso di considerare il rapporto di specialità intercorrente tra la normativa contenuta negli artt. 492 bis, cod.proc.civ. e 155 sexies disp. att. cod. proc. civ. e la disciplina dell'accesso documentale di cui alla l.n. 241/1990, ostativo all'applicazione di quest'ultima disciplina , e dovendo l'indispensabilità del documento ai fini della tutela giurisdizionale essere intesa, anche come impossibilità di acquisire il documento attraverso le forme processuali tipiche già previste dall'ordinamento.

Pertanto, la sezione IV del Consiglio di Stato, con ordinanza 890/ 2020, ha rimesso gli atti all'Adunanza Plenaria, che, ai sensi dell'art. 99, co. 5, c.p.a., ha disposto quanto detto prima.

Al fine di evidenziare in maniera diretta il senso di strumentalità che avvince la situazione soggettiva finale al documento di cui viene chiesto l'ostensione, e per l'ottenimento del quale l'accesso difensivo, in quanto situazione strumentale , fa da tramite, l'esigenza è soddisfatta, sul piano procedimentale, dal successivo art.25, co.2, l.n. 241/1990, ai sensi del quale la richiesta d'accesso deve essere documentata.

La volontà del legislatore è di esigere che le finalità dell'accesso siano dedotte e rappresentate dalla parte in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione, e suffragate con idonea documentazione (ad esempio: corrispondenza, diffide stragiudiziali; in caso di causa già pendente, indicazione sintetica del relativo oggetto e fatti oggetto di prove, ecc.), onde permettere all'amministrazione detentrice del documento il vaglio del nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta sub specie di astratta pertinenza con la situazione "finale" controversa.

In questa prospettiva, pertanto, va escluso che possa ritenersi sufficiente un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite ad un processo già pendente o ancora da instaurare.

Relativamente al rapporto tra diritto d'accesso difensivo ed i metodi di acquisizione probatoria previsti da disposizioni del codice di procedura civile, la sentenza sottolinea il fatto che si deve desumere il senso della complementarietà tra i due istituti, anziché nel senso della loro reciproca esclusione.

Deve, pertanto, escludersi, ha puntualizzato la Plenaria, che la previsione, negli artt. 210, 211 e 213 c.p.a., di strumenti di esibizione istruttoria aventi ad oggetto documenti detenuti dalla pubblica amministrazione possa includere l'esercizio

ISSN 2036-7821

dell'accesso documentale difensivo secondo la disciplina di cui alla l.n. 241/1990, né prima né in pendenza del processo civile.
In sostanza, ai fini del bilanciamento tra diritto d'accesso difensivo (preordinato all'esercizio del diritto di tutela giurisdizionale in senso lato) e tutela della riservatezza (nella specie, cd. finanziaria ed economica), secondo la previsione dell'art.24, co. 7, l.n. 241/1990, non trova applicazione il criterio della stretta indispensabilità e della parità di rango (riferito ai dati supersensibili), ma il criterio generale della "necessità" ai fini della "cura" e della "difesa" di un proprio interesse giuridico, ritenuto dal legislatore tendenzialmente prevalente sulla tutela della riservatezza, a condizione del riscontro della sussistenza dei presupposti generali dell'accesso difensivo.
Infatti, l'art.5, co. 1, lettera a) e d), d.m. 29 ottobre 1996, n. 603[57], emanato dal Ministro delle Finanze, ai sensi dei cc. 2 e 4 dell'art.24 l.n. 241/1990 nella versione anteriore alla sua sostituzione ad opera dell'art.16, l.n. 15/2005, nell'individuazione dei documenti inaccessibili per motivi attinenti alla riservatezza, esclude dall'accesso documentale la "documentazione finanziaria, economica, patrimoniale e tecnica e attività amministrativa", nonché "gli atti e documenti allegati alla dichiarazione tributaria", garantendo tuttavia "la visione" nei casi in cui la relativa "conoscenza sia necessaria per la cura e difesa degli interessi giuridicamente rilevanti proprio di coloro che ne fanno motivata richiesta", pertanto in aderenza alla previsione della norma disciplinante l'accesso difensivo, dapprima contenuta nell'art.24, co. 2, lett. d) l.n. 241/1990 ed oggi nel co. 7, dell'art.24 come sostituito dall'art.16, l.n. 15/2005.
La previsione, nell'ordinamento processualcivilistico, di strumenti di esibizione istruttoria di documenti (anche) amministrativi ai sensi degli artt. 210, 211, 213 cod. proc. amm., nonché, nell'ambito dei procedimenti di famiglia, dello strumento di acquisizione di documenti, contenenti dati reddituali, patrimoniali e finanziari dell'anagrafe tributaria di cui agli artt. 155 sexies, disp. att. c.p.c. e 492 bis, c.p.c., ivi compresi i documenti conservati nell'archivio dei rapporti finanziari, non esclude l'esperibilità dell'accesso documentale difensivo.
A questo proposito, più recentemente, in materia d'accesso difensivo, l'Adunanza Plenaria n. 4 2021[58], affronta la questione sottesa al tipo di valutazione che deve investire il collegamento tra esigenze di ottenere l'ostensione del documento ed esigenze difensive dell'istante.

[57] Decreto Ministero delle Finanze, 29 ottobre 1996, n. 603, Regolamento per la disciplina delle categorie di documenti sottratti al diritto d'accesso in attuazione dell'art. 24, co.4, della legge 7 agosto 1990, n. 241, recante: "Nuove norme in materia d'accesso al procedimento amministrativo e di diritto d'accesso ai documenti amministrativi" in Gazzetta ufficiale, Serie Generale, n. 278 del 27/11/1996.
[58] Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza, 18 marzo 2021, n.4, in https://dait.interno.gov.it.

ISSN 2036-7821

Più nel dettaglio, l'ordinanza di rimessione della Sez. IV del Consiglio di Stato, n. 7514/2020,[59] poneva la questione in questi termini: se fosse sufficiente indicare il collegamento in modo generico, o, se l'istante dovesse allegare in modo puntuale, i motivi a fondamento della necessarietà o indispensabilità della richiesta.
La Plenaria 19/2020 aveva già toccato il tema, affermando che l'accesso documentale supera i limiti che la legge prevede per il partecipativo,[60] ma che questa attitudine espansiva debba controbilanciarsi con un più gravoso onere per la parte che intende incorrervi e, cioè, l'indicazione in maniera puntuale del collegamento fra il documento del quale si chiede l'ostesione e le proprie esigenze difensive.
A questo orientamento si contrapponeva quello che individuava in capo alla P.A. un potere valutativo solo generico sul collegamento addotto nell'istanza di ostensione; insomma, chiedere di specificare in modo puntuale i motivi dell'istanza d'accesso, varrebbe a menomare il diritto di difesa dell'istante.
Il contributo interpretativo è stato risolto dall'Adunanza Plenaria n. 4/2021che aderisce al primo degli orientamenti, come accolto già dalla Plenaria n. 19/2020.[61]
Ai fini, poi, del bilanciamento tra il diritto d'accesso difensivo, preordinato all'esercizio della tutela giurisdizionale, in senso lato, e la tutela alla riservatezza, secondo la previsione dell'art. 24, co.7, della l.n. 241/1990, per l'Adunanza Plenaria non trova applicazione né il criterio della stretta indispensabilità (riferito ai dati sensibili e giudiziari) né il criterio dell'indispensabilità e della parità di rango (riferito ai dati cc.dd. supersensibili), ma il criterio generale della "cura" e della "difesa" di un proprio interesse giuridico, ritenendosi dal legislatore

[59] Cons. di Stato Sez. IV, ordinanza, 30 novembre 2020, n. 7514, in www.ratioiuris.it, 30 marzo 2021.

[60] Sulla nozione di partecipazione si veda G. TERRACCIANO, La trasparenza amministrativa da valore funzionale alla democrazia partecipativa a mero (utile?) strumento di contrasto della corruzione, in Amministrativ@mente, 7-9, 2015, p.6, il quale, dopo aver messo in rilievo "come la trasparenza sia evidentemente prodromica alla partecipazione al procedimento amministrativo di formazione degli atti e provvedimenti amministrativi, ed, ancor più rilevante è la finalità complessiva che tutto detto strumentario dovrebbe perseguire: la partecipazione della collettività alla formazione della volontà amministrativa. In altri termini dovrebbe finalmente passarsi dalla partecipazione "all'esercizio" della funzione pubblica, alla partecipazione "alla determinazione" della funzione pubblica".

[61] Cons. di Stato, Ad. Plen., 18 marzo 2021, n. 4, sopra citata; si afferma il seguente principio di diritto: " in materia d'accesso difensivo ai sensi dell'art.24, co.7, l. n. 241/1990, si deve escludere che sia sufficiente nell'istanza d'accesso un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, poiché l'ostensione del documento richiesto passa attraverso un rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare; la pubblica amministrazione detentrice del documento o il giudice amministrativo adito nel giudizio d'accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono svolgere ex ante alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione detentrice del documento o al giudice amministrativo nel giudizio d'accesso, salvo il caso di un evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241/1990".

ISSN 2036-7821

tendenzialmente la prevalenza della riservatezza sulla tutela, a condizione del riscontro della sussistenza dei presupposti generali nell'accesso documentale di tipo difensivo.
Ed allora, infine, solo attraverso l'esame della motivazione che la P.A. ha adottato nel provvedimento con cui ha accolto o, viceversa, respinto l'istanza di accesso, è possibile comprendere se il collegamento, tra la situazione legittimante e la documentazione richiesta, esiste effettivamente e se l'esigenza di difesa rappresentata dall'istante prevalga o meno sul contrario interesse alla riservatezza nel delicato bilanciamento dei valori in gioco.[62]

7. Diritto d'accesso e tutela della privacy in materia sanitaria.
Dopo aver approfondito il tema del rapporto tra diritto d'accesso e privacy, un'attenzione particolare bisogna rivolgerla alla protezione dei dati personali e "sensibili" degli utenti che usufruiscono dei servizi di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione in ambito sanitario.
La necessità di proteggere i loro dati e renderli consapevoli della tutela della propria privacy come tutela dello stesso diritto alla libertà di cura e di salute, ha innescato un processo culturale di cambiamento negli atteggiamenti e nei comportamenti degli operatori sanitari e nell'organizzazione stessa dell'erogazione dei servizi che ha determinato un nuovo corso virtuoso del modo di erogare sanità.
Oggi, la P.A. è inesorabilmente indirizzata verso l'informatizzazione dei suoi servizi ed, in particolare, le strutture del servizio sanitario nazionale sono legate sempre più all'evoluzione della telemedicina e della sanità elettronica: si pensi al fascicolo sanitario elettronico del cittadino (FSE), alla certificazione on-line di malattia e alla ricetta elettronica.
Le opportunità offerte dalla sanità elettronica e dai suoi strumenti e applicazioni sono molti: tutti i cittadini possono mettere le proprie informazioni personali a disposizione di tutti gli operatori sanitari di loro scelta e beneficiare di prestazioni.
A fronte delle tante opportunità vi sono molti rischi per la protezione e sicurezza dei dati.

[62] A. SIMONATI, Gli accessi "a contenuto generale" e la trasparenza amministrativa, in V. PARISIO (a cura di), I diritti d'accesso davanti al giudice amministrativo, in Il diritto dell'economia, 31 marzo 2022, n. 107 (1-2022). Per un approfondimento si veda anche Cons. di Stato, Sez. VI, 28 febbraio 2022, n. 1387, in www.giustiziaamministrativa.it, ove si chiarisce che l'onere della prova anche dell'esistenza dei documenti, rispetto ai quali si esercita il diritto d'accesso, incombe sulla parte che agisce in giudizio, C. COLAPIETRO, Il complesso bilanciamento tra il principio di trasparenza e il diritto alla "privacy": la disciplina delle diverse forme d'accesso e obblighi di pubblicazione, in federalismi.it, n. 14, 13 maggio 2020, 64 e ss.; A. SIMONATI, M. CALABRO', Le modalità di esercizio del diritto d'accesso e la relativa tutela, in M.A. SANDULLI (a cura di), Codice dell'azione amministrativa, Milano, 2017, 1320 e ss.; C. PAGLIAROLI, Il potere valutativo della P.A. in materia di accesso difensivo: la sentenza dell'Adunanza Plenaria n.4/2021, V. PARISIO (a cura di), I diritti d'accesso davanti al giudice amministrativo, in Il diritto dell'economia, 2022, 1, 2019 e ss.

ISSN 2036-7821

In questo delicato contesto la protezione dei dati deve assumere un ruolo guida nella definizione di standards e regole di comportamento, oltre ad essere scelta come indicatore essenziale della qualità dei servizi sanitari e del livello di soddisfazione degli utenti.

Ebbene, la l.n. 675/1995, di recepimento della direttiva europea 95/46 CE, ha avuto il merito di aver elevato la tutela dei dati personali a principio dell'attività amministrativa al pari della pubblicità[63] e di aver introdotto la categoria dei "dati sensibili" per i quali è prevista una tutela rafforzata.

Sono "dati personali" le informazioni che identificano o rendono identificabili, direttamente o indirettamente, una persona fisica e che possono fornire informazioni sulle sue caratteristiche, le sue abitudini, il suo stile di vita, le sue relazioni, il suo stato di salute, la sua situazione economica, ecc….

Una delle categorie più delicate rientrante all'interno della nozione di dato personale, spesso protagonista del contrasto tra diritto d'accesso e privacy, è quella dei "dati sensibili" , cioè quelli che rivelano l'origine razziale o etnica , le convinzioni religiose, filosofiche, le opinioni politiche, l'appartenenza sindacale, relativi alla salute o alla vita sessuale.

Il regolamento generale sulla protezione dei dati n. 679/2016, (G.D.P.R.), all'art. 9, ha incluso anche i dati genetici, i dati biometrici e quelli relativi all'orientamento sessuale. In particolare i dati relativi alla salute ed alla vita sessuale sono detti anche "supersensibili", in quanto sono gli unici per i quali non sussiste alcuna esenzione che ne consenta l'uso in assenza di un consenso.

La ratio di tale tutela rafforzata risiede nella considerazione che si tratta di dati riguardanti gli aspetti più intimi della vita di un individuo.

Figura preposta ad assicurare la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché il rispetto della dignità dell'individuo in caso di contrasto tra diritto d'accesso e privacy è il Garante per la protezione dei dati personali, noto anche come Garante della privacy, al quale l'interessato può rivolgersi con tre tipologie di strumenti: reclamo, segnalazione, ricorso.[64]

I dati inerenti la salute sono informazioni assai peculiari che, avendo ad oggetto gli aspetti più intimi della persona e, quindi, in grado di incidere sulla sua dignità e sul suo diritto alla riservatezza, necessitano di una particolare tutela sotto il profilo giuridico.

Essi costituiscono il "nucleo duro" tra i dati personali, sia per la delicatezza che li contraddistinguono, sia per il concreto pericolo di una loro utilizzazione a fini discriminatori.

---

[63] Art. 22, co.3, l. n. 675/1995.

[64] Per un approfondimento sull'Autorità di controllo indipendenti, F. CARDARELLI (commento), Autorità di controllo indipendenti, in AA.VV., Codice della privacy e data protection, a cura di R. D'ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA, Giuffrè, 2021, p. 693 e ss.

ISSN 2036-7821

E' quindi motivata una disciplina giuridica più severa attraverso ampie limitazioni ed un rigido assoggettamento delle raccolte delle informazioni sanitarie e la loro comunicazione.

Il Regolamento UE n. 679/2016, G.D.P.R., che va ad integrare la normativa nazionale del Codice privacy 2003,[65] pur non avendo stravolto la disciplina della protezione dei dati personali in ambito sanitario, ha tuttavia dettato alcune significative innovazioni.

La necessità della sua emanazione è derivata dalla progressiva evoluzione del concetto di privacy alla luce dei continui mutamenti indotti dal processo tecnologico ed informatico.[66] Pertanto è chiaro che , in una materia delicata com'è quella del trattamento dei dati sanitari , il legislatore europeo abbia dedicato particolare attenzione alla salvaguardia del diritto alla tutela dei dati personali, che è stato elevato a diritto fondamentale di ciascun individuo.

In Italia, il 10 agosto 2018, è stato approvato il decreto legislativo n. 101/2018[67] che, entrato in vigore, non ha abrogato il "vecchio" Codice della privacy (d.lgs. 196/2003), limitandosi a modificarlo per armonizzare le normative nazionali alle nuove disposizioni europee[68].

---

[65] Codice per la protezione dei dati personali, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, aggiornato da ultimo, con le modifiche apportate dal d.lgs. 8 ottobre 2021, n. 139, convertito con modificazione, dalla legge 3 dicembre 2021, n. 205, Codice protezione dati personali, G.D.P.R., consolidato dicembre 2021, in www.certifico.com/id/6745, 10 febbraio 2022.

[66] Così F. PIZZETTI, Presidente garante per la privacy, dal 18 aprile 2005 al giugno 2012, all'annuale Conferenza di primavera, di Edimburgo, delle Autorità europee per la protezione dei dati, il 23 aprile 2009: " lo scenario nel quale opera la direttiva europea sulla protezione dei dati è in questi anni profondamente cambiato e questo ha posto, pone e porrà problemi complessi di ridefinizione del significato della protezione dei dati, del tipo di regole di cui abbiamo bisogno, del ruolo che devono svolgere le Autorità per la privacy", in GPDP, 22 aprile 2009, doc-web 1607056.

[67] D. lgs. 10 agosto 2018, n. 101, Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46 C.E. (regolamento generale sulla protezione dei dati). (18G0029) in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 205, 4 settembre 2018.

Il testo del d.lgs. n. 196/2003 (Codice privacy) è stato ulteriormente coordinato e aggiornato dalla l. n. 205/2021, in www.infoparlamentari.it, 8 dicembre 2021: legge 3 dicembre 2021, n. 205-testo coordinato- conversione in legge, con modificazione del decreto legge 8 ottobre 2021, n. 139, recante disposizioni urgenti per l'accesso alle attività culturali, sportive e ricreative, nonché per l'organizzazione di pubblica amministrazione e in materia di protezione di dati personali. (Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 291 del 7 dicembre 2021).

[68] Come è noto il G.D.P.R., che è un Regolamento e non una Direttiva UE, si applica direttamente negli Stati membri dell'Unione Europea, i quali sono intervenuti con atti normativi interni solo per abrogare eventuali norme nazionali in contrasto con la nuova disciplina ed integrare alcuni aspetti che sono stati lasciati alla discrezionalità del legislatore statale. Per un approfondimento sul tema: B. CONFORTI, M. IOVANE, Diritto internazionale, XII edizione, 2021, Editoriale Scientifica; R. ADAM – A. TIZZANO, Lineamenti del diritto dell'Unione europea, Giappichelli, marzo 2022.

ISSN 2036-7821

Il G.D.P.R. obbliga a garantire la privacy sui dati sensibili e, al tempo stesso, prevede la possibilità di usarli per un superiore interesse pubblico, ad esempio per l'analisi di determinate patologie e la scoperta di nuove cure.[69]
E', allora, necessario trovare un bilanciamento tra interesse pubblico e privato, quindi tra diritto d'accesso e riservatezza, sui dai "sensibili", intervenendo sul dato in modo da introdurre un quadro più flessibile di tutele, che non sacrifichi questo valore d'interesse collettivo del dato, difficile da "estrarre" in un quadro rigido di tutele come quello a cui siamo stati abituati in passato.
A questo fine gli artt. 24 e 25 del nuovo Regolamento U.E., in materia di protezione dei dati personali, prevedono che il titolare del trattamento, ossia il soggetto che ne determina i mezzi e le finalità, mette in atto misure tecniche ed organizzative adeguate a garantire, sin dalla fase della progettazione (by design) queste tutele alla persona, offrendo al tempo stesso alla collettività un insieme d'informazioni "residuali", a valle della tutela, per così dire, che possono essere utili a finalità d'interesse collettivo.
Tale approccio porta al principio innovativo secondo cui non è più soltanto necessario "difendere" la persona dal trattamento dei dati che la riguardano, ma si possono integrare le tutele nel trattamento stesso.
Affinchè ciò sia possibile occorre intervenire sui dati privandoli di alcune componenti identificative mediante l'utilizzo di tecniche di pseudonimizzazione, procedimento che comporta la possibile attribuzione di determinate qualità ad un interessato specifico solo attraverso l'utilizzo di informazioni con l'impiego di chiavi crittografiche, di cui il titolare del trattamento dovrà rispettare pienamente i principi della disciplina privacy vigente.
Distinta, poi, dalla pseudonimizzazione è la minimizzazione, che consiste nella raccolta dei soli dati pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati.
Grazie allo sviluppo di queste tecniche ed altre ancora, delle quali non entriamo nei dettagli in questa sede, che hanno ridotto significativamente il rischio per la privacy

[69] Tra le maggiori novità introdotte dal Regolamento n. 679/2016 c'è l'obbligo di tenere i registri delle attività di trattamento, deputati a contenere tutte le informazioni relative ai trattamenti di dati personali svolti dai Titolari o, per loro conto, dai Responsabili del trattamento. La tenuta del registro dei trattamenti è prevista dall'art. 30 del Regolamento n. 679/2016 ed è considerata indice di una corretta gestione dei trattamenti. Essa costituisce uno dei principali elementi di accountability del Titolare, in quanto è utile per una completa ricognizione e valutazione dei trattamenti svolti, e quindi finalizzato anche all'analisi del rischio e ad una corretta pianificazione dei trattamenti. Altra novità di rilievo è l'introduzione del Responsabile per la protezione dei dati (R.D.P. o D.P.O.), previsto dall'art. 37 del Regolamento UE n. 679/2016. Si tratta di un esperto che ha il compito di supervisionare ed agevolare l'osservanza della disciplina sulla protezione dei dati personali. La sua nomina è obbligatoria per tutte le aziende sanitarie pubbliche appartenenti al servizio sanitario nazionale e per la strutture private che effettuano il trattamento dei dati personali su larga scala; non è invece obbligatoria per i singoli professionisti sanitari che operano in regime di libera professione a titolo individuale, in G.P.D.P., Guida all'applicazione del regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali, normativa e provvedimenti.

ISSN 2036-7821

degli interessati, abbiamo assistito negli ultimissimi anni al moltiplicarsi di servizi che impiegano i dati per fini di utilità sociale.
Ad esempio, nel settore medico si parla di "digital health" per riferirsi a quelle tecnologie che si propongono di contribuire al miglioramento della salute delle persone grazie all'uso di dati anonimatizzati.
Alcune ricerche dimostrano che, in un paese come gli Stati Uniti, considerando solo 4 patologie, ossia il diabete , riabilitazione cardiaca, riabilitazione polmonare, asma, si potrebbero prevenire crisi acute in molti casi ed evitare il ricorso a cure d' emergenza permettendo lo sviluppo di cure più efficaci, consentendo di risparmiare sulla sanità pubblica.[70] Un esempio concreto viene dalla Francia, dove l'art 193 della l. n. 41 del 26 gennaio 2016, sulla modernizzazione del sistema sanitario ha esteso e regolamentato l'utilizzo di tutte le banche dati pubbliche per progetti di ricerca volti al perseguimento di un interesse pubblico.[71] Per garantire la privacy degli interessati sono stati utilizzate tecniche di anonimizzazione.
Dall'approvazione di questa legge[72], molti sono stati i progetti di ricerca proposti in Francia e, in alcuni casi già portati a termine.
Alcuni hanno riguardato l'efficacia e il confronto fra diversi medicinali o le correlazioni fra determinate patologie o l'uso di farmaci o vaccini.
Questi benefici "sociali" non sono prerogativa del solo campo medico.
Vi sono già molti esempi d'impieghi di dati anonimizzati per promuovere politiche di efficienza energetica, l'imparzialità dei test di ammissione all'istruzione superiore, nonché le politiche governative in tema di mercato e di lavoro.
Si tratta di esempi significativi di come l'applicazione della privacy (by design) ai trattamenti di dati possa garantire risultati importanti per la ricerca e per lo sviluppo di nuove tecnologie in grado di migliorare la vita delle persone.
Ritornando al Regolamento europeo n. 679/2016 si attesta che instaura un doppio sistema di tutela, basato sulla massima accessibilità e fruibilità dei dati personali ed una tutela rafforzata per quelli "sensibili".
Infatti l'art. 9 del Regolamento UE è dedicato proprio al trattamento dei dati sensibili per conseguire un sistema, già in parte previsto dall'art 8 della direttiva 46/95 CE, la cui regola generale è il divieto, attenuato da una serie d'eccezioni.
Sotto questo profilo, l'ordinamento italiano ha predisposto un sistema di limiti e divieti che offre agli interessati garanzie addirittura maggiori rispetto al dettame

[70] "The Growing Valve of digital health-Evidence and impact on human health and health care system", www.healthcare.digitalsingle-post2017/2018/thegrowing-value-of-digital-health-in-the-uk, novembre 2017.
[71] La legge sulla modernizzazione del sistema sanitario francese, n. 41/2016, chiamata anche "legge sanitaria", è una legge organizzata lungo tre assi: 1) promuovere la prevenzione, 2) facilitare l'accesso alle cure, 3) consolidare il sistema sanitario, in https://it.frwiki.wiki.
[72] "La Sniiram puor le Recherche en Sante", www.rennes-donnes-sante-2017.fr/

ISSN 2036-7821

europeo[73], come dimostra la previsione per cui il trattamento dei dati sensibili è subordinato non solo al consenso dell'interessato, bensì anche alle previe autorizzazioni del Garante della privacy.

A questo proposito voglio ricordare quanto ha detto il Presidente Antonello Soro, nella relazione del 2019[74]…."la traslazione, mai così totalizzante della nostra esistenza individuale e collettiva nella dimensione immateriale del web espone ciascuno di noi, in primo luogo attraverso i propri dati, alle sottili ma pervasive minacce di una realtà, quella digitale, tanto straordinaria quanto poco presidiata….

….la devoluzione alla dimensione immateriale di pressocchè tutte le nostre attività non è un processo neutro, ma comporta, se non assistito da adeguate garanzie, l'esposizione ad inattese vulnerabilità in termini non solo di sicurezza informatica ma anche di soggezione ed ingerenze e controlli spesso più insidiosi perché meno percettibili di quelli tradizionali….

….l'emergenza sanitaria ha evidenziato la necessità del ricorso alla tecnologia in funzione ausiliaria alla scienza e la corrispettiva esigenza di valorizzare il digitale quale spazio immateriale in cui ritrovarsi….

….e la protezione dati, regolando le condizioni per la circolazione di ciò che, come il dato, rappresenta l'elemento costitutivo del digitale, in questo scenario si è rivelato un presupposto ineludibile di ogni possibile equilibrio tra l'uomo e la tecnica, la libertà e il determinismo algoritmico….

…. la duttilità del diritto, la sua capacità di adeguarsi al contesto riconoscendo gli adattamenti necessari e proporzionati alle specifiche esigenze , pur senza intaccare il "nucleo duro" , dei diritti fondamentali è la più grande forza della democrazia.

Qualche pronuncia giurisprudenziale.[75]

---

[73] Il regolamento UE, all'art.10, precisa che gli Stati membri possono istituire sistema di tutela e garanzia più stringenti, affermando che "il presente regolamento non esclude che il diritto degli Stati membri stabilisce le condizioni per specifiche situazioni di trattamento, anche determinando con maggiore decisione le condizioni alle quali il trattamento dei dati personali è lecito" in www.agendadigitale.eu, G.D.P.R., Tutto ciò che c'è da sapere per essere in regola, 21 gennaio 2022.

[74] Vedi relazione annuale 2019, Protezione dati, emergenza, democrazia, discorso del Presidente Antonello Soro, Roma, 23 giugno 2020, in www.astrid-online.it.

[75] Corte App., Roma, Sez. lav., 25 febbraio 2019, n. 620: "il trattamento dei dati sensibili da parte di soggetti pubblici è consentito solo se autorizzato da un espressa disposizione di legge e per finalità di rilevante interesse pubblico". La Corte ha infatti affermato che " il Codice della privacy non introduce un divieto assoluto a carico delle pubbliche amministrazioni di diffusione di dati idonei a rivelare lo stato di salute senza eccezioni e senza clausole di salvezza. In tale contesto il soggetto pubblico è autorizzato ad effettuare unicamente le operazioni di trattamento indispensabili per il perseguimento delle finalità per le quali il trattamento è consentito (art. 20 – co.9); il trattamento può anche comprendere la diffusione quando ciò sia indispensabile per la trasparenza per le attività indicate nel perseguimento delle attività medesime, fermo restando il divieto di diffusione dei dati idonei a rivelare lo stato di salute (art. 68, co.1) sia in quanto finalizzato a l'istaurazione e gestione da parte della p.a. di rapporti di lavori"; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 16 aprile 2020, n. 3985. Il TAR Lazio, con la sentenza citata si occupa della delicata questione del bilanciamento tra il diritto d'accesso ai documenti amministrativi contenenti anche dati personali relativi a terze persone, ed il diritto alla riservatezza dei terzi cui tali dati ineriscono. "Nell'ambito dell'esercizio del diritto d'accesso agli atti, le necessità difensive, riconducibili all'effettività delle

ISSN 2036-7821

8. Covid-19 : il trattamento dei dati sanitari tra privacy ed interesse pubblico.

"La pandemia ha dimostrato, emblematicamente, quanto stretto possa essere il legame tra salute (anche nella sua declinazione metaindividuale di sanità pubblica), privacy e digitale. Se il distanziamento fisico non è divenuto anche sociale lo dobbiamo infatti alla potenza geometrica delle nuove tecnologie che hanno consentito di ricreare nello spazio virtuale persino il più fisico dei rapporti, ovvero quello tra medico e paziente, grazie alla telemedicina, ai consulti on-line, all'intelligenza artificiale, all'e-health.

Nulla più della pandemia ha reso, dunque, evidente la duplice dimensione del diritto alla salute, quale prerogativa individuale ma anche d'interesse collettivo …….. emerge, dunque, in maniera quanto mai inequivoca la tensione che caratterizza i dati sanitari meritevoli, da un lato, di una massima protezione e riservatezza e, dall'altro, di una (sia pure circoscritta e calibrata) circolazione per esigenze di sanità pubblica".[76]

Ebbene, queste parole dell'attuale Garante della privacy, Prof. Pasquale Stanzione, mi danno l'opportunità di collegare, logicamente e giuridicamente, gli argomenti trattati nei paragrafi precedenti con quest'ultimo, in tema di covid-19 e privacy; come e dove s'intrecciano tutela della salute e tutela del dato personale.

La pandemia di covid-19 ha messo in luce, fin dal suo esordio, la pressante esigenza di gestire in modo corretto i dati personali relativi alla salute dei pazienti qualora possa essere utile un loro utilizzo ai fini della ricerca scientifica e della raccolta di dati statistici.

Il tema è così rilevante che il 21 aprile 2020 è intervenuto il Comitato Europeo per la protezione dati (European Data Protection Board) (E.D.P.B.), adottando specifiche linee guida finalizzate ad affrontare gli aspetti fondamentali della questione.[77]

---

tutele di cui all'art. 24 Cost., devono ritenersi prevalenti rispetto a quelle della riservatezza, dovendo tuttavia considerarsi determinati limiti allorchè vengono in considerazioni dati sensibili o sensibilissimi, ossia i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale degli individui. In questi casi l'accesso è consentito a particolari condizioni disciplinati dall'art. 60 d. lgs. n. 196/2003. Il TAR, con due distinte sentenze pubblicate il medesimo 16 aprile 2020 (nn.3985 e 3988), ha accolto due ricorsi aventi ad oggetto il diritto d'accesso previsto dall'art. 22 e ss. l. n. 241/1990, in www.dirittoegiustizia.it, 29 aprile 2020; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 20 marzo 2020, n. 533: "ai sensi dell'art.24, ultimo comma, l. n. 241/1990, l'interesse ad ottenere l'ostensione dei documenti fatti valere ai fini difensivi, deve prevalere sull'opposto interesse alla riservatezza e ciò anche tenuto conto che neppure sussiste l'esigenza di evitare la divulgazione di dati sensibili o giudiziari dei controinteressati, posto che i dati cui si vuole avere conoscenza hanno natura meramente economica, in Foro amministrativo (II), 2020, 3, 449.

[76] Intervento del Prof. Pasquale Stanzione, Presidente per la protezione dei dati personali del 29 luglio 2020, Panorama, 18 febbraio 2022, in GPDP, 18 febbraio 2022, doc-web 9747071.

[77] Nuove linee guida dell'E.D.P.B. Sul trattamento dei dati relativi alla salute ai fini della ricerca nel contesto dell'epidemia di covid-19, 21 aprile 2020, n.3, in www.privacy.it, 27 aprile 2020.

ISSN 2036-7821

La ricerca scientifica ed, in particolare, quella dedicata alla sperimentazione sanitaria si conferma essere la tematica rilevante nel contesto europeo, tanto che la Commissione Europea ha chiesto ed ottenuto un nuovo intervento[78] dall'E.D.P.B., volto a chiarire le numerose tematiche legate alla protezione dei dati personali.
Come già detto il Comitato Europeo è già intervenuto sul tema della ricerca sanitaria con parere n.3/2019 relativo alle faq (frequently asked questions) sull'interazione tra il regolamento sulla sperimentazione clinica (CTR) ed il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali (G.D.P.R.)[79], e con le linee guida per chiarire i primi dubbi legati all'applicazione del G.D.P.R. nell'ambito della ricerca sanitaria legato alla lotta contro il sars-cov2,[80] , inoltre è intervenuto su numerose tematiche rilevanti nel contesto della ricerca sanitaria, come ad esempio sulle condizioni di validità del consenso.
Scopo di questo nuovo intervento del E.D.P.B., del 2 febbraio 2021, sopra citato:
1) fornire ai Titolari maggiori certezze sulle modalità di trattamento e scelte da operare, con l'evidente finalità di incoraggiare le attività di ricerca scientifica in ambito sanitario ed evitare che incertezze del diritto potessero, al contrario, scoraggiarle;
2) cercare di dar risposte univoche al panorama dei Titolari del trattamento del contesto europeo, per cercare di armonizzare le scelte che questi andranno ad operare; ciò chiaramente, per evitare che le normative nazionali emanate dagli Stati membri negli ambiti lasciati aperti dal G.D.P.R. possano concretamente portare a degli effetti anticompetitivi tra nazioni (si immagini, infatti, quali potrebbero essere gli effetti nel caso in cui uno Stato membro preveda un alleggerimento degli obblighi dei Titolari o se interpreti talune eccezioni all'applicazione del G.D.P.R. in maniera estensiva).
Malgrado gli sforzi compiuti per fornire delucidazioni il Comitato rimanda, su queste tematiche, ad ulteriori approfondimenti.
Le questioni sulle quali s'è pronunciato sono: 1) la base giuridica del consenso; 2) la base giuridica da invocare nelle ricerche; 3) utilizzo dei medesimi dati per un ulteriore scopo e obbligo di informativa; 4) anonimizzazione; 5) data protection impact assessment (DPIA).

[78] E.D.P.B., 2 febbraio 2021, in ttps://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_replyec_questionnaireresearch_final.pdf.
[79] Parere 3/201 in EDPB, 23 gennaio 2019, https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_opinionctrq_a_final_it.pdf.
[80] Linee-guida 3/2020 sul trattamento dei dati relativi alla salute ai fini di ricerca scientifica nel contesto dell'emergenza legata al covid-19, in E.D.P.B., 21 aprile 2020, in https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202003_healthdatascientificresearchcovid19_it.pdf

Sul primo punto il Comitato ha precisato che "non necessariamente il consenso è la base giuridica da preferire per il trattamento dei dati sanitari e, ciò nonostante, nelle dichiarazioni e convenzioni etiche e bioetiche si parla espressamente di consenso.
Infatti, il Comitato precisa che il c.d "consenso informato" cui si riferiscono tali testi è cosa ben diversa dal consenso come base giuridica del trattamento; il primo, infatti, è finalizzato a creare la c.d "alleanza terapeudica" tra i partecipanti e gli sperimentatori, il secondo è il fondamento legale che legittima il trattamento. Il Comitato, quindi, invita ad usare altre basi giuridiche, ove disponibili, precisando che in questi casi l'ottenimento del consenso informato come requisito etico può anzi considerarsi alla stregua di una garanzia ulteriore, ai sensi dell'art. 89, par. 1, G.D.P.R.; inoltre ribadisce (come aveva già fatto nelle linee guida per chiarire i primi dubbi legati all'applicazioni del G.D.P.R. nell'ambito della ricerca sanitaria legata alla lotta contro il sars-cov-2, già citate[81], che il consenso non è una base giuridica appropriata in tutte le situazioni in cui nella relazione tra il Titolare e l'interessato vi è uno squilibrio, come, ad esempio, se l'interessato è in una condizione di salute tale per cui non esiste un trattamento terapeudico alternativo alla sperimentazione clinica.
Tale situazione di evidente pressione sull'interessato non consentirebbe a quest'ultimo di fornire liberamente il proprio consenso, che di conseguenza sarebbe invalido.
Tuttavia, precisa che ogni situazione deve essere valutata singolarmente e non deve essere esclusa, in via di principio, l'utilizzabilità del consenso come base giuridica.
Sul secondo punto il Comitato ha specificato che "è molto importante cercare coerenza e armonizzazione nella scelta della base giuridica quando la sperimentazione clinica o il progetto di ricerca si svolge in più Paesi membri. E' evidente, infatti, l'influenza che il diritto degli Stati membri può esercitare, legiferando negli spazi lasciati aperti dall'art. 9, par.4, G.D.P.R., alleggerendo o appesantendo gli obblighi imposti al Titolare".
Tale circostanza, unita alla constatazione dell'estrema differenza normativa sino ad oggi riscontrata tra le leggi nazionali in materia di trattamento di dati sanitari, porterà inevitabilmente all'uso di basi giuridiche diverse, pur nel medesimo progetto di ricerca.
A tal proposito il Comitato osserva che da ciò potrebbe derivare un potenziale impatto negativo per gli interessati che si troverebbero in situazioni di disparità di trattamento e riconosce che, eventualmente, potrebbe invocarsi come base giuridica il diritto dell'Unione; tuttavia solo il Regolamento per la sperimentazione clinica

[81] Linee-guida 3/2020 sul trattamento dei dati relativi alla salute ai fini di ricerca scientifica nel contesto dell'emergenza legata al covid-19, in E.D.P.B., 21 aprile 2020, in https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202003_healthdatascientificresearchcovid19_it.pdf.

ISSN 2036-7821

(C.T.R.) può dirsi in senso stretto "diritto dell'Unione" in questo settore e il Regolamento dispone normative volte a garantire la sicurezza e l'affidabilità dei farmaci, quindi potrebbe essere una base giuridica solo per quei trattamenti che vengono posti in essere in osservanza del C.T.R..
Ben diverso, e forse risolutiva, sarebbe l'ipotesi di adottare normativa specifica come quella attualmente pendente dinanzi al Parlamento Europeo, la creazione di uno spazio europeo dei dati[82], nel quale possono fiorire studi multinazionali con basi giuridiche armonizzate.
E' noto che il Garante della privacy, con l'adozione del Regolamento n. 679/2016, ha vissuto in tempi recenti una significativa espansione del proprio raggio di azione e competenza.[83]
A tal proposito occorre sottolineare come il coinvolgimento dell'Autorità di controllo nella redazione di atti normativi e amministrativi così come, più in generale, l'attività del Garante ha vissuto un ulteriore significativa espansione del periodo emergenziale, causato dalla pandemia di covid-19.
La crisi sanitaria ha, infatti, stimolato l'adozione da parte del Governo di misure volte a contrastare la diffusione del virus con interventi che hanno avuto, inevitabilmente, importanti ripercussioni sul trattamento dei dati personali (a puro scopo esemplificativo, basti ricordare i provvedimenti sul distanziamento sociale, quelli sul contact tracing, quelli con la verifica del green pass.[84] Ragion per cui, attraverso la consultazione o l'ispezione preventiva, o ancora tramite delibere successive, il Garante per la privacy nazionale si è espresso con grande frequenza.
Il Presidente, prof. Pasquale Stanzione, in un'intervista: "la privacy permea la vita quotidiana di tutti….. soprattutto delle persone meno protette, cui dedichiamo massima attenzione".[85]
Quindi, se è certamente vero che nel compiere il bilanciamento tra il diritto alla salute collettivo e quello alla protezione dei dati personali di ognuno di noi e possibile limitare, anche in maniera importante, il diritto alla privacy, tale misura deve essere

[82] La creazione di uno spazio europeo dei dati, che comprenda anche il settore sanitario, è una delle priorità della Commissione per il periodo 2019-2025, per maggiori informazioni consultare European Halth Data Space|Salute pubblica (https://ec.europa.eu/health/ehealth/dataspace_it).

[83] I compiti ed i poteri dell'Autorità di controllo sono definiti nel G.D.P.R. rispettivamente agli artt. 57 e 58, nonché nella normativa interna, dal Codice della protezione dei dati personali dagli artt. 154, 154-bis e 154-ter. Per un approfondimento sull'evoluzione delle funzioni del Garante della privacy si veda: L. CALIFANO, Il ruolo di vigilanza del Garante per la protezione dei dati personali, in federalismi.it, 2020, n. 33, 1-27; A. PATRONI GRIFFI, L'indipendenza del Garante, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), Innovazione tecnologica e valore della persona:il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679, Napoli, 2017, 268 e ss.

[84] Raccolte delle principali disposizioni adottate in relazione allo stato di emergenza epidemiologica aventi implicazioni in materia di dati personali, in www.privacy.it. Nel caso di specie si fa riferimento a doc-web n.9304313.

[85] Intervista a Pasquale Stanzione, Presidente del Garante per la protezione dei dati personali, E. LORITO, Il garante privacy non prerogativa per i ricchi, ma presidio di democrazia, in Panorama, 18 settembre 2020.

ISSN 2036-7821

sempre proporzionata alla necessità di tutela della salute collettiva e deve essere limitata da un punto di vista temporale.
A dimostrazione di ciò, i più di duecento interventi adottati in relazione al solo contesto emergenziale, in un arco temporale di 21 mesi: segnalazioni, audizioni, pareri, ammonimenti, esercizio di poteri inibitori o sanzionatori, elaborazioni di numerosissimi faq, comunicati stampa.
Ovviamente non si può negare la coerenza con cui il Garante della privacy abbia operato avendo ben chiaro lo scopo della sua missione, ovvero controllare la conformità dei trattamenti dei dati personali alla disciplina nazionale ed europea.
Nell'intervista, di cui sopra,[86] il prof. Stanzione ha detto: "l'Autorità è un istituzione sempre più centrale nella società: spazio di un irrinunciabile diritto fondamentale ma, allo stesso tempo, presidio di democrazia e di un governo sostenibile del digitale".
Ciononostante, il significativo numero delle delibere, ma anche il favore riconosciuto in esse al diritto alla protezione dei dati personali rispetto ad altri diritti costituzionalmente tutelati, hanno provocato una reazione da parte dell'Esecutivo, il quale, non casualmente, ha rivisto le funzioni del Garante abrogando, con l'art. 9, co.1 lett.b) del decreto legge n. 139 del 2021 (cd. Decreto Capienze),[87] l'art. 2-quinquiesdecies del Codice in materia dei dati personali. Il contenuto di questa disposizione, non espressamente previsto dal Regolamento (UE) n. 679/2016, ma introdotto dal legislatore italiano in sede di adeguamento della normativa interna, pare richiamare l'art.57, par.1, lett. c) del Regolamento europeo, senza tuttavia sovrapporvisi. Se, infatti, quest'ultimo disciplina la funzione consultiva che l'Autority svolge nei confronti delle Autorità pubbliche, l'art. 2- quinquiesdecies prevedeva un più incisivo potere ispettivo (e inibitorio) esercitabile sugli atti ad alto rischio delle pubbliche amministrazioni. Si trattava di una funzione particolarmente penetrante che è stata, anche di recente, esercitata con il blocco dell'app IO.[88]
Ebbene, se il Governo è risultato infastidito dall'interventismo dell'Autority, come dimostrano i recenti interventi, dal canto suo il Garante non è pienamente soddisfatto

[86] Così il prof. Pasquale Stanzione nell'intervista, sopra citata.
[87] Decreto legge n. 139 del 8 ottobre 2021 (Decreto Capienze), M. NAVACCI, Decreto Capienze, niente privacy siamo P.A.: ecco perché il nuovo testo spaventa gli esperti, in www.agendadigitale.eu, 22 novembre 2020.
[88] Si veda: Provvedimento correttivo nei confronti di PagoPa sul funzionamento dell'app IO, in G.P.D.P., 19 giugno 2021, doc-web n. 9668051; sull'uso della tecnologia a tutela della salute nel contesto pandemico ovvero sull'arduo bilanciamento tra sicurezza e protezione dei dati in un contesto permeato dalle tecnologie digitali ex plurimis: F. PIZZETTI, Pandemia, Immuni e app di tracciamento tra G.D.P.R. ed evoluzione del ruolo dei Garanti, in www.medialows.eu, 29 giugno 2020; S. SCAGLIARINI, La tutela della privacy e dell'identità personale nel quadro dell'evoluzione tecnologiche in ConsultaOnline, 2021, n. 2, 489-532; V. ZENO ZENCOVICH, I limiti delle discussioni sull' "app" di tracciamento anti-Covid e il futuro della medicina digitale, in www.medialows.eu, 26 maggio 2020; C. BERGONZINI, Non solo privacy. Pandemia, contact tracing e i diritti fondamentali, in www.dirittifondamentali.it, 10 giugno 2020, 704 e ss.; E. LA ROSA, App immuni tra tutela della salute e protezione dei dati personali. Bilanciamento dei valori?, in www.dirittifondamentali.it, 30 dicembre 2020, 584 ss.

ISSN 2036-7821

del ruolo riconosciutogli dalle istituzioni nazionali, tanto che, in questi mesi, ha lamentato, pubblicamente ed in più occasioni, oltre alle numerosi violazioni della disciplina in tema di data protection da parte delle autorità pubbliche, di non essere stato costantemente coinvolto nell'elaborazione di proposte normative o di atti aventi forza di legge, come imposto dal Regolamento (UE) n. 679/2016.[89]

Sembra, dunque, che tra Governo e Garante della privacy sia in atto un vero e proprio "braccio di ferro" che vede, da un lato, l'Autorità di controllo rivendicare con forza il rispetto delle proprie funzioni e, dall'altro, un Esecutivo che tenta di porre un freno al proliferare degli interventi che vengono letti come un ostacolo alla, già di per se complessa, gestione di un emergenza sanitaria e per consentire più facilmente all'amministrazione di bilanciare la riservatezza con altri interessi pubblici, come il buon andamento della pubblica amministrazione o l'efficienza dell'amministrazione della giustizia, ritenuti prevalenti in questo periodo storico, ai fini dell'attuazione del PNRR.

Inoltre, il Governo è voluto intervenire sui poteri ispettivi e consultivi del Garante, abrogando i primi e limitando i secondi. Su questi ultimi, che trovano espressione all'art. 36, par.4, G.D.P.R., l'intervento poteva limitarsi solo ad un loro ridimensionamento, attuato per l'appunto, con l'introduzione di un termine perentorio particolarmente breve per la delibere del Garante relative alle misure disposte in attuazione del PNRR.

Questi interventi, decisamente drastici,[90] non risultano granchè apprezzabili e vanno in una direzione opposta alla tutela dei dati personali che pecca in eccesso non meno di quanto potesse imputarsi al Garante nell'opposta direzione.[91]

---

[89] In tal senso, ad esempio, G. CERRINA FERRONI, Vicepresidente del Garante, la quale ha ribadito l'obbligatorietà della consultazione e dell'Autorità di controllo da parte (anche) del Governo ogni qual volta con la sua azione coinvolga il trattamento dati personali. La Vicepresidente chiarisce, infatti, che "il coinvolgimento dell'Autorità su tutti i provvedimenti normativi che coinvolgono dati personali in via preventiva, cioè nel momento di costruzione della norma, non è un mero "accessorio" ma un obbligo di legge. Lo stabilisce il Regolamento europeo." L. GAROFALO, intervista rilasciata per Key4biz, in G.P.D.P., doc-web 9580828.

[90] Il "Decreto capienze" ha previsto, tra l'altro, all'art. 9, disposizioni in materia di protezione dei dati personali, ed è intervenuto sull'art. 2-ter del Codice privacy con una nuova disposizione, il comma 1-bis, a mente della quale il trattamento dei dati personali da parte di una amministrazione pubblica è sempre consentito se necessario all'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri, a prescindere dall'esistenza di una norma che, di volta in volta, determini l'interesse specifico. Al co. 3 della medesima disposizione, poi, è stata introdotta la possibilità che le P.A. diffondano o comunichino i dati a soggetti che intendono trattarli per altre finalità non più soltanto nell'ipotesi in cui la base giuridica del trattamento sia una legge o un regolamento, ma ogni qualvolta la P.A. lo ritenga necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri. Di particolare rilevanza è stata l'abrogazione dell'art.2-quinquiesdecies del Codice d.l. 8 ottobre 2021, n. 139 in Gazzetta Ufficiale 8 ottobre 2021, n. 241.

[91] A tal proposito, M. BASSINI, Audizione del 2 novembre 2021 presso la prima commissione permanente - Affari costituzionali del Senato della Repubblica, 5, ove lo studioso sostiene che per quanto il cd. "Decreto capienze" apporti novità non confliggenti con la fonte sovranazionale esso comporta un "complessivo indebolimento di una serie di "contrappesi" in www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/fil

ISSN 2036-7821

Emerge, insomma, l'insofferenza del Governo verso il Garante che, con una maggiore frequenza dall'inizio della pandemia, ha rivendicato l'osservanza della disciplina in materia di data protection anche con numerosissimi interventi informali, tra i quali compaiono le faq che, seppure prive di valore giuridico, si impongono nella coscienza collettiva[92], a maggior ragione in un contesto come quello relativo alla protezione dei dati personali che, per la costante innovazione tecnologica, oltre che per esigenze sociali ed economiche, nonché per l'alta specializzazione tecnica necessita di continui strumenti di correzione ed adattamento.

A dimostrazione del valore sempre più cogente riconosciuto alla regole contenute nelle delibere del Garante, si cita una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato che, nell'affermare la mancata violazione della normativa privacy a danno di chi esibiva il green pass rilasciato dopo la vaccinazione, motiva l'assenza della violazione in quanto recepite ed osservate le indicazioni del Garante[93].

Questa pronuncia è particolarmente interessante perché nel negare la riforma del TAR Lazio in tema di obbligo di green pass per il personale docente, i giudici del Palazzo Spada hanno sostenuto che le censure alle ipotizzate violazioni in materia di data protection, a danno di chi esibiva il certificato verde rilasciato dopo la vaccinazione, erano contraddette dalle indicazioni del Garante in proposito.

Non della legge, dunque, ma del Garante.

Per concludere, quindi, un ruolo sempre più attivo dell'Autority, che si è avvalsa anche della legittimazione in qualche modo derivante dall'interpretazione che anche i colleghi europei hanno dato del ruolo e delle funzioni delle Autorità garanti nazionali nel periodo pandemico.

Ebbene, se questa "lettura" flessibile del ruolo dell'Autority è stata apprezzata del primo periodo emergenziale, si è rilevata un boomerang per la stessa Autorità di controllo perché i decisori politici hanno sentito l'esigenza di ricollocare il Garante nel quadro istituzionale, rischiando, però, di far retrocedere il diritto alla riservatezza rispetto ad altri diritti costituzionalmente protetti.

Concludendo, si può tranquillamente affermare che G.D.P.R., Codice privacy, regole deontologiche, linee guida europee e nazionali, sono solo alcuni esempi di come oggi

---

es/000/421/753/Prof._Marco_BASSINI.pdf. In merito all'abrogazione dell'art.2-quinquiesdecies del Codice, l'Autority, anch'essa consultata in occasione della conversione in legge del cd. "Decreto capienze" ha affermato che "l'efficacia semplificativa dell'abrogazione è……. dubbia, nella misura in cui incide sull'obbligo di consultazione preventiva in caso di trattamenti a rischio elevato ma, anzi, impone valutazioni individualizzati anche dove esse potrebbero essere condotte su modelli tipo o, comunque, con provvedimenti ad efficacia generale", in www.senato.it/applicationapplication/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/421/675/Garante_per_la_protezione_dei_dati_personali.pdf.4.

[92] Nonostante queste ultime non siano fonti del diritto, hanno acquisito un implicito valore "giuridico" per l'affidamento che su di esso fanno i cittadini. Sul valore delle faq si veda la pronuncia del Cons. di Stato, Sez.I, 16 giugno 2021, n.01275, 8 e ss., in https://dejure.it.

[93] 93 Cons. di Stato Sez.III, decreto presidenziale, 30 ottobre 2021, n.5950, in www.quotidianogiuridico.it.

ISSN 2036-7821

l'ambito della ricerca scientifica sia regolamentato in modo stratificato, poco chiaro, da un corpo normativo che, su alcuni punti, a volte pare contraddirsi.
Tale complessità si ripercuote, spesso, direttamente sulle strutture sanitarie e sui ricercatori che faticano in questo labirinto di norme.
Tanto il legislatore, quanto il Garante italiano, sembrano far fatica ad abbandonare quell'approccio conservatore che vede il consenso come "base di liceità" e presupposto principale per lo svolgimento di attività di ricerca.
Possiamo dire, però, che G.D.P.R. e la normativa, anche nazionale, intervenuta successivamente, hanno consegnato nelle mani del Titolare del trattamento nuovi strumenti per osservare, studiare e costruire un sistema di gestione dei dati personali che consenta il conseguimento di qualsiasi finalità, purché in modo lecito, legittimo, sicuro e dimostrabile.
Non c'è dubbio che applicare in modo audace il principio di accountability potrebbe esporre il Titolare del trattamento a rischi interpretativi e, di conseguenza, sanzionatori; ma, l'anno 2022 si è aperto con un contributo fondamentale, "le linee guida sul diritto di accesso ai dati personali dell'E.D.P.B.", che chiariscono una serie di problematiche ricorrenti e forniscono indicazioni pratiche.
Sono trattati temi come: i limiti della portata del diritto d'accesso, il tipo d'informazioni che un Titolare del trattamento ha l'obbligo di fornire all'interessato, le modalità del diritto d'accesso e fornitura dello stesso.
Le linee guida dei Garanti europei sono state eleborate nella piena consapevolezza della centralità che i dati (e dunque non solo i dati personali) hanno nella società digitale e di quanto importante sia il possesso dei dati stessi. Ecco perché si tratta di un documento di estrema importanza.[94]
Le "linee guida", sopra citate, costituiscono un documento organico dedicato al diritto d'accesso mai prima predisposto, neppure dall'ex Gruppo di lavoro "art. 29".[95]
La vera costante nel testo dell'E.D.P.B. e la valorizzazione di un favor per l'interessato e il rifiuto di frapporre ostacoli capziosi al pieno esercizio di un diritto chiaramente essenziale.
Inoltre, le linee guida rendono consigliabile una revisione delle procedure in essere presso i Titolari del trattamento.
A conclusione di questo paragrafo, mi sembra doveroso menzionare la Relazione Annuale, presentata il 7 luglio 2022 al Senato, dal Garante della privacy.[96]

[94] 94 F. PIZZETTI, Le linee guida E.D.P.B. uno snodo cruciale. Ecco perché, in www.agendadigitale.eu, 7 febbraio 2022.

[95] 95 Il Gruppo di lavoro "art.29" (art.29 wp) era il gruppo di lavoro europeo indipendente, che fino al 25 maggio 2018 (entrata in vigore del G.D.P.R.) aveva lo scopo di occuparsi di questioni relative alla protezione della vita privata e dei dati personali, in https://edpb.europa.eu.

[96] 96 G.P.D.P., Il Garante privacy presenta la Relazione Annuale. Il 7 luglio al Senato. Il bilancio dell'attività 2021 e le prospettive future, in G.P.D.P., 5 luglio 2022, doc-web 9785113. Autorità Garante per la protezione dei dati personali composta da: Pasquale Stanzione, Ginevra Cerrina Feroni, Agostino Ghiglia, Guido Scorza.

ISSN 2036-7821

La Relazione è stata esposta dal Presidente, prof. Pasquale Stanzione, che ha illustrato i punti salienti dell'attività svolta dal Garante in un anno particolarmente significativo come quello in cui l'Autority celebra i suoi 25 anni.
"La varietà dei contesti in cui il contributo del Garante viene richiesto, fa capire come le Istituzioni stanno guardando ad un'innovazione inclusiva ed antropocentrica. Si pensi alla disciplina del green pass che, grazie all'intervento dell'Autorità, ha consentito di delineare un equilibrio ragionevole tra sanità pubblica e riservatezza…la protezione dei dati svolge, quindi, un ruolo baricentrico, imprimendo un indirizzo al Paese, grazie ad un costante dialogo tra l'Autorità e la Istituzioni.

9. Considerazioni Finali.
Il nostro ordinamento prevede norme che coordinate tra loro compongono un sistema di protezione della persona umana.
I principi fondamentali a cui s'ispira tale sistema sono contenuti nella nostra Costituzione (artt. 2 e 3, co. 2).
In tale sistema di protezione s'inserisce, l'art. 32 Cost. che tutela la salute come "fondamentale diritto dell'individuo" oltre che come "interesse della collettività" ed anche l'art. 36 Cost. che sancisce il diritto del lavoratore e della sua famiglia ad "un'esistenza libera e dignitosa".
L'interesse fondato sull'art. 32 Cost. attiene al diritto alla salute, inteso come diritto del cittadino a vedersi tutelato non solo mediante la "cura" ma anche attraverso l'obbligo dello Stato di attuare misure idonee preventive.
Con l'istituzione del servizio sanitario nazionale (legge 23 dicembre 1978, n. 833) è stato proclamato l'inscindibile collegamento tra tutela della salute ed il rispetto della dignità (art. 1, cc. 1 e 2).
In un processo evolutivo il cittadino, abbandonato il ruolo di suddito , di amministrato , diventa attore sociale. La persona viene posta al vertice, prima di tutto.
L'idea sottesa dei padri costituenti era quella di costruire le fondamenta dello Stato partendo dalla persona, non vedendo nella persona lo strumento dello Stato.
L'individuo viene in considerazione attraverso i suoi molteplici status e ai tradizionali valori di legalità, imparzialità, buon andamento, s'aggiungono altri principi e valori dell'agire amministrativo quali l'economicità, l'efficienza, la semplificazione delle procedure, la trasparenza.
"Essa è insieme una qualità intrinseca dell'agire amministrativo e parte integrante del principio costituzionale fondamentale della buona amministrazione, ma anche un

ISSN 2036-7821

valore essenziale per la realizzazione della vita democratica e uno strumento della democrazia stessa".[97]

Consente, altresì, la circolazione delle informazioni sia all'interno del sistema amministrativo , sia fra quest'ultimo ed il mondo esterno, e "dovrebbe essere diretta non tanto a consentire ai cittadini di poter osservare dal di fuori ciò che accade nella casa di vetro, ma a garantire una maggiore consapevolezza dei cittadini al fine di partecipare all'elaborazione delle politiche pubbliche e degli stessi obbiettivi dell'azione pubblica in generale: strumento di democrazia partecipativa, dunque, è non mera occasione di accesso a dati".[98]

Sul versante opposto c'è la privacy di cui, soprattutto negli ultimi mesi tanto si dice e si sente.

La nozione di privacy facendosi carico di molteplici aspetti della vita delle persone e del loro agire, veicola la caratterizzazione tipica e principale delle società liberali.

Nella lingua italiana la privacy s'identifica con la riservatezza contemplabile tra diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. , che è il fondamento del diritto alla riservatezza che assicura alla persona un habitat nel quale si sviluppa la sua personalità che si configura come un potere di regolare l'accesso alla propria sfera d'intimità, ma fa riferimento anche al controllo sulle informazioni che riguardano la nostra persona, in tutte le sue espressioni: fisiche, affettive, morali, di opinione, patrimoniali.

La privacy, secondo l'accezione attuale , non è più da individuare nella libertà ad "essere lasciati soli", ma quale diritto delle persone fisiche alla protezione dei dati e, dunque, anzitutto, ad un trattamento corretto, lecito, trasparente nel rispetto delle prescrizioni della normativa europea di cui al G.D.P.R. e della normativa nazionale che ha fatto seguito al Regolamento.

Ed ora, anche, alle linee guida E.D.P.B. sull'accesso ai dati.

Le norme appena citate sono di fondamentale importanza per la P.A. perché rappresentano una valvola di sfogo, idonea a dirimere, a chiare lettere, eventuali conflitti tra interessi contrapposti, ma al contempo meritevoli di tutela.

Va, inoltre, tenuto in debito conto l'apporto fornito dalle pronunce giurisprudenziali, considerato l'indiscutibile ruolo poietico dei giudici, posto che il diritto non è solo quello positivo, quello scritto dal legislatore di turno.

E' opportuno rammentare, infine, il punto di vista del Garante per la privacy italiano, il quale non ha esitato a rimarcare, in tante occasioni, l'importanza della vita privata e della dignità delle persone interessate, imponendo di tenere sempre in debito conto i rischi che ad esse potrebbero essere cagionati dal rafforzamento dell'obbligo di

[97] Così, G. TERRACCIANO, in Amministrativ@mente, art. cit., p. 4.
[98] G. TERRACCIANO, in Amministrativ@mente, art. cit., p. 5.

ISSN 2036-7821

pubblicazione, ormai sempre più ampio, in ambito pubblico: "sì all'informazione scientifica ma attenzione alla privacy dei pazienti".[99]

E' necessario prestare particolare attenzione a pubblicazioni o divulgazioni scientifiche di studi clinici, accertandosi che il paziente sia stato preventivamente informato, abbia dato il suo consenso e che i suoi dati siano stati opportunamente anonimizzati.

Ancora, mi piace sottolineare che proprio nel giorno del terzo compleanno del G.D.P.R., la Cassazione[100], applicando la disciplina previgente all'entrata in vigore del G.D.P.R., ha indicato come principio centrale delle nuove regole europee in materia di dati personali, che il consenso, che si chiede ad una persona, a trattare i propri dati perché siano consegnati ad un algoritmo, non è valido se la persona non è adeguatamente informata sulle logiche alla base dell'algoritmo.

I giudici della Cassazione, nell'accogliere il ricorso del Garante della privacy, hanno stabilito che non si può dire di si al trattamento dei dati personali attraverso un algoritmo del quale il Titolare del trattamento non abbia preventivamente informato gli interessati sulle logiche e dinamiche del funzionamento.

La disciplina sulla protezione dei dati personali sembra rappresentare, oggi, il presidio più prezioso nel governo dell'intelligenza artificiale che, di fatto, applica il metodo G.D.P.R. sottolineandone la modernità e la centralità nel governo futuro , in una società di algoritmi.

Un'ottima base di partenza per l'applicazione di intelligenza artificiale in arrivo.

La giurisprudenza amministrativa, in tante pronunce, ha precisato che il diritto alla riservatezza recede di fronte al diritto d'accesso, qualora quest'ultimo sia esercitato per la tutela di interessi giuridici del richiedente.

Una volta "usciti dal segreto" quattro sono i passaggi fondamentali in cui si concretizza la trasparenza amministrativa: conoscenza, conoscibilità, comprensione e controllo.

"Se si vuole che i cittadini possano esercitare la propria sovranità anche nei confronti dell'amministrazione si tratta allora di affermare il diritto a comprendere, non solo a conoscere.

Il diritto a conoscere, ossia ad essere informati, è oramai riconosciuto sotto forma di affermazione generalizzata del principio dell'azione amministrativa".

Si tratta della condizione di coloro che vogliono conoscere la verità, affinchè l'uomo stesso non rimanga segregato nell'oscurità perché prigioniero di una caverna, rinchiuso ed incatenato nel mondo delle ombre e delle apparenze, ma possa "vedere

[99] G.D.P.B., Newsletter 19 maggio 2021, Garante, si all'informazione scientifica ma attenzione alla privacy dei pazienti – Garante: i dati dei beneficiari vanno protetti – Lavoro: informazioni corrette ai dipendenti sui sistemi aziendali in uso, in www.garanteprivacy.it ,19 maggio 2021.

[100] Corte di Cassazione, Sez. Un., 27 maggio 2021, n.14381, Cessazione e trasparenza dell'algoritmo, in https://privacyitaliana.com, 27 maggio 2021.

ISSN 2036-7821

la luce" e perciò procedere alla scoperta della realtà delle cose che lo circondano: -Come no?-. Alla fine, credo, potrà osservare e contemplare qual' è veramente il sole, non la sua immagine nelle acque o su altra superficie, ma il sole in se stesso, nella ragione che gli è propria ……..[101]

Il viaggio per approdare alla "casa di vetro", ha preso le mosse dal mito platonico della caverna che impedisce al suo ingresso di vedere e conoscere. Ci si deve fermare dietro un muro attraverso il quale è possibile scorgere gli oggetti, ma non coloro che li trasportano che restano invisibili agli occhi degli abitanti della caverna.

Gli uomini conosceranno soltanto immagini e ombre che sono solo un pallido simulacro della realtà vera. Così Platone nella "Repubblica".

Con Aristotele arriviamo ad una evoluzione ardita del livello di partecipazione del singolo alla vita comunitaria, attraverso una buona organizzazione politica che permetta a ciascuno di essere parte di un collettivo, così da creare le basi per una sana felicità pubblica.

L'uomo è un'anima sociale che vive e si integra in una comunità associata. Difatti, per lo Stagirita: " l'uomo è quindi un essere socievole molto più di un ape e di ogni capo d'armento. Poiché la natura, come diciamo, non fa niente senza scopo e l'uomo, solo fra gli animali, ha la parola: la voce indica quel che è doloroso e gioioso e pertanto l'hanno anche gli altri animali….. ma la parola è fatta per esprimere ciò che è giovevole e ciò che è nocivo e, di conseguenza, il giusto e l'ingiusto: questo è, infatti, proprio dell'uomo rispetto agli altri animali, di avere, egli solo, la percezione del bene e del male, del giusto e degli altri valori: il possesso comune di questi costituisce la famiglia e la polis……..

Per natura, è in tutti la spinta per siffatta comunità, e chi, per primo, la costituì fu causa di grandissimi beni".

Così Aristotele nella "Politica".[102]

Lo sviluppo del pensiero e della ricerca ermeneutica e politica rinvigorisce e dà sostanza a questa concezione, dandole nuova linfa sociale: nel corso dei secoli, infatti, passando in rassegna la filosofia politica stoica e quella più moderna e rinascimentale, acquista sempre più il peso del singolo che, dotato di ragione e di voglia di partecipare alla costruzione e buona organizzazione della polis, chiede ai pubblici poteri la concretizzazione visibile del bene pubblico.

Dando fondamento alla matrice illuministica, Kant dice: "sapere aude!, abbi coraggio di servirti della tua propria intelligenza".[103]

E' in questo saggio che Kant afferma che "l'illuminismo consiste nell'uscita dell'uomo dallo stato di minorità che egli deve imputare a se stesso e che alla base

[101] PLATONE, La Repubblica, in G. PRETEROSSI, Potere, 2007 p. 9 e ss.

[102] ARISTOTELE, Politica, I, 1253 in www.filosofico.net.

[103] I. KANT, Sapere aude. Che cos'è l'illuminismo, pubblicato sul Berlinishe Monatsschrift,1784, in https://disf.org., P. MARTINETTI, Antologia kantiana, Paravia, Torino, 1944, pagg. 212-214.

ISSN 2036-7821

dell'illuminismo sta la più semplice di tutte le libertà, la libertà di fare uso pubblico della propria ragione. "Il pubblico uso della ragione deve essere libero, ed esso solo può attuare l'illuminismo tra gli uomini".
Conducendo alle logiche conseguenze di questa affermazione, si scopre che vengono a cadere i divieti tradizionali posti a garanzia degli arcana imperi. Per l'uomo uscito di minorità, il potere non ha, non deve più avere segreti. Perché l'uomo diventato maggiorenne possa far uso della propria ragione è necessario che egli abbia una conoscenza piena degli affari di Stato.
Perché egli possa avere una piena conoscenza degli affari di Stato è necessario che il potere agisca in pubblico.
Spetta a Kant, dunque, il merito di aver posto con la massima chiarezza il problema della pubblicità del potere e di averne dato una giustificazione etica.
Affinchè questo principio della pubblicità possa essere non solo del filosofo ma attuato dal politico, occorre, che il potere pubblico sia controllabile.
A tal proposito mi piace, infine, citare Norberto Bobbio che diceva: "è essenziale che tutte le decisioni e più in generale gli atti dei governanti devono essere noti al popolo sovrano".[104] Per altro l'opzione di rendere edotto il popolo delle decisioni prese da coloro che sono al governo "è stato sempre considerato uno dei cardini del regime democratico".[105]
In altri termini, la pubblicità degli atti del potere rappresentava materia essenziale per distinguere lo Stato costituzionale dallo Stato assoluto.[106]
Prendendo spunto dalle parole di Norberto Bobbio "la democrazia consiste nell'esercizio del potere pubblico in pubblico", se ne deduce che la trasparenza amministrativa è un principio essenziale applicato all'amministrazione.
Tuttavia, chiedere che un'amministrazione sia "trasparente" è qualitativamente diverso dal chiedere che l'esercizio del potere amministrativo avvenga, in quanto potere pubblico in pubblico.
In realtà, quando si dice che l'amministrazione deve essere trasparente si dice qualcosa di più che non semplicemente che devono essere pubbliche le informazioni che essa detiene. La pubblicità è fondamentale ma è solo il passaggio intermedio per uscire dal segreto ed arrivare alla trasparenza. Il segreto è infatti non conoscibilità, non conoscenza e non comprensione. La pubblicità è conoscibilità ma non necessariamente conoscenza. La trasparenza è insieme conoscenza e comprensione.
Pertanto, assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa vuol dire assicurare la conoscenza reale, vera di tale attività, quella che consente la comprensione e di conseguenza anche il controllo.

[104] N. BOBBIO, La democrazia e il potere invisibile, in Riv. It. di scienza pol., Bologna, 2, 1980, 182, 183.
[105] ibidem
[106] ibidem

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Transizione energetica, paesaggio e ambiente, tra competenze statali e regionali. Considerazioni a margine della sentenza del Consiglio di Stato n. 2464/2022.

di Federica Laura Maggio

(Specializzata in diritto Civile, alla SSDC dell'Università di Camerino, Dottoranda di ricerca in Civil law and Constitutional legality, SAS, Università di Camerino)

Sommario

1. La *quaestio facti* e i punti di diritto della vicenda. – 2. Delineazione del concetto di paesaggio, disciplina, inferenze e differenze rispetto al bene ambiente. – 3. Ricognizione della normativa vigente al tempo della vicenda, in tema di impianti di produzione da FER. – 3.1. La normativa della Regione Sardegna sugli impianti eolici oggetto del giudizio. – 4. La decisione del Consiglio di Stato: bilanciamento, tra tutela del paesaggio e implementazione della produzione di energia da FER. - 5. …e se la decisione fosse stata assunta sotto la vigenza della nuova normativa sulle energie rinnovabili, cosa sarebbe cambiato?

Abstract

The comment on sentence Consiglio di Stato n. 2464/2022, offers the opportunity to discuss some issues related to the energy transition. The article addresses the the concept of landscape and its facets in terms of protection as a constitutionally protected interest, with other values of equal rank, like environment or urban planning. The division of State-Regions competences, and, in particular, of the Regions with special statute, in these matters, is then analyzed.

** Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. La quaestio facti e i punti di diritto della vicenda.

La sentenza in commento trae origine da una lineare vicenda di fatto: una società specializzata nella realizzazione e gestione di impianti per la produzione di energia elettrica da fonte eolica presenta, alla Regione Sardegna, nel 2014, un'istanza volta alla valutazione d'impatto ambientale relativamente ad un progetto per la realizzazione di un impianto eolico composto da 9 aerogeneratori. La Regione Sardegna esprime il giudizio negativo di compatibilità ambientale, eccependo che le zone individuate per la realizzazione dell'impianto eolico in questione siano ricche di monumenti e di aree archeologiche e contemplino anche la presenza di due aree dichiarate di notevole interesse culturale, un complesso architettonico nuragico e una necropoli con ipogei nuragici. Il progetto di impianto eolico, qualora realizzato, avrebbe avuto, secondo l'autorità amministrativa, una forte incidenza innanzitutto con i beni architettonici tutelati o vincolati presenti nell'area, ma altresì con il contesto architettonico dell'abitato storico del paese più prossimo (Florinas), oltre ad avere, in generale, effetti negativi sul contesto paesaggistico, che presenta aspetti di notevole interesse.

La società, quindi, davanti ai giudici deduce *in primis* la violazione del principio di proporzionalità e di ragionevolezza, in quanto il giudizio negativo di v.i.a. contrasterebbe con il *favor* manifestato dal legislatore nazionale per la realizzazione degli impianti di energia rinnovabile (in recepimento della direttiva 2001/77/CE). Ad essere viziate sarebbero anche la legge regionale della Sardegna (l. n. 8/2015) e la delibera regionale di individuazione di aree non idonee all'allocazione di parchi eolici, entrambe poste a presupposto dell'atto impugnato, le quali si porrebbero in contrasto con i principi già espressi, con riguardo alla individuazione delle aree ove realizzare gli impianti, dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 224 del 2012, con la quale è stata censurata la cosiddetta "moratoria eolica".

Gli atti normativi e amministrativi si porrebbero, infine, in contrasto con diverse norme e relativi principi costituzionali, tra cui il riparto di competenze in materia di energia, ambiente e paesaggio, stabilito dall'art. 117, la libera iniziativa economica ex art. 41 e, infine, il principio, di derivazione eurounitaria della massima diffusione degli impianti di energia da fonte rinnovabile.

La pronuncia scaturita dalla vicenda è di particolare interessante poiché tratta diverse tematiche nodali: delinea il concetto di paesaggio e ne chiarisce alcune sfaccettature in termini di tutela e di bilanciamento, quale interesse costituzionalmente protetto, con altri valori di pari rango; analizza questioni inerenti il riparto di competenze Stato-Regioni, e, in special modo, delle Regioni a statuto speciale, in materia di energia, ambiente e pianificazione urbanistica; infine, pronuncia in materia di produzione di energia da fonti rinnovabili. Di vivo interesse è, infine, anche la possibilità di confronto diacronico tra discipline, consentita dalla

ISSN 2036-7821

circostanza per la quale la sentenza è intervenuta, sulla vicenda, secondo il principio del *tempus regit actum*, in un momento storico in cui la normativa posta a base della decisione è ormai abrogata, per effetto del recepimento della Direttiva Red II.[1] Il Consiglio di Stato coglie quindi l'occasione di suggerire, implicitamente, che sotto la vigenza del nuovo quadro regolatorio della materia, la decisione avrebbe potuto, forse, avere un altro esito.
L'analisi della pronuncia che ci si appresta a condurre si focalizzerà in particolare sulla tematica energetica, alla luce della quale saranno vagliate, in funzione strumentale, anche le altre sopra citate.

2. Delineazione del concetto di paesaggio, disciplina, inferenze e differenze rispetto al bene ambiente.
Appare opportuno muovere dapprima dall'analisi del concetto di paesaggio[2], evidenziando fin da subito, che si tratta di un interesse-valore che ha subito nel tempo una profonda evoluzione, il cui ultimo passaggio è consistito nella modifica degli artt. 9 e 41 della Costituzione[3].
Tuttavia, prima di giungere ai moderni approdi, la nozione di paesaggio è nettamente mutata nel corso del tempo rispetto al proprio significato originario.
La tesi più risalente, cosiddetta della "cristallizzazione o pietrificazione"[4], scolpiva il paesaggio con le bellezze naturalistiche, tanto esteticamente apprezzabili da giustificare l'esistenza di un interesse pubblico alla loro protezione e tutela. La tesi, accolta dalla l. n. 1497 del 1939[5], icasticamente denominata legge sulla "Protezione delle bellezze naturali", ritrovava figurativamente la nozione - invero assai poco giuridica - di paesaggio in "ciò che è bello da vedere", un sinonimo, con accezione puramente estetica, di panorama, veduta, vista.
Tale concezione veniva, in passato, applicata anche alla lettura dell'art. 9 della Costituzione[6], così come è confermato dalle pronunce della Corte Costituzionale[7],

[1] Direttiva (UE) 2018/2001
[2] G. D. COMPORTI, voce "*Piani Paesaggistici*" in Enciclopedia del diritto, Annali V, 2012, Milano
[3] R. FATTIBENE, *L'evoluzione del concetto di paesaggio tra norme e giurisprudenza costituzionale: dalla cristallizzazione all'identità*, in F. DEL PIZZO, P. GIUSTINIANI, *Biosfera, acqua, bellezza*, Mimesis Edizioni, 2016, p. 51-74; G. SEVERINI, *L'evoluzione storica del concetto giuridico di paesaggio*, in G. MORBIDELLI, M. MORISI, a cura di, *Il "paesaggio" di Alberto Predieri*, Firenze 2019
[4] G. VIVOLI, *Prime riflessioni sulla tutela del paesaggio alla luce del nuovo Codice dei beni culturali e sul paesaggio (D.Lgs. n. 42/2004)*, in *AmbienteDiritto.it*, 2004, *www.ambientediritto.it*
[5] Art. 1, l. n. 1497/1939: «*Sono soggette alla presente legge a causa del loro notevole interesse pubblico: 1. le cose immobili che hanno cospicui caratteri di bellezza naturale o di singolarità geologica; 2. le ville, i giardini e i parchi che, non contemplati dalle leggi per la tutela delle cose d'interesse artistico o storico, si distinguono per la loro non comune bellezza; 3. i complessi di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale; 4. le bellezze panoramiche considerate come quadri naturali e così pure quei punti di vista o di belvedere, accessibili al pubblico, dai quali si goda lo spettacolo di quelle bellezze*».
[6] Per una ricognizione della teoria si rimanda a: F. MERUSI, *Commentario all'art. 9 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1975, in part., 434; A. CROSETTI, *Paesaggio*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV,

ISSN 2036-7821

succedutesi fino agli anni '80, tra cui, esemplificativa, la n. 106 del 1976, in cui la nozione di paesaggio veniva circoscritta ai "*valori paesaggistici*" e ai "*quadri naturali che essi realizzano*".

È a partire dagli anni '80 che dottrina e giurisprudenza propongono una nozione di paesaggio differente, definita "dinamica", quale "*forma del Paese*" che viene "*creata dall'azione cosciente e sistematica della comunità umana che vi è insediata, in modo intensivo o estensivo, nelle città o nella campagna, che agisce sul suolo, che produce segni della sua cultura*"[8].

Si tratta di una visione che, pur conservando parzialmente l'aspetto della percezione visiva del territorio, urbano o campestre, vi associa la componente dell'antropizzazione dello stesso assegnando così alla nozione di paesaggio un'accezione quasi antropologica, che comprende il complesso delle manifestazioni della vita materiale e sociale della comunità, in relazione al territorio e alle condizioni ambientali.

Il paesaggio è dunque quanto risulta dall'associazione dello spazio alle attività umane, ovvero un "*valore estetico-culturale secondo scansioni diverse, perché legate a scelte di civiltà di più ampio respiro.*"[9]

E poiché dinamica è la nozione di paesaggio, la stessa sua tutela "*non può venire realisticamente concepita in termini statici, di assoluta immodificabilità dei valori paesaggistici registrati in un momento dato, ma deve, invece, attuarsi dinamicamente e cioè tenendo conto delle esigenze poste dallo sviluppo socio-economico del paese per quanto la soddisfazione di esse può incidere sul territorio e sull'ambiente*"[10].

È in tale contesto ermeneutico che viene promulgata la l. 8 agosto 1985, n. 431 recante "Disposizioni urgenti per la tutela delle zone di particolare interesse ambientale", nota come "legge Galasso"[11], creando una svolta normativa definitiva nella materia.

Torino, 2008, 542; G. SEVERINI, *Commento all'art. 9 della Costituzione*, in *Codice di edilizia e urbanistica*, a cura di Battini, Casini, Vesperini, Vitale, Torino, 2013, p. 30; R. ROLLI, D. SICLARI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Roma, 2015; ID., (a cura di), *Management e valorizzazione del patrimonio culturale locale. Dimensione assiologica, giuridica e relazionale*, Milano 2012; L.R. PERFETTI, *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio*, in *Diritto al paesaggio e diritto del paesaggio*, a cura di W. Cortese, Napoli, 2008; G F. CARTEI, *Il paesaggio*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Parte speciale, tomo II, Milano, 2003, 2113; A. M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, 1967, II, 69 ed in *Id., Scritti giuridici*, II, Napoli, 1990, in part., 292; M. IMMORDINO, *Paesaggio* (tutela del), in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 572; C. BARBATI, *Il paesaggio come realtà etico-culturale*, in *Diritto al paesaggio e diritto del paesaggio, cit.*, 31.

[7] Si vedano le sentenze: n. 65 del 1959; n. 56 del 1968; n. 141 del 1982, n. 239 del 1982.

[8] A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Id., Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969, 3

[9] Corte Costituzionale n. 359 del 1985.

[10] Corte Costituzionale n. 94 del 1985.

[11] Sulla legge Galasso, cfr., *ex multis*, L. BERTOLINI, *Dal decreto Galasso alla l. 8 agosto 1985 n. 431: una normativa organica di tutela delle bellezze naturali ad integrazione della legge n. 1497 del 1939*, in *Giur. merito*, n. 6/1985, 1205 ss., M. LIBERTINI, *Tendenze innovative in tema di tutela del paesaggio: le vicende del "decreto Galasso"*, in *Il Foro it.*, n. 7-8/1985, 209 ss., G. TORREGROSSA, *La tutela del paesaggio nella l. 8 agosto 1985, n. 431 (c.d. legge Galasso)*, in *Riv. giur.*

ISSN 2036-7821

Come è agevole intuire già dalla rubrica, il provvedimento legislativo testimonia l'abbandono del solo aspetto visivo o estetico-culturale nella definizione del concetto di paesaggio e la mutata consapevolezza che lo stesso, e le forme della sua tutela, dovessero essere considerati necessariamente in corrispondenza con la materia ambientale.

In un processo di progressivo affrancamento dal mero riconoscimento del valore estetico dei contesti territoriali, la legge Galasso indica infatti, in quanto sottoposti a tutela, alcune categorie di beni, in virtù della loro appartenenza a specifiche categorie (ad esempio: boschi, fiumi, laghi), indipendentemente da un giudizio sul loro pregio estetico e in connessione, invece, con la loro essenza naturalistica.

In questa nuova prospettiva, pur non identificandosi del tutto con l'ambiente, il paesaggio si collega a questo come "parte rispetto al tutto"[12] e come possibile area di interrelazione: uno stesso spazio/contesto può contemporaneamente essere oggetto di tutela ambientale e di vincolo paesaggistico.[13]

Il percorso di allontanamento rispetto al criterio di individuazione del paesaggio fondato su ciò che concerne il sentimento del bello[14], ha consentito la graduale oggettivizzazione della sua definizione e valutazione, di fatto abbassando la soglia di discrezionalità, e dunque di incertezza regolatoria, insita nel giudizio estetico che invece è naturalmente legato alla soggettività dell'osservatore. Allo stesso tempo, si è consolidata la tendenza ad associarne la nozione a elementi naturalistici ed anche antropologici[15]. A ciò ha senz'altro contribuito anche la Convenzione Europea del Paesaggio[16] - ratificata dall'Italia con la legge 14 del 9 gennaio 2006 - che infatti definisce "paesaggio" "*una determinata parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni*".

A seguito del recepimento della Convenzione, l'art. 131 del Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio[17], (attualmente vigente[18] e applicabile *ratione temporis* alla vicenda contenziosa definita con la che ci si accinge a commentare) dispone oggi che "*Per paesaggio si intende il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di*

---

edil., n. 1/1986, 3 ss., F. NOVARESE, *Dal decreto Galasso alla legge 8 agosto 1985 n. 431. Breve storia di un'importante svolta in materia ambientale*, in *Riv. giur. edil.*, n. 4-5/1986, 209 ss.

[12] B. CARAVITA, A. Morrone, *L'ambiente e i suoi confini*, in B. Caravita, L. Casetti, A. Morrone, *Diritto dell'ambiente*, Milano 2016, 43

[13] V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, 1323

[14] P. D'ANGELO, *Dalla legge del 1922 al Codice dei Beni Culturali: i presupposti estetici della tutela del paesaggio*, in D. Goldoni M. Rispoli R. Troncon, *Estetica e management dei beni culturali*, Bolzano, Il Brennero, 2006

[15] G. L. CONTI, *Dal Paesaggio di Predieri ai paesaggi della Convenzione di Firenze*, in Costituzionalismo.it 3/2010

[16] Trattato internazionale - promosso dal Consiglio d'Europa e ufficialmente sottoscritto a Firenze, il 20 ottobre 2000 - che promuove la protezione, gestione e pianificazione del paesaggio e promuove la cooperazione internazionale sulle politiche di paesaggio.

[17] M.A. SANDULLI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, 2019, Milano

[18] Modificato dal D.lgs del 24 marzo 2006 n. 157 e dal D.lgs del 26 marzo 2008, n. 63.

ISSN 2036-7821

fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni." Il medesimo articolo è chiarificatorio anche quanto alle caratteristiche del paesaggio che sono fatte oggetto di tutela, ossia "*quegli aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali.*"

Il vincolo tra tutela del paesaggio e tutela dell'ambiente è stato rinforzato anche dalle vicende legate alla riforma costituzionale del 2001[19], che hanno rappresentato un "gioco di vuoti e pieni" normativi e di richiami giurisprudenziali ad opera della Corte Costituzionale: l'art. 117 Cost., così come novellato, al secondo comma, lettera s) annovera l'ambiente[20], l'ecosistema ed i beni culturali, ma non prevede testualmente il paesaggio tra le materie di competenza statale esclusiva. Allo stesso modo il paesaggio non è, formalmente, incluso nemmeno tra le materie di competenza concorrente (art. 117, c. 3), che contemplano, invece, il governo del territorio[21] e la valorizzazione dei beni culturali e ambientali. Il legislatore costituzionale nel 2001 immette in Costituzione il bene ambiente[22] - prima testualmente escluso, benché comunque ricevesse tutela costituzionale in quanto ritenuto immanente al concetto di paesaggio e dunque collocato tra i principi fondamentali ex art. 9 Cost.[23] - ma esclude il paesaggio dall'elenco di materie di cui regola la competenza.

È la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 367 del 2007, a chiudere definitivamente il cerchio e a tradurre il silenzio del legislatore in una scelta netta tra le possibili alternative ermeneutiche dei rapporti tra paesaggio e ambiente: l'"oggetto" tutelato dall'art. 9 Cost., il paesaggio, "*non è il concetto astratto delle bellezze naturali*", bensì "*l'insieme delle cose, beni materiali, o le loro composizioni, che presentano valore paesaggistico*", ovvero "*innanzitutto, la morfologia del territorio*» e ciò che "*riguarda (…) l'ambiente nel suo aspetto visivo*".

Ambiente e paesaggio sono quindi due facce della stessa medaglia, ovvero lo stesso bene considerato ora da un punto di vista fisico-naturalistico e ora da un punto di

---

[19] P. MADDALENA, *L'interpretazione dell'art. 117 e dell'art. 118 della Costituzione secondo la recente giurisprudenza costituzionale in tema di tutela e di fruizione dell'ambiente,* in federalismi.it n. 9/2010; P.MADDALENA, *La nuova giustizia costituzionale in tema di tutela dell'ambiente*, in *Ambiente e Sviluppo* 1/2012, pp. 5-13

[20] A. VUOLO, *L'ambiente e il problematico assetto delle competenze tra Stato e Regioni*, in Nomos 3-2021

[21] A. CARMINATI, *La Corte applica il principio di leale collaborazione in materia di pianificazione paesaggistica a favore dello Stato, ma la via consensuale produce impasse e squilibri - Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 240 del 22 ottobre 2020,* in www.giurcost.org/decisioni/2020/0240s-20.html.

[22] M. CECCHETTI, ***Riforma del Titolo V della Costituzione e sistema delle fonti: problemi e prospettive nella materia "Tutela dell'ambiente e dell'ecosistema"***, in ***www.federalismi.it***

[23] D. D'AMICO, *L'evoluzione del concetto di paesaggio tra legislazione e giurisprudenza costituzionale,* in *Ratio Iuris,* Febbraio 2018, su *https://www.ratioiuris.it/levoluzione-del-concetto-paesaggio-legislazione-giurisprudenza-costituzionale/#_ftn24;* P. CARPENTIERI, *La tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione nell'art. 9 della Costituzione,* in *Rivista della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze*, n. 4/2005, 221 ss; N. CAPONE, *Diritti, Stato e Territorio tra primo e secondo Novecento. I contributi di Santi Romano e Tomaso Perassi e la svolta costituzionale di Alberto Predieri*, in *Politica del diritto*, n. 1/2021, Bologna 2021

ISSN 2036-7821

vista percettivo, culturale e di attività umana, "*un bene complesso ed unitario, considerato dalla giurisprudenza costituzionale un valore primario ed assoluto*", la cui tutela, "*rientrando nella competenza esclusiva dello Stato, precede e comunque costituisce un limite alla tutela degli altri interessi pubblici assegnati alla competenza concorrente delle Regioni in materia di governo del territorio e di valorizzazione dei beni culturali e ambientali*".[24]

3. Ricognizione della normativa vigente al tempo della vicenda, in tema di impianti di produzione da FER.

La vicenda concreta di cui si tratta è un fulgido esempio del complesso intreccio fra le materie dell'energia, dell'ambiente e del paesaggio, specie se le energie coinvolte provengano da fonti rinnovabili, rappresentando queste ultime, a loro volta, strumento, in senso lato, di protezione dei beni ambientali ampiamente intesi. L'argomento centrale risulta essere proprio il rapporto tra progresso energetico e tecnologico, sviluppo sostenibile e difesa dell'ambiente.

L'importanza del ricorso alle energie rinnovabili e la contestuale necessità di tutelare la natura e il paesaggio sono esigenze che, seppur fisiologicamente non contrapposte, anzi, aventi unico scopo comune, possano talvolta porsi in conflitto tra loro, richiedendo alle amministrazioni pubbliche un difficile sforzo di compromesso.

Occorre quindi procedere nella trattazione esaminando l'evoluzione normativa e giurisprudenziale della tematica della produzione di energia da fonti rinnovabili (FER).

Si tratta di una materia in cui l'impronta della normativa eurounitaria è determinante.

Il trattato di Lisbona (art. 4, 2°comma lettera *i)* ha previsto l'energia tra le materie di competenza concorrente tra Unione Europea e Stati Membri, attribuendo, mediante i meccanismi della sussidiarietà, poteri alle istituzioni unionali.

Tali meccanismi trovano la loro base giuridica nell'art. 194, paragrafo 1, TFUE, secondo il quale la politica energetica dell'Unione mira, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, a garantire il funzionamento del mercato dell'energia e la sicurezza nell'approvvigionamento energetico[25].

A cascata intervengono quindi le fonti nazionali e poi quelle regionali, giacchè tra le materie di legislazione concorrente tra Stato e Regioni vi è anche quella della produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia (art. 117, c. 3, Cost.).

Oltre al focus sull'enunciazione dei principi in materia energetica, ciò su cui ci si concentrerà in questa sede è la regolamentazione delle procedure autorizzatorie per

[24] Corte Cost. n. 367 del 2007

[25] L. MEZZETTI, *Il diritto dell'energia tra costituzione europea, innovazioni legislative e riforme costituzionali*, in www.tecnosophia.org

ISSN 2036-7821

la realizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, ivi incuso, dunque, anche l'iter di autorizzazione da parte delle amministrazioni coinvolte nel relativo procedimento. Lo si farà ponendo a confronto la disciplina vigente, a livello europeo, nazionale e regionale, al momento della vicenda concreta che ha dato origine alla sentenza in commento e quella risultante a seguito delle modifiche intervenute, per tentare, infine, di verificare la compatibilità, con il diritto oggi vigente, di una possibile soluzione alternativa al caso giuridico che occupa.

Tutta la produzione normativa in materia di energia rinnovabile, sviluppatasi nell'ordinamento interno, ha origine dalla direttiva comunitaria 2001/77/CE, il cui art. 6, par. 1, stabilisce che: «*Gli Stati membri o gli organismi competenti designati dagli Stati membri valutano l'attuale quadro legislativo e regolamentare esistente delle procedure di autorizzazione o delle altre procedure di cui all'articolo 4 della direttiva 96/92/CE applicabili gli impianti per la produzione di elettricità da fonti energetiche rinnovabili allo scopo di: ridurre gli ostacoli normativi e di altro tipo all'aumento della produzione di elettricità da fonti energetiche rinnovabili, razionalizzare e accelerare le procedure all'opportuno livello amministrativo, garantire che le norme siano oggettive, trasparenti e non discriminatorie e tengano pienamente conto delle particolarità delle varie tecnologie per le fonti energetiche rinnovabili* ».

L'invito del legislatore sovranazionale agli Stati Membri, già nel 2003, era quello di appianare il percorso di transizione verso le energie rinnovabili, procedendo a una razionalizzazione della normativa nonchè allo snellimento e all'accelerazione delle procedure di autorizzazione degli impianti di produzione da FER. Nel 3° considerando della citata direttiva si legge che "*il maggior uso di elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili è una parte importante del pacchetto di misure necessarie per conformarsi al Protocollo di Kyoto della convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici e dei pacchetti di politiche intese ad onorare ulteriori impegni*".

Con il D.lgs n. 387 del 2003 rubricato "Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità" è stata recepita la suddetta direttiva. L'art. 12, c. 1 statuisce che "*Le opere per la realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, (…) sono di pubblica utilità ed indifferibili ed urgenti.*"

Quanto alla prescritta semplificazione del procedimento di autorizzazione, i commi 3 e 4 del medesimo articolo assoggettano la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica, alimentati da fonti rinnovabili, ad un'autorizzazione unica[26] - rilasciata a seguito di un procedimento unico, strutturato sul modello della conferenza di servizi e svolto nel rispetto del principio di semplificazione - "*rilasciata dalla regione o altro soggetto istituzionale delegato dalla regione, nel rispetto delle normative*

[26] Per una disamina dei provvedimenti e delle procedure di autorizzazione: G. SPINA, *Energie rinnovabili*, Wolters Kluwer, 2017.

ISSN 2036-7821

vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico."

Il comma 10, poi, dispone che vengano approvate le linee guida per lo svolgimento del citato procedimento, con il precipuo scopo di "*assicurare un corretto inserimento degli impianti, con specifico riguardo agli impianti eolici, nel paesaggio.*"

Il legislatore nazionale, conscio della rilevanza degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili e dell'urgenza della loro realizzazione e installazione, ma anche consapevole delle possibili interferenze tra impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, specialmente di quelli eolici, e paesaggio, delega la Conferenza unificata all'individuazione dei principi e delle regole fondamentali della materia attraverso la predisposizione di linee guida, per rendere armonico l'inserimento degli impianti nel territorio. Alle Regioni sono invece riservati i compiti di gestire le procedure autorizzative, attraverso modelli semplificati e acceleratori, e di "*procedere alla indicazione di aree e siti non idonei alla installazione di specifiche tipologie di impianti*"[27] anche in attuazione delle citate linee guida[28].

La normativa evidenzia, seppur tentando una mediazione, la possibile frizione tra diverse esigenze: da un lato l'implementazione della produzione di energia da fonti "verdi", che naturalmente richiedono lo sfruttamento del territorio per la localizzazione degli impianti, i quali, per loro intrinseche caratteristiche funzionali, non hanno, almeno tendenzialmente, alcun pregio estetico; dall'altro, la necessità di tutelare il paesaggio e di valutare l'inserimento degli impianti, proprio alla luce delle incidenze sul paesaggio, con la possibilità per le amministrazioni regionali, di escludere, a cagione di tali valutazioni, dal novero delle aree di insediamento, alcuni luoghi e siti, classificati come "non idonei".

Peraltro, si badi anche che, successivamente all'emanazione della normativa in parola, il D.L. 78/2010 (conv. in L. n. 122/2010) ha introdotto modifiche alla disciplina della conferenza di servizi[29] quanto ai procedimenti in cui siano coinvolti gli interessi alla tutela dell'ambiente, del paesaggio, del territorio o del patrimonio culturale, storico e artistico, con procedure semplificate anche nel caso di inerzia o dissenso

[27] D.lgs 387/2003, art. 12 c. 10.

[28] A. QUARANTA, *La consulenza giuridica nelle fonti rinnovabili*, Palermo, 2012, p. 17

[29] La conferenza di servizi è disciplinata dagli art. 14 e ss. della L. n. 241/1990. Gli articoli 14, 14-ter, 14-quater sono stati profondamente riformati dall'art. 49 del d.l. 31 maggio 2010 n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 30 luglio 2010 n. 122. In particolare, la riforma ha esteso il meccanismo del silenzio-assenso alle amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili (salute, pubblica incolumità, paesaggio, ambiente) con l'esclusione dei provvedimenti di VIA, VAS e AIA, per i quali continua ad essere necessaria una determinazione esplicita. Nei procedimenti che contemperino la VIA è stata introdotta la possibilità che le attività tecnico-istruttorie necessarie, non ancora eseguite dall'amministrazione competente, possano essere demandate ad altre amministrazioni e che i risultati eventualmente già conseguiti in sede di valutazione strategica (VAS) possono essere utilizzati senza modificazioni ai fini della VIA, allo scopo di accelerare dei tempi del procedimento ed eliminare le inutili duplicazioni.

ISSN 2036-7821

espresso in sede di conferenza, di amministrazioni preposte alla tutela dei citati interessi.
Le linee guida di cui all'art. 12 del d.lgs 387/2003, per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, sono state emanate solo con decreto ministeriale del 10 settembre 2010, anche a seguito della direttiva 2009/28/CE[30] sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, che ha individuato vincolanti obiettivi generali per tutti gli Stati Membri, tra cui la quota di energia da fonti rinnovabili che ogni Stato dovrebbe introdurre rispetto al consumo finale di energia nel 2020[31].
Le linee guida perseguono lo scopo[32] peculiare di facilitare il contemperamento fra le esigenze di sviluppo economico e sociale - che l'installazione di impianti di produzione energetica da FER può incoraggiare - con quelle di tutela dell'ambiente e di conservazione delle risorse naturali e culturali nelle attività regionali di programmazione ed amministrative. Inoltre, il medesimo testo esprime anche la necessità di salvaguardare i valori espressi dal paesaggio, così come direttamente tutelati dall'art. 9 della Costituzione e dalla Convenzione europea del paesaggio.
La disciplina ex d.lgs 387/2003, con la specificazione delle linee guida, rappresenta il quadro regolatorio di principio della materia, che deve poi essere integrato con la normativa regionale di dettaglio[33].

3.1. La normativa della Regione Sardegna sugli impianti eolici oggetto del giudizio.
Il punto nodale della sentenza di cui si tratta riguarda l'intreccio di competenze regionali e nazionali relativamente alla normativa sugli impianti di produzione elettrica da fonti rinnovabili, questione di frequente oggetto di impugnazioni e relative pronunce, proprio in connessione con la tutela del paesaggio e dell'ambiente.
La fattispecie concreta di cui si discorre è regolata *ratione temporis* dalla l. Regionale n. 8/2015 e dalla delibera della Giunta regionale n. 40/11 del 7.8.2015.
Tuttavia, per comprendere appieno la pronuncia, occorre volgere brevemente lo sguardo al passato e considerare le statuizioni della sentenza della Corte Costituzionale n. 224/2012, che sono state riprese anche dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 2464/2022.
Precedentemente la disciplina della localizzazione degli impianti eolici risiedeva nella legge regionale della Sardegna n. 2 del 2007 (come modificata dalla legge regionale della Sardegna n. 3 del 2009) e nelle indicazioni contenute nello studio per l'individuazione delle aree in cui ubicare gli impianti eolici, allegato alla delibera di Giunta regionale n. 3/17 del 16 gennaio 2009. Tali atti erano stati sottoposti al vaglio

[30] Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009
[31] L'obiettivo assegnato all'Italia prevede una quota sul totale pari al 17%.
[32] Esplicitato nel preambolo del D.M. 10 settembre 2010
[33] V. MISCIA, V. LUBELLO, *Il "federalismo energetico". Fonti rinnovabili di energia e potestà regionali*, in Quaderni regionali, 2011, n. 1.

ISSN 2036-7821

della Corte Costituzionale poiché, mentre il legislatore statale, con il d.lgs 387/2003 aveva delegato le Regioni a individuare «le aree e i siti non idonei» all'installazione degli impianti eolici, la norma regionale (del 2007) censurata indicava le aree nelle quali era possibile installarli, escludendo così la restante parte del territorio e, di fatto, invertendo il criterio stabilito dalla normativa nazionale. Con sentenza n. 224 del 2012, la Corte Costituzionale ha ritenuto che non appartenga alla competenza legislativa della Regione Sardegna la modifica, anzi il rovesciamento, del principio generale contenuto nell'art. 12, comma 10, del d.lgs. n. 387 del 2003. Peraltro, i giudici costituzionali hanno sottolineato che il criterio residuale di indicazione delle aree non destinabili alla installazione di impianti eolici è ispirato dalla ratio del principio di massima diffusione delle fonti di energia rinnovabile, derivante dalla normativa europea, e che, con l'inversione del criterio di scelta, la Regione Sardegna ha superato i limiti della tutela del paesaggio, per approdare ad una rilevante incisione di un principio fondamentale in materia di "energia", afferente alla localizzazione degli impianti, la cui formulazione, ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost., spetta in via esclusiva allo Stato.

Delineare sinteticamente i contenuti della sentenza del giudice delle leggi n. 224/2012, è di aiuto per comprendere quanto disposto dall'art. 42 della legge Regionale n. 8/2015, che reca "Disposizioni transitorie in materia di impianti eolici". La norma cita testualmente la sentenza della Consulta e stabilisce che, poichè "*conformemente ai principi espressi dalla Corte costituzionale, nella localizzazione degli impianti da fonti rinnovabili non è consentito adottare misure volte a precluderne in maniera generalizzata la realizzazione* (…) *la Giunta regionale approva (…) una deliberazione contenente l'individuazione delle aree e dei siti non idonei all'installazione degli impianti eolici e le linee guida per il loro corretto inserimento nel paesaggio.*"

Dà attuazione a ciò la delibera della Giunta regionale n. 40/11 del 7.8.2015, individuando, in un puntuale elenco, le aree e siti non idonei alla installazione degli impianti alimentati da fonti di energia eolica. La stessa delibera chiarisce le modalità di valutazione preliminare e i criteri sulla base dei quali le aree sono state classificate "non idonee": l'istruttoria è stata condotta con riguardo "*ai valori oggetto di protezione e in ragione dei caratteri intrinseci dei vari siti, legati agli aspetti della tutela dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio storico-artistico e culturale.*"

Tali obiettivi di protezione determinano, nei siti e nelle aree individuati, non un giudizio di immediata "non idoneità", bensì un'elevata probabilità di esito negativo delle valutazioni in sede di autorizzazione.

Siffatto quadro regolatorio regionale si porrebbe, ad opinione della ricorrente attrice del giudizio definito con la sentenza in commento, in contrasto con la citata pronuncia della Corte costituzionale n. 224 del 2012, per aver stabilito un elenco di aree non idonee talmente ampio e generico da aver sostanzialmente riproposto la

ISSN 2036-7821

cosiddetta "moratoria eolica", censurata dalla Corte costituzionale. Una previsione di questa specie sarebbe lesiva, oltre che della più volte citata normativa primaria, anche del principio di derivazione comunitaria della massima diffusione degli impianti di energia da fonte rinnovabile, nonché del principio di libera iniziativa economica ex art. 41 Cost.

4. *La decisione del Consiglio di Stato: bilanciamento, tra tutela del paesaggio e implementazione della produzione di energia da FER.*

Il decisore della pronuncia in commento si è ritrovato dinanzi al gravoso compito di disegnare i contorni di una vicenda complessa non tanto dal punto di vista fattuale, quanto piuttosto per l'intricato fascio di interessi pubblici e privati coinvolti nella fattispecie, interessi che, seppur non divergenti in via di principio, hanno trovato, nel caso pratico, un momento di tensione importante.

Il sistema di attribuzione di competenze in materia di autorizzazione rimessa alle Regioni dall'art. 12 d.lgs. 387/2003, ha determinato l'adozione di normative di dettaglio che sovente hanno travalicato i binari tracciati dalla normativa primaria e talvolta ne hanno obliterato i principi. Inoltre, la produzione difforme dallo spirito della normativa nazionale ha generato una moltiplicazione di regole applicabili, inficiando l'unitarietà della materia[34] e dando origine a contenzioso incentrato proprio sulle potestà normative e regolatorie dei soggetti coinvolti.

La pronuncia si è poi confrontata con un sistema ulteriormente complicato dalla presenza di una Regione a statuto speciale, della quale, si anticipa, ha avvallato la disciplina. Per dare una lettura il più possibile chiara, si analizzeranno partitamente le singole materie e le regole che regolano la competenza normativa in tali ambiti.

Quanto alla "*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*", ai sensi dell'art. 117, comma 3, della Costituzione, i settori ricadono nella competenza legislativa concorrente: la normativa primaria pone principi e detta i contorni della materia - compito cui ha assolto con il d.lgs 387/2003 - e quella regionale è chiamata a stabilire le prescrizioni di dettaglio della programmazione e della realizzazione degli impianti di produzione da fonti energetiche rinnovabili, in ossequio ai principi stabiliti.

Le Regioni a statuto speciale, qual è appunto la Sardegna, provvedono però alle finalità del d.lgs 387/2003, ai sensi dei rispettivi statuti (c.d. "clausola di salvaguardia" ex art. 19, d.lgs. n. 387/2003). Pur non essendo assoggettabile a "*vincoli puntuali e concreti*" da parte dello Stato (Corte Costituzionale, sentenza n. 275 del 2011), tuttavia, il fatto di poter provvedere secondo quanto contemplato dagli statuti speciali (ha chiarito il Consiglio di Stato, riprendendo quanto già affermato dalla

[34] Sul tema della certezza del diritto nel settore della transizione energetica: K. Huhta, *Anchoring the energy transition with legal certainty in EU law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2020, Vol. 27(4), 425–444

ISSN 2036-7821

Corte Costituzionale), fa comunque permanere in capo alle Regioni l'obbligo di far coesistere le loro potestà con la competenza concorrente in materia di energia.
La Regione autonoma della Sardegna, in base al proprio Statuto (art. 3, lett. f, in materia di edilizia e urbanistica, come interpretato dalla Corte. Cost. 51/2006, alla luce dell'art. 6 del D.P.R. 22/5/1975, n. 480 e del principio del parallelismo tra funzioni amministrative e funzioni legislative di cui all'art. 6 dello statuto speciale), ha poi competenza legislativa primaria sugli interessi paesistico-ambientali del proprio territorio.
In virtù di questa particolare attribuzione, possiede maggior autonomia nell'individuazione di aree non idonee all'insediamento di impianti eolici, le quali, si rammenta, sono regolamentate a livello primario dal D.M. 10 settembre 2010, che ha vincolato le operazioni di individuazione allo scopo di "*assicurare un corretto inserimento degli impianti, con specifico riguardo agli impianti eolici, nel paesaggio.*"
Il procedimento di individuazione delle aree non idonee, perciò, previsto dalla normativa nazionale sulle energie rinnovabili, incontra il limite, nel caso della Regione Sardegna, della competenza primaria di quest'ultima, statutariamente prevista, in tema di tutela paesistico-ambientale. Tale limite rende perfettamente legittima la delimitazione delle aree effettuata, ancor più perché l'indicazione di "non idoneità" all'insediamento degli impianti eolici fatta dalla Regione Sardegna con la d.g.r. n. 40/11 del 7 agosto 2015, non istituisce una *"preclusione di carattere generale, limitandosi solo ad indicare – a beneficio degli operatori privati – le aree ove vi è "un'elevata probabilità di esito negativo delle valutazioni in sede di autorizzazione", non potendo quindi le fasce di rispetto (c.d. buffer) essere interpretate come distanze minime inderogabili"*[35].
La sentenza del Consiglio di Stato, concluso l'esame del riparto di competenze, ricorda poi che la "tutela paesaggistica", del tutto legittimamente, può ben ricomprendere anche la salvaguardia della identità culturale della popolazione insediata sul territorio. Infatti, tra le doglianze della società ricorrente, vi era proprio la supposta violazione del principio di ragionevolezza motivata dal fatto che gli atti espressivi del giudizio negativo di compatibilità ambientale, non recavano "*alcuno specifico apprezzamento in concreto circa l'impatto del progettato impianto – ricadente in aree non vincolate – sul territorio*", ma si sarebbero limitati a descrivere il contesto archeologico e paesaggistico e a fare riferimento all'inclusione delle turbine eoliche entro la fascia di rispetto (1600 m) da taluni edifici e manufatti di valenza storico-culturale (tra cui la zona vincolata su cui insiste l'Abbazia romanica di Saccargia) , senza tuttavia formulare alcuna specifica considerazione con riferimento al concreto impatto ambientale o paesaggistico. Tuttavia, si è in precedenza dato conto della nozione ampia di paesaggio e ambiente cui ormai dottrina e giurisprudenza fanno riferimento, che ricomprende valutazioni si estetico-percettive, ma altresì dimensioni

[35] Cons. St. n. 2464/2022.

ISSN 2036-7821

antropologiche, archeologiche, culturali e sociali, in riferimento alle collettività insediate su un dato ambito territoriale.
Infine, il Consiglio di Stato fa riferimento, seppur non approfonditamente, alla insindacabilità nel merito delle valutazioni pianificatorie effettuate dalla Regione Sardegna in sede di individuazione delle aree non idonee all'installazione di impianti eolici, in quanto connotate da un alto contenuto di discrezionalità tecnico-amministrativa.
Tale ultimo punto, seppur non rivestendo massima rilevanza nel complesso della pronuncia, dà, ai giudici di Palazzo Spada, il là per accennare una pennellata di diritto intertemporale, proiettando la sentenza in una dimensione che travalica la vicenda storica da cui trae origine per guardare al quadro regolatorio odierno. Il punto riveste grande interesse in termini di comparazione diacronica delle discipline (previgente e attuale) in tema di produzione di energia da FER.

5. …e se la decisione fosse stata assunta sotto la vigenza della nuova normativa sulle energie rinnovabili, cosa sarebbe cambiato?
I giudici amministrativi, nel concludere la parte motivazionale della pronuncia in commento, danno conto del cambio di rotta del legislatore in tema di bilanciamento tra esigenze di implementazione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili da un lato e tutela di ambiente e paesaggio dall'altro. Il quadro previgente è quello fin qui delineato e, pur non essendo formalmente sbilanciato a favore della protezione dei beni paesaggistici o ambientali, a detrimento della localizzazione degli impianti di produzione da FER, aveva, di fatto, determinato, in considerazione della condizione effettiva del territorio italiano - che è notoriamente un Paese in cui i siti archeologici sono innumerevoli, così come quelli che a diverso titolo sono vincolati, o protetti o sottoposti ad altre forme di tutela ambientale o paesaggistica (nell'ampia accezione delineatasi nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa) – una proliferazione di giudizi negativi di compatibilità ambientale e di eccezioni al principio della massima diffusione degli impianti di energia da fonte rinnovabile. *"Tanto è vero questo"* argomenta il Consiglio di Stato[36] *"che di recente è stato necessario intervenire con provvedimenti normativi ad hoc – inapplicabili ratione temporis al presente caso - per conciliare le prerogative delle Amministrazioni preposte alla tutela del paesaggio (…) con l'esigenza di implementare la produzione di energia da fonti rinnovabili, onde perseguire gli obiettivi di decarbonizzazione (e quindi pure di tutela della salubrità dell'ambiente), condivisi a livello internazionale ed europeo."*
La situazione contingente e la precedente regolamentazione della materia, si erano rese ormai incompatibili con la pressante esigenza, rimarcata intensivamente anche dalle istituzioni sovranazionali, di focalizzare e centrare gli obiettivi di transizione

[36] Cons. St. n. 2464/2022

ISSN 2036-7821

energetica. La riduzione delle emissioni nocive di CO2 attraverso la promozione, lo sviluppo e l'utilizzo di fonti energetiche rinnovabili, compatibili con l'ambiente, costituisce un impegno internazionale assunto e condiviso dall'Italia con la sottoscrizione di vari protocolli e convenzioni (tra cui il Protocollo di Kyoto e gli Accordi sul Clima di Parigi[37]), nonché derivante dall'appartenenza all'Unione Europea che ha ben precise politiche energetiche e importanti traguardi da raggiungere[38]. Con l'emanazione del "*Clean energy package*"[39] adottato all'inizio del 2019, l'Unione Europea ha promulgato un pacchetto di otto Direttive per i settori dell'efficienza energetica, delle energie rinnovabili e del mercato interno dell'energia elettrica, vincolanti per gli Stati Membri.

Inoltre, sempre nel 2019, con la comunicazione della Commissione "Il *Green Deal* Europeo"[40] è stato ribadito, con maggior vigore, l'impegno ad affrontare i problemi legati ai cambiamenti climatici e alla tutela dell'ambiente, formulando contestualmente degli obiettivi concreti finalizzati a trasformare l'UE in un'economia insieme competitiva ed efficiente sotto il profilo delle risorse, con la finalità di giungere al 2050 con lo stop alle emissioni nette di gas a effetto serra.

Anche la legge europea sul clima[41], concorre allo stesso fine: la sua emanazione risponde alla necessità di rendere le politiche dell'UE in materia di ambiente, energia, uso del suolo, trasporti e fiscalità idonee a ridurre le emissioni nette di gas a effetto serra di almeno il 55% entro il 2030 rispetto ai livelli del 1990.

In questa ottica si devono leggere le innovazioni portate *in subiecta materia* dalla legge n. 108 del 2021, di conversione con modificazioni del d.l.e n. 77 del 2021, dal d.lgs. n. 199 del 2021, di recepimento della Direttiva 2018/2001/UE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (RED II), che fissa al 2030 una quota obiettivo dell'UE di energia da FER sul consumo finale lordo almeno pari al 32%, nonché, da ultimo, con il D.L. 1 marzo 2022, n. 17, convertito con modificazioni dalla L. 27 aprile 2022, n. 34.

Con essi il legislatore ha voluto in parte ridurre la discrezionalità delle amministrazioni locali, preposte alla tutela dell'assetto urbanistico e del paesaggio e,

[37] Adottato alla Conferenza di Parigi sul clima (COP21) nel dicembre 2015 e in vigore dal 4 novembre 2016.

[38] Servizio Studi della Camera dei Deputati, *Governance europea e nazionale su energia e clima*, 16 dicembre 2021, su: https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1144175.pdf?_1573088411342

[39] F. VETRO', Evoluzioni del diritto europeo dell'energia, transizione energetica e sistema istituzionale: il ruolo del gse s.p.a., in Il diritto dell'economia, anno 66, n. 101 (1 2020), pp. 501-537

[40] Comunicazione della Commissione Europea COM(2019)640

[41] Regolamento 2021/1119/UE

ISSN 2036-7821

allo stesso tempo, semplificare[42] le procedure autorizzative per l'installazione di impianti da FER, in particolar modo per quanto riguarda i grandi impianti[43].
Di altrettanta importanza è la riforma degli articoli 9 e 41 delle Costituzione[44]. All'art. 9, tra i principi fondamentali dell'ordinamento, viene introdotto il terzo comma recante testualmente "*la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, nell'interesse delle future generazioni*". La disposizione che riconosce tutela all'ambiente, come strumento essenziale nel perseguimento della strada dello sviluppo sostenibile, si proietta in prospettiva diacronica, considerando, tra i beneficiari della protezione delle risorse, anche "coloro che verranno" e disegnando dunque un sistema di solidarietà che è ormai infragenerazionale e non più, solo, contestuale[45].
Il concetto invero non è un *novum*, ma riprende la previsione del testo unico ambientale[46], così come modificato dal d.lgs. 4/2008, che all'art. 3-*quater*, comma 1, prevede che "*ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future*" e al comma 4, impone di ricercare la soluzione delle questioni che involgono aspetti ambientali "*nella prospettiva di garanzia dello sviluppo sostenibile, in modo da salvaguardare il corretto funzionamento e l'evoluzione degli ecosistemi naturali dalle modificazioni negative che possono essere prodotte dalle attività umane.*"
Proprio attorno a questi concetti ruota tutta la quaestio oggetto della sentenza da cui traggono spunto le presenti riflessioni. La stessa, ad una prima lettura, sembrerebbe quasi contrapporre il bene tutelato del paesaggio (inteso, come si è già chiarito, come visione estetica - *rectius*, percettiva - di un territorio e insieme anche dell'identità culturale e sociale della popolazione che quel territorio abita) alla necessità di

[42] S. AMOROSINO, *"Nobiltà" (dei programmi politici) e "miseria" (dell'amministrazione ostativa) in materia di impianti di energia da fonti rinnovabili*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2020, 255-263
[43] Le modifiche riguardano il dimezzamento dei tempi per il rilascio della VIA: dagli attuali 360 giorni della procedura ordinaria ai 175 giorni della procedura veloce; una nuova procedura che prevede: 1. la nomina di una Commissione ad hoc dedicata a tempo pieno ed esclusivo allo svolgimento dell'attività istruttoria, 2. lo svolgimento in parallelo di tale attività istruttoria di quella consultiva gestita dalla competente direzione generale del Ministero della Transizione ecologica, 3. l'affidamento del potere decisionale al direttore della direzione generale competente del MiTE che lo esercita di concerto con il direttore della direzione generale competente del Ministero della Cultura, che assorbe anche l'autorizzazione paesaggistica, 4. il riconoscimento automatico di un rimborso degli oneri istruttori pagati dal proponente nel caso di mancato rispetto del termine procedimentale e la previsione di un potere sostitutivo in caso di inerzia.
[44] G. DEMURO, *I diritti della Natura*, in federalismi.it, 6/2022
[45] D. Porena, *«Anche nell'interesse delle generazioni future». Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*, federalismi.it, 2022
[46] D.lgs. n. 152/2006

ISSN 2036-7821

implementazione della produzione di energia da fonti rinnovabili e, quindi, di tutela dell'ambiente[47].

In realtà, astraendo dalle pieghe delle procedure amministrative e delle circostanze puntuali e contingenti del caso concreto, la vicenda non delinea due capi opposti di una linea retta, ma un cerchio che si chiude. Il sistema disegna delle tutele che se combinate insieme, possono operare in sinergia, in un contesto che potremmo descrivere come olistico, in quanto consideri nel suo focus, uomo, paesaggio, ambiente, generazioni presenti e future. Così, recentemente, si è espresso il Consiglio di Stato: *"la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili è infatti un'attività di interesse pubblico che contribuisce anch'essa non solo alla salvaguardia degli interessi ambientali ma, sia pure indirettamente, anche a quella dei valori paesaggistici."*[48]

L'interprete, nell'approcciarsi alla soluzione di questioni di tale complessità, che contemplano la compresenza di interessi pubblici e privati di somma rilevanza, deve porsi necessariamente nell'attuale prospettiva costituzionale e considerare che paesaggio, ambiente, transizione energetica, sono tessere di un unico mosaico in vista della tutela dell'interesse delle future generazioni.

Senza dubbio, la necessità di adeguarsi alla riforma dell'art. 9 della Costituzione e alle norme di recepimento degli atti europei sulla transizione energetica non deve portare al cieco e acritico propendere per la selvaggia localizzazione di impianti di produzione di energia da FER, in nome della sola protezione dell'ambiente e a scapito del paesaggio: *"la produzione di "energie pulite" non deve infatti comportare lo stravolgimento del volto dei nostri territori (agire locale, ma pensare globale …)*.[49]

La tematica è insidiosa, gli interessi coinvolti rilevantissimi e il rischio di pregiudicarne alcuni condurrebbe a conseguenze eccessivamente gravose per il sistema-Paese. Occorre che l'interprete si approcci alle scelte senza approdare a conclusioni aprioristiche nel bilanciamento e con la cautela della decisione attenta al "caso concreto".

Per non dequotare il rilievo del paesaggio e della sua protezione di fronte alle opere energetiche, che si assumono di difesa dell'ambiente, occorre continuare a valutare il

---

[47] Sul punto: L. FERRARO, *Costituzione, tutela del paesaggio e fonti di energia rinnovabili*, in www.forumcostituzionale.it, 10 ottobre 2012, pp. 1 – 21; A. MALOMO, *The environmental conservation and the variety of involved interests*, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 2, 2015, pp. 361-380; M. SANTINI, *Ambiente e paesaggio tra conflitti valoriali ed istituzionali*, in *Urbanistica e appalti*, 3/2020, 301; P. CARPENTIERI, Paesaggio, ambiente e transizione ecologica, in Giustizia Insieme, su https://www.giustiziainsieme.it/en/diritto-e-processo-amministrativo/1710-paesaggio-ambiente-e-transizione-ecologica?hitcount=0

[48] Cons. St., n. 2983/2021

[49] In senso profondamente critico sulla riforma costituzionale: G. SEVERINI, P. CARPENTIERI, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in Giustizia Insieme, 22 SETTEMBRE 2021, su https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1945-sull-inutile-anzi-dannosa-modifica-dell-articolo-9-della-costituzione

ISSN 2036-7821

possibile vulnus al paesaggio in concreto[50]. Il procedimento deve dunque indurre a un rigoroso bilanciamento di interessi tra la tutela del paesaggio e il bisogno di fonti di energia rinnovabile, che si traduce nell'obbligo, in capo agli enti preposti, di sorreggere con una motivazione analitica e congrua le scelte effettuate in tali evenienze, giacchè il bisogno di ecosostenibilità deve armonicamente essere integrato nei paesaggi e nel patrimonio culturale del Paese per costituire elemento di modernità, solidarietà e consapevolezza civile[51].

[50] M. MELI, *Quando l'ambiente entra in conflitto con sé stesso: fonti energetiche rinnovabili e tutela del paesaggio*, Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it - Anno XXI - Fascicolo 2/2021

[51] C. P. SANTACROCE, *Il paesaggio e` partecipazione, ma...*, in M. Frank, M. Pilutti Namer, a cura di, *La Convenzione Europea del Paesaggio vent'anni dopo (2000-2020) Ricezione, criticità, prospettive*, Edizioni Ca Foscari, 2021

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La proroga (in)finita delle concessioni demaniali marittime e l'immediata applicabilità del diritto ue nel diritto interno. La rimessione alla Corte di Giustizia UE dell'ordinanza Tar Puglia, Bari, 11.05.2022, 1. n. 743.

di Linda Giovanna Vacchiano

(Avvocato comunale Nocera Inferiore)

Sommario

1. Premessa; 2. La questione sottoposta alla corte di giustizia ue; 3 il contesto normativo di riferimento; 4. Il rapporto tra diritto interno e diritto europeo. Tra prevalenza e controlimiti; 5 il contrasto giurisprudenziale in materia: la tesi sostenuta dal tar puglia e la tesi sostenuta dall'adunanza plenaria nelle sentenze gemelle n. 17 e 18 del 2021; 6. Le tesi giurisprudenziali recenti a confronto; 7. La applicabilità diretta od indiretta della direttiva bolkestein alle concessioni demaniali marittime. La tesi del tar puglia. 8. Gli effetti sull'attività amministrativa del contesto normativo e giurisprudenziale in materia di concessioni demaniali marittime. Il disorientamento degli enti pubblici. 9. Conclusioni

Abstract

This contribution is intended to retrace the legal history of state-owned maritime concessions, the discipline of which, following the order of referral to the EU Court of Justice, has suffered a partial and further setback, resulting in de facto a delay on the path towards free competition also in this sector.

And in fact, since the first discipline that involved the maritime state-owned concessions, the same were entrusted to certain subjects, through more or less comparative procedures, which was followed by a substantial repetition of extensions upon extensions, up to the creation in positive law of the so-called Right of insistence, understood as a preferential title of the old concessionaire on any claims of other subjects with reference to the same state property.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Il presente contributo ha la finalità di ripercorrere la storia giuridica delle concessioni demaniali marittime, la cui disciplina, a seguito dell'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia UE, ha subito una parziale ed ulteriore battuta d'arresto, determinando di fatto un ritardo sul cammino verso la libera concorrenza anche in questo settore.

Ed infatti, sin dalla prima disciplina che ha interessato le concessioni demaniali marittime, le stesse venivano affidate a determinati soggetti, mediante procedure più o meno comparative, alle quali faceva seguito un sostanziale ripetersi di proroghe su proroghe, fino alla creazione nel diritto positivo del c.d. Diritto di insistenza, inteso quale titolo preferenziale del vecchio concessionario su eventuali pretese di altri soggetti con riferimento al medesimo bene demaniale.

A fronte di tale situazione, e stante ormai l'implacabile dilagare della concorrenza per il mercato e della concorrenza nel mercato nell'ordinamento interno e comunitario, il legislatore è intervenuto, ponendo un argine alle proroghe indiscriminate mediante l'inserimento nella normativa di settore di un procedimento di selezione concorrenziale tra candidati potenziali, tuttavia, mai veramente applicato ed addirittura soppiantato dalla normativa emergenziale da Covid-19 che, di fatto, ha reintrodotto il regime infinito dei rinnovi.

In tale contesto normativo, a dir poco variegato ed anche disordinato, si è inserita preminentemente la giurisprudenza nazionale che ha cercato di dare differenti risposte e, dunque, risolvere in vario modo la problematica dell'anticoncorrenzialità della disciplina delle concessioni demaniali marittime con risultati, tuttavia, non univoci e non concordanti, fino ad addivenire alla remissione della questione alla Corte di Giustizia UE.

2. La questione sottoposta alla Corte di Giustizia UE.

L'ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 743 dell'11.05.2022 del TAR Puglia-Bari è stata emessa nell'ambito del giudizio di impugnazione della Deliberazione di G.C. n. 225/2020 adottata dal Comune di Ginosa ed avente ad oggetto l'atto di indirizzo per l'attuazione del disposto di cui alla L. N. 145/2018, art. 1, commi 682 e 683, in combinato disposto con il D.L. n. 34/200 convertito in L. N. 77/2020, art. 182, comma 2, e ss.mm.ii. In materia di concessioni demaniali marittime.

Nel caso di specie, il Comune di Ginosa con la delibera sopra richiamata, come rettificata e modificata dalla delibera di G.C. n. 19/2021, aveva dato indirizzo al competente responsabile del servizio alla predisposizione ed attuazione del disposto normativo relativo alla proroga delle concessioni demaniali marittime, previa adozione di una preliminare comunicazione (con finalità ricognitive) a tutti i titolari delle concessioni di che trattasi presenti sul territorio comunale.

ISSN 2036-7821

Stante l'assenza di qualsivoglia procedura ad evidenza pubblica avviata dall'ente ai fini dell'assegnazione di tali concessioni, era intervenuta l'agcm la quale, ritenendo che il procedimento adottato dal Comune di Ginosa fosse contrario al disposto di cui agli artt. 49 e 56 del TFUE, aveva provveduto a notificare all'ente un parere motivato ex art. 21 bis della L. N. 287/1990, giustificato in virtù del fatto che la normativa italiana in materia di proroga delle concessioni di cui sopra sarebbe risultata in contrasto con la direttiva 2006/123/CE ed, in ispecie, dei principi di libera concorrenza e di libertà di stabilimento anche in ambito transfrontaliero.
Con controdeduzioni del 05.03.2021, il Comune di Ginosa formulava le proprie osservazioni in merito alla legittimità del proprio operato, nonchè alla legittimità della disciplina normativa italiana in materia di proroga delle concessioni demaniali marittime, sul presupposto che la direttive europea richiamata (2006/123/CE) fosse una direttiva necessariamente soggetta ad attuazione (e non self-executing), ragion per cui non sarebbe stato possibile procedere alla disapplicazione della normativa nazionale con essa confliggente in mancanza di diretta applicazione della direttiva stessa nell'ordinamento degli Stati membri e, nella specie, dell'ordinamento italiano.
A fronte delle osservazioni formulate dal Comune di Ginosa, l'agcm proponeva il ricorso dinanzi al TAR competente, in virtù della speciale legittimazione alla stessa riconosciuta ai sensi dell'art. 21 bis del D.lgs. N. 287/1990 e ss.mm.ii., per l'annullamento della delibera n. 225/2020 di indirizzo adottata dal Comune suddetto, rilevando la violazione e falsa applicazione dell'art. 12 della Direttiva Bolkestein, nonchè la violazione dell'art. 49 TFUE.
La Direttiva Bolkestein relativa ai servizi nel mercato interno, all'art. 12, con riferimento alla selezione dei diversi candidati per le procedure di affidamento dei servizi, dispone che "*qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento*". *Ratio* della norma in questione è, senz'altro, quella di garantire i principi di concorrenza e par condicio, come lo dimostra la circostanza che, al comma 2, la norma di cui sopra prevede che l'autorizzazione sia rilasciata per una durata limitata nel tempo, non potendosi prevedere alcuna procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami. L'art. 49 del TFUE, invece, con riferimento al diritto di stabilimento prescrive che "*le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro*". L'unico "*controlimite*" alla primazia

ISSN 2036-7821

della libertà di stabilimento è espressamente enunciata dal disposto normativo di cui all'art. 51 TFUE che esclude quelle professioni che sono connesse con i pubblici poteri, nonchè tutte le materie relativamente alle quali il Parlamento europeo ed il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, abbiano prescritto la loro esclusione dalle disposizioni relative alla libertà di stabilimento.

3. Il contesto normativo di riferimento.

Con riferimento all'esame della normativa interna in materia di concessioni demaniali marittime, la sua prima disciplina nazionale si rinviene nel codice della navigazione, approvato con R.D. n. 327/1942. Secondo tale codice, ai fini dell'affidamento delle concessioni demaniali marittime era previsto l'espletamento di un procedimento finalizzato ad una valutazione comparativa tra gli aspiranti solo nel caso in cui più soggetti avessero presentato domanda per il rilascio della concessione sul medesimo bene demaniale, prevedendo altresì un titolo preferenziale (c.d. Diritto di insistenza) per il precedente concessionario. Con l'entrata in vigore del D.L. n. 400/1993 è stato introdotto per la prima volta il rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime, di sei anni in sei anni, salvo revoca delle stesse in applicazione del disposto di cui all'art. 42 del Codice della navigazione[1].

Con la L. N. 296/2006 si riforma il sistema di rinnovo automatico "perpetuo" disciplinato con il D.L. n. 300/1993 all'art. 1, comma 253[2]. Nella norma, la cui applicazione viene ricondotta dalla norma di interpretazione autentica dell'art. 13 della L. N. 172/2003 alle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, viene stabilito che "*ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 2, le concessioni di cui al presente articolo possono avere durata superiore a sei anni e comunque non superiore a venti anni in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare e sulla base dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposti dalle regioni*".

Con tale normativa è stata tracciata una linea di delimitazione temporale delle concessioni, imponendo di fatto al concessionario lo sfruttamento del bene demaniale

[1] La norma in questione prescrive che le concessioni di durata non superiore al quadriennio e che non importino impianti di difficile sgombero (come ad esempio strutture non amovibili, nel caso degli impianti balneari, sono revocatili in tutto od in parte a giudizio discrezionale dell'amministrazione marittima. Se, invece, le concessioni hanno durata superiore al quadriennio o comunque importino impianti di difficile sgombero, le stesse sono revocabili solo per specifici motivi inerenti al pubblico uso del mare o per altre ragioni di pubblico interesse, pur sempre a giudizio discrezionale dell'amministrazione marittima. La revoca non da luogo, in nessun caso ad indennizzo, salvo il caso in cui i concessionari abbiano realizzato opere stabili. In tale ultimo caso, infatti, l'amministrazione marittima, salva diversa disposizione di legge, deve corrispondere una somma a titolo di rimborso di tante quote parti del costo delle opere quanti sono gli anni mancanti al termine di scadenza fissato per la concessione, comunque non superiore al valore delle opere realizzate al momento della revoca, detratto l'ammortamento.

[2] Viene aggiunto il comma 4-bis all'art. 3 della L. n. 494/1993.

ISSN 2036-7821

per un termine non superiore a venti anni per l'ammortamento degli investimenti effettuati (ivi compresi quelli relativi alle opere inamovibili).

Il contesto normativo italiano è stato, poi, travolto dalla adozione della c.d. Direttiva Bolkestein (dir. 2006/123/CE) che all'art. 12 espressamente prevede che "*qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico, né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami. Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi di interesse generale conformi al diritto*". A tanto si aggiunga il disposto normativo di cui all'art. 49 TFUE (ratificato in Italia nel 2008), il quale fa espresso divieto a tutti gli Stati membri di prevedere restrizioni o limitazioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di altro Stato dell'ue (in attuazione del divieto del *gold plating*).

In attuazione della Direttiva servizi, in contrasto con il disposto normativo italiano in materia, la UE ha avviato una procedura di infrazione nei confronti dell'italia[3], a seguito della quale lo Stato italiano ha disposto, con l'art. 1, comma 18, del D.L. n. 194/2009 (convertito con modificazioni con L. N. 25/2010), l'abrogazione della norma del Codice della Navigazione relativa al diritto di insistenza del precedente concessionario (art. 37), nonchè del rinnovo semi-automatico delle concessioni, prevedendo una proroga "tecnica" delle concessioni demaniali esistenti fino al 31.12.2012, poi differito l 31.12.2015 in sede di conversione, in attesa dell'attuazione del disposto normativo europeo[4].

Con il recepimento della Direttiva Bolkestein, a mezzo del D.lgs. N. 59/2010, lo Stato italiano ha provveduto a subordinare il rilascio delle autorizzazioni disponibili per una determinata attività di servizi ad una procedura di selezione tra candidati potenziali sulla base di criteri predeterminati atti ad assicurare l'imparzialità,

[3] procedura di infrazione n. 2008/4908.

[4] Per approfondimenti, si segnalano: Dalla Valentina G., *La proroga ope legis delle concessioni demaniali marittime dalla sent. 1/2019 della Corte costituzionale al Decreto Rilancio (sentenza 9 gennaio 2019, n. 1)*, in Le regioni: rivista di documentazione e giurisprudenza, fasc. 5; De Nardi S., *Il sindacato della Corte costituzionale sulle (cosiddette) proroghe regionali delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo*, in Munus: rivista giuridica dei servizi pubblici, fasc. 1; Timo M., *Concessioni demaniali marittime : tra tutela della concorrenza e protezione della costa : nota a Corte cost., n. 40 del 24 febbraio 2017*, Giurisprudenza italiana, fasc. 10.

ISSN 2036-7821

riprendendo all'art. 16 letteralmente il disposto normativo di cui all'art. 12 della Direttiva servizi. Con riferimento specifico alle concessioni demaniali marittime, la legge di cui sopra ha rimandato all'adozione di un decreto legislativo entro il 2013 per il riordino della materia, riordino che non è mai avvenuto in considerazione della circostanza che, per mezzo della L. N. 25/2010, era stata prevista la proroga delle concessioni esistenti al 2009 fino al 2015. Il D.L. n. 179/2012 ha, inoltre, previsto, all'art. 34-*duodecies*, una ulteriore proroga dal 31.12.2015 al 31.12.2020 delle concessioni demaniali marittime vigenti[5].

Tuttavia, la Corte di Giustizia con la pronuncia nella causa C-458/14 (c.d. Promoimpresa) ha ritenuto la normativa nazionale sopra richiamata incompatibile con l'ordinamento dell'ue, disponendo nel senso della disapplicazione della stessa. L'Italia, dunque, a fronte di tale pronuncia, ha dovuto adeguarsi, e lo ha fatto con l'adozione del D.L. n. 113/2016 (convertito in L. N. 160/2016), il cui art. 24, comma 3-*septies* prevede, nelle more dell'attuazione di una revisione e del riordino della materia delle concessioni demaniali marittime in conformità ai principi di derivazione europea (procedura concorrenziale tra gli aspiranti ad ottenere la concessione), una ulteriore proroga delle concessioni in essere. Legge, questa, che però non è entrata mai in vigore ed a cui ha fatto seguito la L. N. 145/2018 che ha previsto la proroga delle concessioni in essere fino al 31.12.2033[6].

Nella fase pandemica, con l'entrata in vigore del D.L. n. 34/2020, convertito in L. N. 77/2020, poi, sotto forma di misura di sostegno per il settore turistico nella fase epidemologica da Covid-19, all'art. 182 è stato previsto che "*fermo restando quanto disposto nei riguardi dei concessionari dall'art. 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, le necessità di rilancio del settore turistico e al fine di contenere i danni, diretti e indiretti, causati dall'emergenza epidemiologica d COVID-19, le amministrazioni competenti non possono avviare o proseguire, a carico dei concessionari che intendono proseguire la propria attività mediante l'uso di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale, i procedimenti amministrativi per la devoluzione delle opere amovibili, di cui all'articolo 49 del codice della navigazione, per il rilascio o per l'assegnazione, con procedure*

[5] V., anche, Bellitti G., *La direttiva Bolkenstein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali : nota a Corte giust. UE, sez. V, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/16*, in Giornale di diritto amministrativo, fasc. 1; Di Giovanni L., *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege : nota a Corte giust. UE, sez. V, 14 luglio 2016*, cause riun. C-458/14 e C-67/15, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, fasc. 3/4; Monica A., *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in Rivista italiana diritto pubblico comunitario, fasc. 2.

[6] La norma in questione ha dettato i principi per la regolamentazione di tutta una serie di attività preliminari necessarie alla riforma della normativa, improntata alla concorrenza, alla massima partecipazione e alla libertà di stabilimento nel territorio degli Stati UE (ad esempio, si v. l'attività di ricognizione e mappatura del litorale; il censimento delle concessioni demaniali in essere; le diverse tipologie delle strutture esistenti; la ricognizione degli investimenti effettuati e dei tempi di ammortamento; la quantificazione dei canoni; la valutazione del rating d'impresa; la necessaria modifica di adeguamento anche delle norme del codice della navigazione; la previsione di criteri e regole per l'aggiudicazione delle concessioni; la previsione di criteri soggettivi, oggettivi e di durata delle concessioni affidate).

ISSN 2036-7821

di evidenza pubblica, delle aree oggetto di concessione alla sta di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. L'utilizzo dei beni oggetto dei procedimenti amministrativi di cui al periodo precedente da parte dei concessionari è confermato verso pagamento del canone previsto dall'atto di concessione e impedisce il verificarsi della devoluzione delle opere". Con tale disposizione normativa lo Stato italiano ha confermato, di fatto, un regime di proroghe delle concessioni esistenti[7].
In tale contesto normativo, si è inserita l'Adunanza Plenaria n. 17-18/2021[8], la quale si è pronunciata sul punto. Il Consiglio di Stato ha dato atto che le normative emergenziali adottate in Italia collidono con i principi europei in materia di concessioni demaniali-marittime, e ne ha imposto la disapplicazione sia da parte dei giudici che della PA, escludendo una prosecuzione della concessione in capo agli attuali concessionari. La Plenaria, tuttavia, al fine di garantire un adeguamento normativo del regime giuridico italiano delle concessioni al regime comunitario di cui alla Direttiva n. 2006/123/CE[9] ha pronunciato una sentenza di disapplicazione differita della norma che, di fatto, sarebbe vigente fino al 31.12.2023[10].

4. Il rapporto tra diritto interno e diritto Europeo. Tra prevalenza e controlimiti.
Nel diritto europeo esistono tre livelli di normativa fondamentale: 1) la CEDU; 2) la Carta di Nizza; 3) i trattati istitutivi e le costituzioni nazionali. Il rapporto intercorrente tra il diritto europeo ed il diritto interno è fondato, in linea generale, sul principio della primazia costituzionalmente riconosciuta del diritto UE sul diritto costituzionale nazionale.
La giurisprudenza interna ai singoli Stati, tuttavia, con rifermento a tale principio di primazia, ha mostrato una certa diffidenza, in favore di una tutela sempre più

[7] V. , per approfondimenti, Di Sciascio A.F., *Le concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative tra regime di proroga e (timida) apertura al mercato ed alla concorrenza,* in Rivista della Corte dei Conti, fasc. 1; Boccacci L., *Le concessioni demaniali marittime: tra Consiglio di Stato, Cassazione e Corte di Giustizia UE*, in La giustizia penale: rivista critica di dottrina, giurisprudenza e legislazione, fasc. 2.

[8] Per l'Adunanza Plenaria l'effetto caducante della disapplicazione della normativa interna contrastante con la disciplina comunitaria, fermo restando il periodo transitorio, travolgerebbe anche il giudicato formatosi su questioni relative alle concessioni marittime balneari, in quanto incidente sia sul potere giudiziario che sul potere esecutivo, avendo impatto diretto - a prescindere dalla natura giuridica della Direttiva in questione quale self-executing o meno - sull'operato della PA.

[9] La direttiva è stata interpretata dalla Corte di Giustizia, Grande Sezione, 30.01.2018, giudizi C. 360/15 e C. 31/16), come uno strumento normativo che "*fissa disposizioni generali volte ad eliminar le restrizioni alla libertà di stabilimento dei prestatori di servizi negli Stati membri e alla libera circolazione dei servii tra i medesimi, al fine di contribuire alla realizzazione di un mercato interno dei servizi libero e concorrenziale*". E tanto al fine di realizzare la libera ed effettiva concorrenza fra i predatori di servizi, scoraggiata dalla disciplina di cui al D.L. n. 34/2020 in materia di proroga delle concessioni marittime balneari.

[10] Con riferimento alle pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si richiamano i seguenti contributi: Giannaccari A., *A la guerre comme a la guerre: connessioni demaniali marittime, Adunenza plenaria e procedure selettive (al 2023)?*, in Mercato, concorrenza, regole, fasc. 3; Costageorgos D., *L'obbligo di evidenza pubblica per il rilascio delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative : nota a Cons. Stato, ad. plen., n. 18 del 9 novembre 2021*, in Rivista della Corte dei Conti, fasc. 6.

ISSN 2036-7821

evidente del diritto interno. Ecco che in dottrina si è sviluppata la teoria dei c.d. *Controlimiti*, con riferimento alla quale si sostanzia una, seppur limitata, primazia del diritto costituzionale interno ai singoli Stati rispetto al diritto UE.
Nel nostro ordinamento, il principio di supremazia del diritto UE sul diritto interno trova il suo precipitato normativo nel disposto di cui all'art. 11 Cost. Che garantisce il processo di armonizzazione tra i vari ordinamenti, con il radicarsi di legami sempre più stringenti tra le giurisdizioni, europea e nazionale, in un processo di continua osmosi tra i due sistemi normativi, nell'ottica del controllo diffuso della compatibilità del diritto interno alle norme UE.
Secondo l'orientamento sostenuto dalla Corte di Giustizia, della c.d. Tesi monista, l'ordinamento comunitario e l'ordinamento interno erano concepiti come un unico sistema che doveva integrarsi vicendevolmente secondo il criterio della gerarchia delle fonti, con la conseguente primazia del diritto comunitario. Secondo la ricostruzione, invece, della Corte Costituzionale, i rapporti tra i due ordinamenti si sarebbero dovuti configurare in virtù della tesi dualistica, nel senso di ritenere i due ordinamenti separati ed autonomi, seppur intersecati tra loro.
Negli anni '70, tuttavia, la Corte Costituzionale iniziò a mostrare una certa apertura alla primazia del diritto comunitario (con riferimento, in particolare, a specifici ambiti oggetto dei trattati), fino ad addivenire nel 1984 alla c.d. Sentenza Granithal, con la quale la Corte Costituzionale affermò la possibilità per i giudici interni di non applicare la normativa nazionale contrastante con quella comunitaria, senza la necessità di sollevare questione pregiudiziale di legittimità costituzionale. Secondo tale orientamento, dunque, pur permanendo la dualità tra i due ordinamenti (comunitario e nazionale), la norma interna non avrebbe potuto subire effetti in termini di invalidità o di vizi per il contrasto con la normativa nazionale, con la conseguenza che in caso di conflitto sarebbe rimasta in uno stato di quiescenza, potendo la stessa riespandersi nel caso del venir meno della norma comunitaria.
L'armonizzazione dei due ordinamenti trovava, sin dalla sentenza sopra richiamata, un limite nella intangibilità dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione (c.d. Controlimiti, ovvero lo "zoccolo duro" della Costituzione italiana). La violazione di principi fondamentali e strutturali dell'ordinamento comportava, infatti, l'illegittimità nella parte in cui avrebbe permesso l'ingresso nell'ordinamento intorno di disposizioni sovranazionali con esso contrastanti. Il relativo accertamento spettava alla Corte Costituzionale, in virtù di un rinvio pregiudiziale da parte del giudice ordinario[11].

[11] Si tratta del c.d. incidente di costituzionalità, cui fa seguito anche l'eventuale disapplicazione della normativa nazionale configgente, ove il diritto UE venga valutato come prevalente rispetto al diritto interno. L'antinomia tra norma interna e norma UE da luogo ad una questione di legittimità costituzionale, fatta valere nel corso di un giudizio principale. E soltanto qualora non sia possibile superare l'antinomia di che trattasi mediante una interpretazione conforme il giudice deve porre la questione di legittimità in relazione all'art. 11 Cost. ed all'art.

ISSN 2036-7821

5. Il contrasto giurisprudenziale in materia: la tesi sostenuta dal Tar Puglia e la tesi sostenuta dall'adunanza Plenaria nelle sentenze gemelle n. 17 e 18 del 2021.

Scrutando nel dettaglio le tesi sopra menzionate, contrapposte, sviluppatesi nella giurisprudenza relativa alle concessioni demaniali marittime, ci si rende conto della vastità e della complessità del tema di che trattasi, che necessita di una analitica e dettagliata analisi.

Partendo dalle pronunce che, stante l'autoritatività dell'organo emanante, avrebbero dovuto risolvere la quesitone relativa alla natura ed alla *ratio* giuridica sottesa alle concessioni demaniali di che trattasi, sintetizzando il principio giuridico in esse espresso, se ne desume che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (nelle pronunce n. 17 e 18 del 2021) abbia inteso affermare la contrarierà della proroga automatica delle concessioni di che trattasi al diritto eurounitario, con la conseguenza che la legislazione nazionale in contrasto con essa andasse disapplicata sia dalla PA che dal giudice.

La questione posta all'adunanza Plenaria[12] concerne i seguenti quesiti: 1) se sia doverosa la disapplicazione, da parte dello Stato italiano, delle leggi statali e/o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; 2) in caso di esito positivo, se lo Stato italiano sia tenuto all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la disciplina UE, ovvero al riesame di cui all'art. 21 octies della L. N. 241/1990 e ss.mm.ii.; 3) se il giudicato favorevole in materia poteva essere di ostacolo ad un eventuale annullamento d'ufficio del provvedimento di proroga.

Al fine di dare risposta ai quesiti sopra descritti, il Consiglio di Stato ha posto l'attenzione preliminarmente sulla "*estensione*" della rilevanza giuridica della problematica relativa alle concessioni demaniali marittime e tanto in considerazione dell'applicabilità o meno al caso di specie del disposto di cui all'art. 49 TFUE e di cui all'art. 12 della Direttiva servizi (c.d. Bolkestein, che si è posta l'obiettivo di rimozione degli ostacoli alla libertà di stabilimento ed alla libera circolazione dei servizi). Con riferimento all'applicabilità dell'art. 49 TFUE, la Corte di Giustizia, sin dalla sentenza Telaustria e Telefonadess (sentenza 07.12.2000 causa C-324/1998), ha statuito che qualsiasi atto di uno Stato che stabilisca le condizioni alle quali è subordinata la prestazione di un'attività economica è tenuto a rispettare i principi fondamentali del Trattato ed, in particolare, il principio di non discriminazione e parità di trattamento, nonchè l'obbligo di trasparenza, con adeguato livello di

117 Cost. quali norme interposte, al fine di valutare la prevalenza dell'un ordinamento piuttosto che dell'altro. V. I casi Welby e caso Englaro.

[12] Questione deferita dal Presidente del Consiglio di Stato con decreto n. 160 del 24.05.2021.

ISSN 2036-7821

pubblicità che garantisca la concorrenza, nonchè l'imparzialità delle procedure di aggiudicazione.

Nel caso delle concessioni demaniali marittime, trattandosi di una commessa di rilevante valore economico, specificità sul piano tecnico, la cui attrattiva in ambito transfrontaliero[13] non è determinata dal prezzo e/o dal diritto di sfruttare economicamente il singolo servizio avente rilevanza economica, ma piuttosto dal valore stesso del patrimonio naturalistico oggetto di concessione più rinomato ed attrattivo del mondo (per conformazione, ubicazione geografica, condizioni climatiche e vocazione turistica), vieppiù se si consideri la possibilità ammessa dall'art. 45 bis del codice della navigazione di ricorrere alle sub-concessioni, tale settore - secondo la Plenaria - non sarebbe passibile di essere sottratto alla disciplina del libero mercato e della libera concorrenza. La disciplina nazionale di una proroga automatica di tali concessioni, dunque, si porrebbe in netto contrasto con il disposto normativo di cui all'art. 49 e 56 TFUE, in quanto limiterebbe ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi del mercato interno.

Altro argomento richiamato dalla Plenaria a fondamento della tesi della illegittimità della proroga automatica delle concessioni demaniali marittime è il richiamo espresso all'art. 12 della Direttiva n. 2006/123, relativo ai servizi del mercato interno.

Prescindendo dal carattere transfrontaliero del sevizio e partendo dai principi enunciati nella pronuncia della Corte UE Promoimpresa del 2016, la Plenaria addiviene ad affermare che: 1) l'art. 12 della direttiva servizi incide sulla normativa nazionale solo in modo indiretto, essendo la concessione una precondizione per l'esercizio dell'impresa turistica; 2) la materia della concorrenza è una materia trasversale che concerne tutti i settori in cui la UE è priva di ogni competenza o ha una competenza soltanto di sostegno; 3) è la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia UE ad ammettere l'applicabilità della direttiva servizi anche al settore del turismo (Corte di giustizia, Grande sezione, 22 settembre 2020, C-724/2018 e C-727/2018, punto 35). Tutto ciò per affermare che le concessioni di beni demaniali marittimi sono qualificabili come "*autorizzazioni di servizi*" di cui all'art. 12 della direttiva - *self-executing* - e come tali sottoposte ad obbligo di gara, a tutela degli ambiti economico che richiedono l'utilizzo di risorse naturali scarse.

Tanto non troverebbe limite nemmeno nella sussistenza di un giudicato favorevole al concessionario: secondo il consolidato principio di sopravvenienza normativa che incide sulle situazioni giuridiche durevoli per la parte che si svolge successivamente al provvedimento confermato dal giudicato[14], l'incompatibilità dello stesso con la

[13] L'interesse transfrontaliero di un servizio e/o affidamento consiste nella capacità della commessa pubblica a configurare una opportunità di guadagno da parte dell'Amministrazione proponente che attrae gli operatori economici degli altri Stati membri.

[14] Provvedimento che, in virtù del potere immediatamente applicativo della disciplina europea, si configura come meramente ricognitivo della stessa.

ISSN 2036-7821

norma nuova comporta il venir meno della sua cogenza con riferimento all'applicazione della disciplina riformata[15].

Di differente avviso, invece, appare ancora oggi parte della giurisprudenza nazionale di primo grado. Il TAR Lecce, in particolare, discostandosi dall'orientamento giurisprudenziale di cui sopra, ha affermato che il potere-dovere di disapplicazione della normativa interna configgente con la disposizione comunitaria possa essere riconosciuto in capo unicamente al giudice amministrativo, e non anche in capo alla PA, la quale, non essendo legittimata all'accertamento della natura delle direttive (se o meno immediatamente applicabili), è vincolata alla disciplina nazionale. Peraltro, il TAR Puglia ha negato la natura self-executing della Direttiva servizi (in contrasto anche con gli orientamenti consolidati del TAR Firenze, Salerno, Pescara, Roma e Venezia). A tanto è seguita, altresì, la messa in discussione delle conclusioni delle sentenze gemelle dell'adunanza Plenaria a cui è seguita la promozione della questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE con l'ordinanza n. 743/2022.

Già con la pronuncia n. 1321 del 27.11.2020, il TAR Puglia aveva messo in discussione il primato del diritto UE in materia di concessioni demaniali marittime[16]. La questione dalla stessa affondata concerneva l'impugnazione di un provvedimento di annullamento in autotutela del provvedimento di proroga concesso in favore di uno stabilimento balneare sito in Salento, in quanto in violazione del principio di cui all'art. 12 della Direttiva servizi. Con riferimento a tale impugnazione, il TAR Puglia aveva accolto il ricorso promosso statuendo che la decisione della Corte di Giustizia UE con cui si afferma che il principio di dare attuazione alla norma comunitaria disapplicando la norma interna costituirebbe un obbligo dello Stato membro in tutte le sue articolazioni (giudice e PA), non può ritenersi norma dichiarativa di interpretazione autentica della norma comunitaria, perché essa non ha ad oggetto alcuna individuazione della *ratio legis* di una specifica norma comunitaria, ma concerne le regole generali e le modalità di applicazione della normativa unionale generalmente intesa, qualificabile in quanto tale come mero *obiter dictum*. Si afferma, in sostanza, la natura *non self-executing* della Direttiva servizi.

Altro principio enunciato dal TAR Lecce concerne, poi, il ruolo della PA nella disapplicazione della normativa nazionale contrastante con il diritto UE. Sul punto, il giudice di primo grado è addivenuto ad affermare che la possibilità di rivolgersi alla Consulta o alla Corte di Lussemburgo per risolvere l'antinomia, essendo riservata al potere giudiziario (giudici nazionali) determinerebbe che questi sarebbe l'unico titolato a disapplicare la norma interna contrastante col diritto UE; la norma in

[15] Nel caso di specie, con applicazione del principio della graduazione degli effetti dell'annullamento dell'atto amministrativo.

[16] Per approfondimenti, v. Chiti E., *False piste : il Tar Lecce e le concessioni demaniali marittime*, in Giornale di diritto amministrativo, fasc. 6.

ISSN 2036-7821

questione, invece, sarebbe vincolante per la PA, tenuta ad adottare i provvedimenti conformi alla normativa interna.
Va, tuttavia, precisato che la tesi del TAR Puglia - ad oggi - costituisce tesi minoritaria, stante le molteplici pronunce conformative ai principi di cui alle sentenze n. 17 e 18/2021 dell'adunanza Plenaria. Con due sentenze recenti il TAR Lazio (sez. II, 11.05.2022 n. 5869 e sez. II, 01.06.2022 n. 7173), ha ritenuto addirittura non necessario il rinvio pregiudiziale formulato dal TAR Lecce in materia, affermando che la disciplina della direttiva Bolkestein, come interpretata dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza 14.07.2016, causa C-458/14 e C-67/15, è direttamente applicabile all'ordinamento interno, a prescindere dalla sussistenza di un interesse transfrontaliero certo, in quanto oggetto di armonizzazione esaustiva o completa da parte del legislatore comunitario, stante il livello di dettaglio sufficiente per essere applicata direttamente nell'ordinamento interno.

6. Le tesi giurisprudenziali recenti a confronto.
Accanto all'orientamento inaugurato dal TAR Puglia, anche in contrasto con le pronunce della Plenaria, si affiancano sentenze dei giudici di primo grado conformi a queste ultime (v., TAR Lazio, Roma n. 1288/2021 che, sulla proroga delle concessioni, ne afferma la legittimità alla luce dei principi enunciati dalla Plenaria; TAR Lazio, n. 5095/2022)[17].
Si vedano, di recente, due pronunce del TAR Lazio (n. 7157/2022 e n. 7173/2022), aventi ad oggetto la impugnazione di provvedimenti di autorizzazione delle concessioni demaniali marittime emessi a seguito di procedura ad evidenza pubblica. Nella specie, i ricorrenti lamentavano la applicabilità dell'art. 1, comma 682 e 683, della L. N. 145/2018, dell'art. 182, comma 2, del D.L. n. 34/2020 in materia di proroga delle concessioni fino al 2033. Con riferimento a tale fattispecie, i giudici di primo grado, recependo l'orientamento delle sentenze gemelle del Consiglio di Stato n. 17 e 18 del 2021, hanno affamato che "*il principio secondo cui il diritto dell'unione impone che il rilascio o il rinnovo delle concessioni demaniali marittime (o lacuali o fluviali) avvenga all'esito di una procedura di evidenza pubblica, con conseguente incompatibilità della disciplina nazionale che prevede la proroga automatica ex lege, fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni in essere*" non devono trovare applicazione. Ciò nonostante, i giudici di primo grado hanno disposto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione e della procedura di gara, ivi compresa la lex specialis, affermando che, intanto si possa addivenire all'applicazione della normativa della evidenza pubblica, in presenza e nel rispetto della pianificazione comunale e regionale concernente il

[17] V., in dottrina, Zamparese A., *Considerazioni in materia di concessioni demaniali marittime, in Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*; Benettazzo C., *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo tra diritto interno ed europeo, in Munus: rivista giuridica dei servizi pubblici*, fasc. 1.

ISSN 2036-7821

litorale laziale, identificando l'adozione del PUA quale presupposto imprescindibile per il rilascio di titoli concessori. In assenza di una pianificazione territoriale, dunque, sarebbe da ritenersi illegittima anche la procedura ad evidenza pubblica attivata da Roma Capitale per l'attribuzione delle concessioni demaniali marittime.
Nella pronuncia n. 7157/2022, invece, il TAR Lazio ha fondato l'accoglimento del ricorso promosso dalle società ricorrente in applicazione del principio del c.d. Legittimo affidamento. Da tanto ne sarebbe conseguita l'applicabilità del provvedimento amministrativo di proroga delle concessioni fino al termine normativamente previsto, al fine di consentire l'adeguamento del diritto interno alle prescrizioni UE in tema di concessioni demaniali marittime[18].
Il TAR Salerno, poi, nella pronuncia n. 265/2021, in applicazione del principio di disapplicazione della normativa interna contrastante con il diritto comunitario, ha disposto la illegittimità dell'applicazione della proroga automatica delle concessioni demaniali marittime. Ulteriori conferme provengono dal TAR Toscana che, con la pronuncia n. 363 dell'08.03.2021, ha affermato la inapplicabilità della proroga automatica delle concessioni demaniali marittime, pur tuttavia invocando un intervento chiarificatore in materia[19].
Da ultimo si invoca, infine, la pronuncia del Consiglio di Stato del 16.06.2022. N. 4939, di riforma della sentenza del TAR Puglia n. 603/2021, con cui era stato parzialmente accolto il ricorso promosso da un titolare di una concessione demaniale marittima allo stesso non riconosciuta in virtù del subingresso. La impugnativa concerneva la negazione da parte dell'ente locale della proroga normativa di cui all'art. 1, comma 682 e ss., della L.n. 145/2018 e ss.mm.ii. Il Consiglio di Stato conferma, in tale pronuncia, i principi enunciati dalle Plenarie in materia di interesse transfrontaliero certo, di scarsità delle risorse e di legittimo affidamento. Nella pronuncia n. 229 del 13.01.2022, il Consiglio di Stato, tuttavia, espressamente dichiara che: "*le opere realizzate dai concessionari sulla superficie demaniale, ai sensi dell'art. 952 c.c., d'esclusiva proprietà privata c.d. Superficiali fino al momento dell'effettiva scadenza*", ammettendo a fondamento di quanto sopra la legittimità della proroga delle concessioni demaniali marittime fino al 31.12.2023.

7. La applicabilità diretta od indiretta della direttiva Bolkestein alle concessioni demaniali marittime. La tesi del Tar Puglia.
Fermo restando il quadro normativo e giurisprudenziale sopra menzionato e ponendo l'attenzione sull'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE emessa dal TAR Puglia, si evidenzia che con tale rinvio i giudici di primo grado

[18] V. In proposito, anche TAR Lazio, n. 5869/2022; Cons. Stato, n. 229/2022; Cons. Stato. n. 6043/2019; Cons. Stato, n. 729/2017; Cons. Stato, n. 1146/2020; Cons. Stato, n. 1462/2022.
[19] V. Anche TAR Abruzzo, n. 40/2021; TAR Salerno, n. 913/2022; TAR Veneto, n. 218/2020.

ISSN 2036-7821

si sono posti il problema dell'efficacia (diretta e/o indiretta) della Direttiva Bolkestein in materia di concessioni demaniali marittime nel territorio italiano[20].

Con riferimento all'efficacia, immediata o differita della Direttiva Bolkestein, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 17-18/2021 ne aveva affermato il carattere self-executing, dichiarando che tale carattere era stato espressamente riconosciuto dalla Corte di Giustizia nella sentenza Promoimpresa (C-174/06), oltre che da copiosa giurisprudenza nazionale che ne ha fatto seguito.

Ed è proprio su tale punto che il TAR Puglia fonda la propria questione pregiudiziale proposta alla Corte di Giustizia UE, in virtù una serie di motivi: 1) in primo luogo, affermano i giudici di prime cure, nella giurisprudenza nazionale non è stato mai affrontato in modo esplicito il problema della natura auto-esecutiva o meno della Direttiva Bolkestein, dandola per scontata (nell'uno e nell'altro senso); 2) né tale natura (auto-esecutiva o meno) sembra esser contenuta nella pronuncia Promoimpresa, nella quale espressamente è disposto che: "*gli articoli da 9 a 13 della direttiva 2006/123 prevedono una serie di disposizione che devono essere rispettate dallo Stato membro qualora l'attività di servizio sia subordinata al rilascio di un'autorizzazione*", e che "*si deve ritenere che gli articoli da 9 a 13 della direttiva provvedano ad una armonizzazione esaustiva concernente i servizi che rientrano nel loro campo di applicazione*"[21]; 3) men che meno sarebbe possibile limitare la natura *self-executing* al solo articolo 12 che, peraltro, nel suo contenuto dispositivo, richiama il necessario intervento integrativo da parte del legislatore interno, altrimenti configurandosi una vera e propria petizione di principio; 4) nella specie, non si è di fronte ad una norma comunitaria incondizionata, ovvero non soggetta ad alcuna condizione né subordinata, per quel che concerne la sua osservanza ed i suoi effetti, all'emanazione di alcun atto da parte delle istituzioni nazionali ai fini della sua diretta applicabilità, sia da parte della PA che da parte del giudice nazionale.

[20] La diretta applicabilità della direttiva Bolkestein in materia di concessioni demaniali marittime si evince chiaramente dalla sentenza "Promoimpresa", nella quale si leggono i seguenti principi enunciati: "1) *l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principiali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati; 2) l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo*". Secondo l'orientamento maggioritario la Direttiva sopra richiamata intanto avrebbe rilievo nella materia delle concessioni marittime demaniali in quanto finalizzata alla tutela di risorse naturali scarse, come nel caso dei beni demaniali marittimi, mediante il necessario rilascio di autorizzazioni, soggetti a procedure di selezione tra candidati potenziali che devono presentare tutte le garanzie di imparzialità e di trasparenza, nonchè di adeguata pubblicità e concorrenza.

[21] V., sul punto, anche Corte Giust. UE causa C-236/92; causa C-8/81; causa C-103/88; causa C-38/67; causa C-152/84; causa C-71/85.

ISSN 2036-7821

Da tanto se ne desumerebbe, piuttosto, la natura non auto-esecutiva della Direttiva Bolkestein in materia di concessioni demaniali marittime, con tutto ciò che da tanto ne consegue, in particolare in termini di inapplicabilità diretta ed immediata della stessa nel territorio degli Stati membri. Da tanto ne dovrebbe, invece, derivare la piena applicazione della normativa nazionale in tema di proroga delle concessioni demaniali marittime, non soggetta all'esercizio del potere di disapplicazione e/o di mera esclusione, in considerazione anche della circostanza che la materia delle concessioni è demandata alla competenza del Dirigente comunale, non titolato di alcun potere di disapplicazione, riconosciuto dall'ordinamento unicamente al giudice nazionale a mezzo degli strumenti dell'incidente di costituzionalità dinanzi alla Corte Costituzionale od a mezzo del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, ovvero dello strumento della interpretazione conforme alla disciplina unionale, ferma restando la preminenza dei c.d. Controlimiti, nonchè il rispetto del principio della certezza del diritto[22].

Orientamento contrario, invece, pare aver espresso l'Adunanza Plenaria n. 17-18/2021, con l'affermare la natura auto-esecutiva ed immediatamente applicabile della direttiva Bolkestein, con conseguente obbligo di disapplicazione della legge nazionale anche da parte degli operatori esecutivi delle concessioni, ovvero i Dirigenti comunali senza, tuttavia, esplicitamente evidenziarne il fondamento. E tanto giustificherebbe anche il disposto di un effetto differito della predetta disapplicazione, al fine di sollecitare un intervento del legislatore per la necessaria ed opportuna adozione della norma di concreta attuazione della direttiva in questione.

Alla luce di tali presupposti, il TAR Puglia ha ritenuto non manifestamente infondata la questione sollevata alla Corte di Giustizia UE ai sensi dell'art. 267, comma II, TFUE[23], sottoponendo alla stessa i seguenti quesiti: "*1) se la direttiva 2006/123 risulti valida e vincolante per gli Stati membri o se invece risulti invalida in quanto - trattandosi di direttiva di armonizzazione - adottata solo a maggioranza invece che all'unanimità, in violazione dell'art. 115 T.F.U.E.; 2) se la direttiva 2006/123 c.d. Bolkestein presenti o meno oggettivamente ed astrattamente i requisiti minimi di sufficiente dettaglio della normativa e di conseguente assenza di spazi discrezionali per il legislatore nazionale tali da potersi ritenere la stessa auto-esecutiva e immediatamente applicabile; 3) qualora ritenuta la direttiva*

[22] Non è ammessa, nella giurisprudenza comunitaria, una interpretazione conforme che possa spingersi fino ad una interpretazione contra legem del diritto nazionale, provocando un illegittimo vuoto normativo in nessun modo colmabile. Ne consegue, dunque, che la certezza del diritto costituisce limite ostativo all'interpretazione conforme.

[23] Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE trova il suo fondamento normativo negli artt. 19, par. 3, lett. b), del TUE e 267 del TFUE. Esso rappresenta la procedura che consente ad un giudice nazionale di interrogare la Corte di Giustizia UE sull'interpretazione o sulla validità del diritto europeo nell'ambito di un contenzioso in cui tale giurisdizione venga coinvolta. Esso costituisce, in sostanza, un quesito sull'applicazione del diritto europeo nello Stato membro richiedente, quale espressione della cooperazione attiva tra giurisdizioni nazionali ed europee, al fine di garantire l'applicazione uniforme del diritto europeo.

ISSN 2036-7821

2006/123 non self-executing, se risulti compatibile con i principi di certezza del diritto l'effetto di mera esclusione o di disapplicazione meramente ostativa della legge nazionale anche nell'ipotesi in cui non risulti possibile per il giudice nazionale il ricorso all'interpretazione conforme ovvero se invece, in siffatta ipotesi, non debba o possa trovare applicazione la legge nazionale, ferme restando le specifiche sanzioni previste dall'ordinamento unionale per l'inadempimento dello stato nazionale rispetto agli obblighi derivanti dalla adesione al trattato (art. 49), ovvero derivanti dalla mancata attuazione della direttiva (procedura di infrazione); 4) se l'efficacia diretta dell'art. 12, paragrafi 1,2,3 della Dirtettiva 2006/123 equivalga al riconoscimento della natura self-executing o immediata applicabilità della direttiva medesima ovvero se, nell'ambito di una direttiva di armonizzazione quale quella in esame ("si deve ritenere che gli artt. Da 9 a 13 della direttiva provvedano ad una armonizzazione esaustiva …" ex sentenza c.d. Promoimpresa), debba intendersi come prescrizione per lo stato nazionale di adottare misure di armonizzazione non generiche, ma vincolate nel loro contenuto; 5) se l qualificazione di una direttiva come auto-esecutiva o meno e, nel primo caso, la disapplicazione meramente ostativa della legge nazionale possa o debba ritenersi di esclusiva competenza del giudice nazionale (al quale sono all'uopo attribuiti specifici strumenti di supporto interpretativo quali il ricorso al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ovvero al giudizio di legittimità costituzionale) ovvero anche del singolo funzionario o dirigente di un comune; 6) qualora invece ritenuta la direttiva 2006/123 self-executing, premesso che l'art. 49 TFUW risulta ostativo alla proroga automatica delle concessioni-autorizzazioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo solo "nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo", se la sussistenza di tale requisito costituisca o meno un presupposto necessario anche con riferimento all'applicazione dell'art. 12 paragrafi 1 e 2 della direttiva Bolkestein; 7) se risulti coerente rispetto ai fini perseguiti dalla direttiva 2006/123 e dallo stesso art. 49 TFUE una statuizione da parte del giudice nazionale relativa alla sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito dell'interesse transfrontaliero certo riferito tout-court all'intero territorio nazionale ovvero se, viceversa, stante in Italia la competenza dei singoli comuni, tale valutazione non debba intendersi riferita al territorio costiero di ciascun comune e, quindi, riservata alla competenza comunale; 8) se risulti coerente rispetto ai fini perseguiti dalla direttiva 2006/123 e dallo stesso art. 49 TFUE una statuizione da parte del giudice nazionale relativa alla sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito della limitatezza delle risorse e delle concessioni disponibili riferito tout-court all'intero territorio nazionale ovvero se, viceversa, stante in Italia la competenza dei singoli comuni, tale valutazione non debba intendersi riferita al territorio costiero di ciascun comune e, quindi, riservata alla competenza comunale; 9) qualora in astratto ritenuta la direttiva 2006/123 self-executing, se tale immediata applicabilità possa ritenersi sussistere anche in concreto in un contesto normativo - come quello italiano - nel quale vige l'art. 49 Codice della Navigazione (che prevede che all'atto di cessazione della concessione "tutte le opere non amovibili restano acquisite allo

ISSN 2036-7821

Stato senza alcun compenso o rimborso") e se tale conseguenza della ritenuta natura self-executing o immediata applicabilità della direttiva in questione (in particolare con riferimento a strutture in muratura debitamente autorizzate ovvero a concessioni demaniali funzionalmente collegate ad attività turistico ricettiva, come hotel o villaggio) risulti compatibile con la tutela di diritti fondamentali, come il diritto di proprietà, riconosciuti come meritevoli di tutela privilegiata nell'ordinamento dell'u.E. E nella Carta dei Diritti Fondamentali".

8. Gli effetti sull'attività amministrativa del contesto normativo e giurisprudenziale in materia di concessioni demaniali marittime. Il disorientamento degli enti pubblici.

Il problema della applicabilità della normativa in materia di proroga delle concessioni demaniali marittime, stante le differenti e divergenti interpretazioni giurisprudenziali fiorite negli ultimi temi (ultima tra tutte l'interpretazione fornitane dal TAR Puglia nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale di che trattasi), si è spostato di fatto sulle pubbliche amministrazioni deputate, a seguito della riforma costituzionale, al rilascio delle concessioni sul demanio, ed in particolare sulle Regioni e, successivamente, per sub-delega sui Comuni[24].

In tale quadro interpretativo ondivago, i Comuni - preposti concretamente all'attuazione della gestione del demanio pubblico - hanno adottato provvedimenti amministrativi volti a far fronte alla situazione normativa poco chiara, generando ulteriore caos applicativo, in un valzer di proroghe o negatorie a seconda della interpretazione datane della legge nazionale, in disapplicazione della stessa e contestuale prevalenza del diritto unionale. E tanto, in considerazione della scala gerarchica delle fonti del diritto nell'ambito dell'ordinamento giuridico, così come eterointegrato dalla normativa UE, sottordinata alla Costituzione ed alle leggi costituzionali, ma sovraordnata rispetto alla fonte legislativa ordinaria quando immediatamente applicabile nell'ordinamento dello Stato membro, in caso di carattere *self-executing* della stessa[25].

9. Conclusioni.

Alla luce delle osservazioni formulate sul proliferare della normativa e della giurisprudenza in materia di concessioni demaniali marittime, sono necessarie alcune considerazioni conclusive.

[24] Pur tuttavia, essendo la materia delle concessioni demaniali marittime riconducibile ai principi della libera allocazione dei servizi e della libera concorrenza, anche lo Stato ex art. 117 Cost. ha l'onere di intervenire costantemente nella regolamentazione della materia, in un'ottica di sincronia normativa rispetto agli organi preposti alla sua attuazione.

[25] La direttive self-executing, infatti, ha la particolarità che, decorso il termine di moratoria concesso agli Stati membri per l'adeguamento al suo contenuto, senza che sia necessario alcun esercizio di potere discrezionale da parte degli stessi, trova immediata e diretta applicazione, pur in assenza del summenzionato intervento normativo (limitatamente all'efficacia solo verticale ascendente).

ISSN 2036-7821

Si è partiti dalla genesi della disciplina relativa alle concessioni demaniali marittime, alla ratio che s poneva a fondamento della proroga "infinita" delle stesse. Si è passati per la creazione di un giustificativo legittimo a tali proroghe con la nascita del diritto di insistenza dei concessionari "abitudinari" rispetto agli aspiranti alla concessione, per poi arrivare a dover affrontare il problema della concorrenza, comunitariamente imposta.

Con l'avvento della Direttiva Servizi c.d. Bolkestein si è, infatti, posto il problema della necessità di inserimento nell'ordinamento nazionale di una normativa che qualificasse di permanente interesse il principio della concorrenza, evidentemente in contrasto con la prassi di rinnovazione fino ad allora vigente in Italia e negli altri stati aderenti all'ue.

Con rifermento alla Direttive Bolkestein, inoltre, la dottrina e la giurisprudenza hanno sollevato una questione circa la sua diretta applicabilità al diritto interno, con conseguenze devastanti sulla materia delle concessioni demaniali marittime.

Se da un lato, parte della giurisprudenza, ad oggi maggioritaria, ha ritenuto applicabile direttamente nel diritto interno la disciplina della Direttiva Bolkestein ed, in particolare, dei principi generali di cui essa è portatrice, con la conseguenza che qualsivoglia strumento normativo con essa contrastante andrebbe disapplicato (secondo alcuni dal giudice, secondo altri anche dalla PA); altro orientamento, ad oggi minoritario, ritiene non direttamente applicabile il diritto comunitario al diritto interno ed, in particolare la Direttiva Bolkestein che, dunque, necessiterebbe di un atto di reperimento applicativo ai fini del suo ingresso fattuale nell'ordinamento italiano.

Tale assunto comporta, dunque, che in assenza di recepimento del diritto UE, è qualificabile come pienamente valida ed efficace la disciplina italiana che, ancora oggi, stante il proliferare normativo a causa dell'emergenza da Covid-19, prescrive un regime di proroghe, destinato a durare ancora a lungo nel tempo.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

vI nuovi paradigmi funzionali di Cassa Depositi e Prestiti (CDP) nel patrimonio destinato.

di C. Alessio Mauro

(Professore Straordinario di Diritto Pubblico dell'Economia presso l'Università Internazionale Telematico UniNettuno)

Sommario

1. Inquadramento del problema: il patrimonio destinato di Cassa depositi e prestiti – CDP - 2. I patrimoni destinati - 3. I patrimoni di destinazione nel Codice civile: cenni - 4. I patrimoni di destinazione nella legislazione di settore - 5. I patrimoni destinati nella normativa pubblicistica - 6. Natura e funzioni di CDP: approfondimenti - 7. Il Patrimonio destinato di CDP nell'art. 27 del "Decreto Rilancio" - 8. Considerazioni conclusive a margine delle differenziazioni rispetto alla disciplina di diritto comune

Abstract

The theme of the assets allocated to Cassa Depositi e Prestiti is part of the innovative imprint that the European Union has assigned to the methods of State intervention in the economy, in which context a season of industrial planning and economic planning emerges aimed at ensuring to the economic behavior of states that function that John Stuart Mill had already premonitioned in the category of the relationship between ethics and economic activity.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Inquadramento del problema: il patrimonio destinato di Cassa depositi e prestiti- CDP

La tematica del patrimonio destinato di Cassa Depositi e Prestiti s'inquadra nell'innovativa impronta che l'Unione europea ha assegnato alle modalità d'intervento dello Stato nell'economia, nel cui ambito emerge una stagione di programmazione industriale e pianificazione economica tesa ad assicurare al comportamento economico degli Stati quella funzione che già *John Stuart Mill* aveva premonizzato nel novero del rapporto tra etica e attività economica[1].

Invero, decorso circa un ventennio dall'originaria introduzione nel Codice civile dei patrimoni destinati ad uno specifico affare, di cui all'art. 2447-*bis*, come previsto ai sensi del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, in attuazione dell'art. 4, comma 4, lett. b, l. 366/2021, il legislatore torna ad affrontare tale delicata tematica alla luce delle sfide economico-finanziarie che si sono riproposte in conseguenza della nota crisi sanitaria da *Sars-Cov-2*, meglio conosciuta come da *coronavirus*. Nel delineato ambito, si colloca il nuovo articolo 27, comma l, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, con cui Cassa Depositi e Prestiti (di seguito soltanto "CDP") è autorizzata a costituire un patrimonio destinato[2] a cui sono apportati beni e rapporti giuridici dal Ministero dell'economia e delle finanze.

---

[1] J. S. MILL, Principles of Political Economy, Toronto, 1965.

[2] In tema, M. LUPOI, Istituzioni di diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari, Padova, 2011, pp. 245 e 269; ID Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645 ter cod. civ. quale frammento di trust, in Trusts att. Fid., 2006, p. 169 e ss; ID Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985, in Vita not., 1992, p. 966 ss.; ID Lettera a un notaio conoscitore dei trust, in Riv. notar., 2001, p. 1159 e ss. M. CRISOSTOMO, F. MACARIO, Separazione e individuazione del patrimonio dei fiducianti nelle azioni reipersecutorie contro la società fiduciaria, in Foro it., 1998. P. IAMICELI, Unità e separazione dei patrimoni, Padova, 2003, pag. 271-273. Sui vincoli di destinazione si veda ampiamente M. CONFORTINI, Vincoli di destinazione, in Dizionario di diritto privato, a cura di N. IRTI, Milano, 1980, 871 ss; G. DE NOVA, Il principio di unità della successione e la destinazione dei beni alla produzione agricola, in Riv. dir. agrario, 1979, 550 ss; G. ALPA, Proprietà – potere di destinazione e vincoli di destinazione, in Dizionario di diritto privato, Torino, 1985, 322 ss. A. ZOPPINI, Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni, in Riv. dir. civ., 2002, I, p.545B. B. INZITARI, I patrimoni destinati ad uno specifico affare, in Le Società, n. 2-bis, 2003. T.H. JACKSON., A.T. KRONMAN, Secured financing and Priorities among creditors, in The Yale Law Journal, 1979, pag. 1143 ss. D. ROSSANO, Fondo patrimoniale e patrimoni destinati, Riv. not. n. 4/2003. G. GIANNELLI, Obbligazioni. Strumenti finanziari partecipativi. Patrimoni destinati, in Diritto delle società, Giuffrè, 2008, p. 163. G. TRAPANI, F. MANGIULO, Il conferimento in fondo patrimoniale di titoli dematerializzati, in Studi mat., 2012, p. 1053 ss.. M.L. CENNI, Il fondo patrimoniale, in F. ANELLI, M. SESTA (a cura di), Regime patrimoniale della famiglia, in Tratt. dir. fam. ZATTI, Milano, 2012, p. 744 ss.; A.L. NIUTTA, I Patrimoni e finanziamenti destinati, Milano, 2006. R. SANTAGATA DE CASTRO, F. D. BUSNELLI, Dei Patrimoni destinati ad uno specifico affare, Commentario, a cura di F. BUSNELLI, Milano, 2014. F. CLAUSER, P. LAROMA JEZZI (a cura di), Casi e questioni in tema di negozi di destinazione, Torino, 2019, p. 93 ss. G. PESCATORE, V. BUONOCORE, F. BONELLI, F. FERRO LUZZI, A. GAMBINO, P. JAEGER, R. COSTI, La Funzione di garanzia dei patrimoni destinati, Quaderni di Giur. Comm., Milano, 2008. P. MANES, Sui «patrimoni destinati ad uno specifico affare» nella riforma del diritto societario, in Contr. impr., 2003, p. 197. F. TERRUSI, G. SCOGNAMIGLIO, M. MOZZARELLI, R. SANTAGATA DE CASTRO, L. DI LORENZO, R. RORDORF, Operazioni Straordinarie, Patrimoni destinati, Liquidazione ed estinzione, Milano, 2020. C. CARUSO, G. CURTI, La conferibilità degli strumenti finanziari dematerializzati nel fondo patrimoniale, in Contr. impr., 2001, p. 1423 ss.; G. PALERMO, Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano, in Riv. dir. comm., 2001, I, p. 414; A. FEDERICO, L'interesse alla trascrizione e la pubblicità dell'atto di destinazione, Giust. Civile.com,

ISSN 2036-7821

Il ricorso alla figura del patrimonio di destinazione, invero, s'inquadra nell'ottica del *"sostegno e il rilancio del sistema economico produttivo italiano … nelle forme e alle condizioni previste dal quadro normativo dell'Unione Europea sugli aiuti di Stato"* (art. 27, comma 4).

In via generale, le *rationes* poste a presidio della legislazione emergenziale si collegano all'esigenza di assicurare interventi e operazioni in grado di sostenere il rilancio del sistema economico-produttivo[3] italiano al fine di superare la battuta di arresto che si è registrata nei vari settori dell'economia, con *"interventi e operazioni di sostegno e rilancio del sistema economico-produttivo*[4] *italiano in conseguenza dell'emergenza epidemiologica da Covid-19"* (art. 27, comma 1).

---

fasc. n. 3/2015. M. BIANCA, Vincoli di destinazione e patrimoni separati, Padova, 1996. A. BUSANI, C.M. CANALI, Strumenti finanziari dematerializzati: circolazione, vincoli e conferimento in fondo patrimoniale, in Riv. not., 1999, pp. 1081 ss. e 1084 ss. G. PALERMO, La destinazione di beni allo scopo, in Aa.Vv., La proprietà e il possesso, II, in Dir. civ. N. LIPARI, P. RESCIGNO, Milano, 2009, p. 407; A.C. DI LANDRO, L'art. 2645-ter c.c. e il trust: spunti per una comparazione, in Riv. not., 2009, pp. 597 e 607. M. CEOLIN, Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato, Padova, 2010. F. BENATTI, Le forme della proprietà, Milano, 2010.; Id., Vincoli di destinazione, in Aa.Vv., Diritti reali parziari, II, in Tratt. dir. reali A. GAMBINO, E MORELLO, Milano, 2011. C. D'APREA, Negozi di destinazione: ruolo e responsabilità del notaio, in Riv. not., 2011, p. 817. B. MASTROPRIETRO, Destinazione di beni ad uno scopo e rapporti gestori, Napoli, 2011. F. GALLUZZO, L'amministrazione dei beni destinati, Milano, 2012. V. CORRIERO, Autonomia negoziale e vincoli negli atti di destinazione patrimoniale, Napoli, 2015. F. GALLUZZO, Gli atti di disposizione e di amministrazione dei beni destinati, in Contr. impr., 2016, p. 233 e ss.

[3] Per la contrapposizione fra le teorie conservative, rispetto a quelle interventiste dello Stato nell'economia, si consiglia la consultazione A. SMITH, The Wealth of nations, Milano, 1776, in G. SOBBRIO, pag. 17. La scuola economica che nello Stato rinviene esclusivamente funzioni correttive, si traduce nella chiamata del medesimo a rimuovere gli ostacoli al pieno sviluppo del sistema economico nella sua visione autonoma ed autosufficiente; funzione che, invece, caratterizza l'odierno sistema di programmazione industriale e pianificazione economica dell'Unione europea per un nuovo assetto di mercato, più resiliente e più competitivo. Si consiglia la consultazione per la ricostruzione liberale G. BEDESCHI, Storia del pensiero liberale, Bari, 2004. M. MAZZUCATO, Lo Stato Innovatore, Roma, 2014. L'Autrice supera le teorie più conservative e restrittive, delineando una visione dello Stato nei termini di un dinamismo costruttivo e nel cui sviluppo risiede l'efficientamento del mercato visto nel suo complesso. In generale di J. RAWLS, A Theory of Justice, Oxford University Press, 1972; R. SUGDEN, The Economics, Cooperation and Welfare, 1986, Oxford, Basil Blackwell; K. BINMORE, Game Thory and The Social Contract, Vol. II, Just Fair, Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1998. R.H. COASE, The Nature of the Firm, in Economica 4, 1937, riproposto nel testo di G. SOBBRIO; DOUGLASS C. NORTH, Istitutions, Institutional Change and Economic Performance, Cambrifge University Press, 1990; J.J. LAFFONT, J. TIROLE, A Theory of Incentives in Procurement and Regulation, MIT Press, Comb., Mass., USA e Regno Unito, 1993. G. SOBBRIO, Modelli organizzativi ed intervento pubblico, in Rassegna economica, n. 2, 1995. G. Brosio, La teoria economica dell'organizzazione, Bologna, 1989. O.E. WILLIAMSON, The Economics of Harvester Wheatsheaf, New York, 1986. A. PEACOCOK, R.A. MUSGRAVE, Classic in the Theory of Public Finance, MacMillan, Londra, 1958.

[4] Per una panoramica in tema di sistema finanziario nazionale, negli intricati rapporti tra disciplina sugli Aiuti di Stato e crisi sistemica, cfr. F. CAPRIGLIONE, Nuova Finanza e Sistema Italiano, UTET, Milano, 2016; M. PELLEGRINI, A. SACCO GINEVRI, Il ruolo dello Stato nei settori strategici dell'economia, in AA.VV., Corso di diritto pubblico dell'economia (a cura di M. PELLEGRINI), Padova, 2016, 453 ss. In materia di Golden Powers, v. A. SACCO GINEVRI, Golden powers e funzionamento delle imprese strategiche, in Foreign Direct Investment Screening - Il controllo sugli investimenti esteri diretti, a cura di G. NAPOLITANO, Bologna, Il Mulino, 2019, 153 ss. Si veda B. CROCE, Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia, 1907; Filosofia della pratica. Economica ed etica, 1909; Cfr. A. PINAZZI, Recensione al testo Benedetto Croce, Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia, a cura di C. NITSCH, Giuffrè, Civiltà del diritto, 2016, consultabile su: Rivista on line Diritti

ISSN 2036-7821

Il legislatore è intervenuto in materia con un'articolata disciplina giuridica che ha, nel particolare, preveduto la possibilità di dividere il patrimonio destinato in comparti di operatività[5] composti, rispettivamente, dai beni e dai rapporti giuridici attivi e passivi ad essi apportati, nonché dai beni e dai rapporti giuridici di tempo in tempo generati o, comunque, rivenienti dalla gestione delle loro rispettive risorse, ivi inclusi i mezzi finanziari e le passività promananti dalle operazioni di finanziamento.
La scelta legislativa di suddividere il patrimonio destinato in più comparti trova inquadramento nell'esigenza di assicurare un'efficiente gestione dell'intero *asset* patrimoniale, la cui dimensione ne ha suggerito la decodificazione di diversi ambiti operativi.
Ulteriormente, la normativa in esame conferma il principio della separazione patrimoniale, nella misura in cui sancisce che ciascuno dei comparti è *"autonomo e separato, a tutti gli effetti, dal patrimonio di CDP S.p.A. e dagli altri patrimoni separati costituiti dalla stessa"* (art. 27, comma 1, ottavo cpv.).
Emerge l'espressione del più ampio principio dell'autonomia dei comparti rispetto al patrimonio di CDP S.p.A. e dagli altri patrimoni separati costituiti dalla stessa, potendo "*rispondere i medesimi esclusivamente delle obbligazioni assunte nei limiti dei beni e rapporti giuridici agli stessi apportati ovvero generati o rivenienti dalla gestione"* (art. 27, comma 1) e non essendo "*ammesse azioni dei creditori del Patrimonio Destinato o nell'interesse degli stessi*" (art. 27, comma 1).
Alla luce di tali premesse, si delinea un complesso apparato normativo incentrato sull'innovativa funzione di CDP[6] quale soggetto gestore di un patrimonio destinato[7],

---

Comparati, Comparare i diritti fondamentali in Europa, 17 maggio 2017, https://www.dirittocomparati.it/benedetto-croce-riduzione-della-filosofia-del-diritto-alla-filosofia-delleconomia-cura-di-c-nitsch-giuffre-civilta-deldiritto-2016/.

[5] Come si è visto in premessa, infatti, corollario del patrimonio di destinazione è, dunque, la circostanza che ciascun settore risponde esclusivamente delle obbligazioni dallo stesso assunte e nei limiti dei beni e rapporti giuridici conferiti oppure, come si è detto, da quelli generati o rivenienti dalla gestione. Sul patrimonio in commento non sono, conseguentemente, consentite azioni dei creditori di Cassa Depositi e Prestiti, mentre sul patrimonio della stessa CDP non sono ammissibili azioni creditorie del Patrimonio Destinato.

[6] Per la qualificazione di Cassa Depositi e Prestiti come tertium genus di "organismo societario privatistico a configurazione speciale", si veda Corte dei conti, Determinazione e relazione della Sezione controllo sugli enti locali sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria della Cassa depositi e prestiti s.p.a. per gli esercizi 2011-1012; determinazione n. 39/2014 del 16 maggio 2014, p. 8. Cfr. M. GIACHETTI FANTINI, La "straordinaria mutazione del ruolo della Cassa Depositi e Prestiti nel passaggio dallo Stato azionista allo Stato investitore, in federalismi.it, numero speciale, n. 6, 2018, in cui l'Autore annovera CDP nei termini di "istituzione di mercato con missione pubblica", ossia di strumento di sostegno della crescita e degli investimenti in grado di mobilitare a tale scopo – in presenza di forti vincoli di finanza pubblica - risorse private e capitali nazionali e stranieri che incidano solo marginalmente sul debito delle pubbliche amministrazioni." I fautori della tesi formalistica attingono dal dato normativo per giustificare l'attrazione di CDP nell'ambito delle società tout court considerate, ritenendo, ad un tempo, non condivisibile la tesi pubblicistica: ai sensi dell'art. 5, comma 26, del d.l. n. 269 del 2003, infatti, si prevede la sottoposizione di CDP alle procedure concorsuali e laddove si parla di "originaria natura pubblica dell'ente di appartenenza". Cfr. Consiglio di Stato, sentenza 7 agosto 2007, n. 550; Parere n. 8178/2012 in merito all'art. 1, comma 1-ter, della l. n. 241 del 1990. Corte dei conti, deliberazione n.

ISSN 2036-7821

secondo un paradigma giuridico che presenta elementi di specificità rispetto alle forme di destinazione già esistenti, giustificandosi in tal senso l'interesse del presente scritto di compierne l'esegesi nel solco della relativa disciplina.

2. I patrimoni destinati

Sul piano semantico, l'espressione "patrimonio di destinazione" viene spesso utilizzata in senso polisemico[8], implicandosene il ricorso per identificare fenomeni che, soltanto in senso lato, sono riconducibili nell'ambito dell'istituto in esame. Viene, ad esempio, in rilievo il concetto di pertinenza, ai sensi dell'art. 817 del Codice civile, sotto il profilo della destinazione impressa alle cose legate in maniera durevole ad altre. Inoltre, per i beni pubblici indisponibili se ne sancisce la destinazione ad un servizio pubblico, agli effetti degli artt. 822 e ss. del Codice civile.

Diversamente, nell'accezione in senso stretto, il concetto di patrimonio destinato implica la creazione di un vincolo ad un dato patrimonio per il perseguimento di specifici interessi, da ciò conseguendo la separazione tra i beni destinati ed il restante *asset* patrimoniale dell'interessato.

In tale ambito, l'effetto della separazione patrimoniale conferma la deroga al principio della responsabilità patrimoniale, rispondendo i beni destinati "*solo per i debiti contratti per tale scopo*"[9], diversamente da quanto prescritto agli effetti dell'art. 2740, comma 1, c.c.[10].

Ed invero, la prima forma di segregazione patrimoniale si rinviene nel diritto familiare del diritto romano antico, essendo previsto, da una Costituzione giustinianea, nell'ambito dei rapporti fra *filiusfamilias* e *paterfamilias*, ove quest'ultimo

14/2014 in merito alla trasformazione di CDP in s.p.a di cui al d.l. 269/2003; L. DIOTALLEVI, Natura giuridica della Cassa Depositi e Prestiti e accertamenti dell'Ufficio tecnico erariale in una sentenza del Tribunale civile di Roma, in Giurisprudenza costituzionale, 2011, n. 6, pp. 4766 ss.

[7] Sul problema della sana e prudente gestione nei mercati finanziari si veda ampiamente M. BESSONE, cit, in Giurisprudenza di Merito, 2002, 6, 1411 ss. Sulla protezione dei patrimoni dei clienti nella fase concorsuale: F.S. COSTANTINO, Brevi note sui crediti dei clienti degli intermediari finanziari nelle procedure concorsuali, in Foro It., fasc. 7-8, 2034 ss.; E. BRUSCHETTI, Profili critici in tema di diritto alla restituzione degli strumenti finanziari e del denaro di "clienti" di S.I.M. sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, in Fallimento e altre procedure concorsuali, 2005, fasc. 8, 920 ss.; G. CAPALDO, I patrimoni separati nella struttura delle operazioni finanziarie, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2005, fasc. 1, 201 ss.; P.P. PAPALEO, M. POLLIO, La disciplina dei patrimoni destinati ad uno specifico affare (osservazioni nella prassi e riflessioni concorsuali), in Diritto fall. e delle società commerciali, 2005, fasc. 1, 130 ss.; B. MEOLI, Patrimoni destinati ed insolvenza, in Fall. e altre proc. conc., fasc. 2, 113 ss.; N.R. DI TORREPADULA, Patrimoni destinati ed insolvenza, Giurispr. Comm., 2004, fasc. 1, 40 ss.

[8] A. BUSANI, Il Trust, Istituzione, gestione, cessazione, Vicenza, 2020, pagg. 11 e ss. L'Autore scende, inoltre, nella distinzione fra fiducia romanistica e fiducia germanistica, nel solco della diversa valenza riconosciuta all'atto dispositivo, pag. 9.

[9] Art. 2645-ter c.c. in combinato disposto con l'art. 2915, primo comma, c.c.

[10] Per approfondimenti, si consiglia la consultazione G. PETRELLI, Destinazioni patrimoniali e Trust, Milano, 2019.

ISSN 2036-7821

era solito conferire un patrimonio da destinare ad uno specifico affare, utilizzando la forma del c.d. *peculio*[11].

L'evoluzione dei sistemi di commercio e di scambio hanno favorito l'estensione della figura del patrimonio di destinazione in ambiti di più larga applicazione. Basti considerare come, già nelle fiere medioevali[12], la regolamentazione della destinazione patrimoniale ha trovato inquadramento nell'esigenza di assicurare ai beni appartenenti ad un'unica area territoriale (*legal entity*)[13] una loro autonomia rispetto agli altri beni presenti nei mercati, prescrivendosene l'assoggettabilità ad esecuzione soltanto in favore dei creditori presenti nella fiera[14]. Detti strumenti sono, quindi, divenuti, a seguito del loro sviluppo, dei presidi operativi per la migliore organizzazione delle attività economiche[15].

Nei sistemi di *common law* i modelli di segregazione patrimoniale hanno soprattutto caratterizzato le organizzazioni degli enti ecclesiastici e degli apparati pubblici inglesi, giustificandosene il ricorso in funzione dell'esigenza di assicurare la permanenza dei singoli beni in favore di tali enti, in modo da scongiurare che le vicende successorie dei singoli componenti potessero pregiudicare tale finalità[16].

A partire dal XIX secolo, nei paradigmi di *civil law* la conferma della funzione del patrimonio[17] di destinazione trova riscontro nella dottrina tedesca, essendo tale strumento utilizzato per il soddisfacimento di specifici fini.

---

[11] Cfr. Cod., III, 28, il riferimento normativo è contenuto nel contributo di E. ALBERTARIO, Peculio, Enc. Trecc., 1935, consultabile su: https://www.treccani.it/enciclopedia/peculio_(Enciclopedia-Italiana)/. Si veda sull'argomento anche G. MICOLIER, Pécule et capacité patrimoniale, Lione 1932.

[12] In materia, L. VENTURA, Il patrimonio separato tra equivalenza funzionale e asimetrie normative, Dir. comm. Intern. N. 1/2016, pagg. 161e ss. P. SPADA, Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito, in Riv. dir. civ., 2002, pp. 842 ss.;

[13] V. in materia, L. VENTURA, Il patrimonio separato tra equivalenza funzionale e asimmetrie normative, Dir. comm. Intern., n. 1/2016, pagg. 161 e ss.

[14] H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, R. SQUIRE, Legal Entities, Asset Partitioning, and the Evolution of Organizations, pag. 40, 41, cit. in ult. op. cit. v. nota 18, pag. 165.

[15] L'espressione è di L. VENTURA, cit. pag. 165. In tema, E. ALBERTARIO, Libera administratio peculii, in Studi di dir. rom., I, Milano, 1933, pp. 137 ss.; ID., Appunti sul peculio castrense, in Studi di dir. rom., I, Milano, 1933, pp. 157 ss.; M. TALAMANCA, Istituzioni di diritto romano, Milano, 1990, pp. 87 ss., cit. in ul. op. cit., pag. 179.

[16] M.M. LOCKING in Capital: What Corporate Law Achieved for Business Organizers in the Nineteenth Century, in 51 UCLA L. Rev. (2003), pp. 387 ss., cit. in L. VENTURA, pag. 170.

[17] Per una ricostruzione delle tesi in materia, si rinvia a M. BIANCA, Atto negoziale di destinazione e separazione, in Riv. dir. civ., Padova, 2007. Sul punto si precisa come in materia venga in rilievo la ricostruzione dei due concetti, basilari, di bene e di cosa. Quanto al primo (bene) è ormai pacifica la riconducibilità del medesimo nel novero del più ampio concetto di "res, quale porzione determinata del mondo esterno, costituisca un quid utile a soddisfare un dato bisogno e, parimenti, è affermazione comune che il requisito di giuridicità della cosa consiste proprio nella utilità intesa quale attitudine (economica) a soddisfare i bisogni del soggetto (c.d. concezione economica di utilità), cfr. M. CEOLIN, Destinazione vincoli di destinazione nel diritto privato, Padova, 2010, pagg. 2 e ss. Quanto, invece, al concetto di cosa viene in rilievo la distinzione, designata dagli interpreti, romanistici, fra res in commercio e res extra commercium, ovvero in res in patrimonio e res extra patrimonium, v. In tema, si rimanda ampiamente a P. BONFANTE, Diritto Romano, Vol. I, La Proprietà, Roma, Ed. Sampaolesi, 1926, 10 ss. si veda anche E. BECCHETTI, Riforma del diritto societario. Patrimoni separati, dedicati e vincolati, in Rivista del

ISSN 2036-7821

Secondo la ricostruzione *personalistica* del patrimonio, infatti, si riteneva che lo stesso andasse identificato con il soggetto titolare e, come tale, ne rappresentasse una diretta articolazione[18]. Per effetto di tale ricostruzione dogmatica si condizionava la possibilità di dar vita a patrimoni destinati ad una disposizione di legge *ad hoc*.
Diversamente, l'impostazione patrimonialista della pandettistica tedesca riteneva ammissibile il perseguimento di specifiche finalità attraverso il ricorso ai patrimoni di destinazione[19]. Nel particolare, si giungeva a tale conclusione attraverso il superamento dei principi della "*titolarità e della appartenenza (…) in un sistema come quello di allora tutto incentrato sul soggetto persona fisica e alieno a costruire soggettività giuridiche diverse dall'uomo, il patrimonio destinato ad uno scopo viene concepito (…) quale patrimonio privo di titolare*"[20].
Dalla breve disamina effettuata emerge come le iniziali resistenze, quanto al ricorso ai patrimoni di destinazione, fossero ancorate all'assioma dell'indivisibilità patrimoniale fra beni e loro titolare, sulla cui scorta si è poi delineata la teoria dei diritti soggettivi senza soggetto[21].
L'evoluzione del sistema culturale e giuridico ha, tuttavia, disancorato il patrimonio destinato dagli originari paradigmi (dell'indivisibilità patrimoniale), favorendone l'ampliamento anche alla luce della costruzione della teoria generale della personalità giuridica.

Notariato 2003, 1, 49 ss. Entrambe le espressioni hanno base nelle fonti: nei giureconsulti delle Pandette si coglie la designazione in commercio o extra commercium. Gaio e con lui le Istituzioni di Giustiniano, riservano per le cose le accezioni in patrimonio ed extra patrimonium. Con la prima (in patrimonio) s'indentifica il lato dinamico della suscettibilità della res a divenire oggetto di traffico giuridico. Con la seconda (extra commercium), al contrario, emerge l'aspetto statico della cosa, per suo carattere al di fuori dei rapporti giuridici (o, meglio, assoggettata ad un regime speciale). Allorquando si richiama il concetto di cosa extra commercium non si afferma che la stessa non possa essere oggetto di diritti da parte di alcuno, delineandosi piuttosto il divieto da parte del suo legittimo titolare di potersene spogliare. Tanto che nelle fonti romanistiche la designazione di res extra commercium non è riferita in via esclusiva alla categoria delle cose che sono fuori del diritto e del commercio. Nel particolare, per i patrimoni destinati assume rilevanza la funzione dei beni a soddisfare esigenze specifiche del soggetto, nel cui novero la valutazione circa l'effettiva utilità dello stesso rispetto allo scopo andrà condotta in concreto. La funzione che il bene è chiamata a soddisfare, quindi, corrisponde alla sua capacità (rectius, idoneità) a garantire il raggiungimento dello scopo auspicato, sul punto M. CEOLIN, cit., pag. 3. Soltanto in senso lato, quindi, il patrimonio destinato può rivestire un limite rispetto all'autonomia del disponente, delineandosi un concetto atecnico di limitazione "in prima approssimazione, la circostanza che la destinazione può incidere, più o meno evidentemente, sull'ampiezza dei poteri del suo titolare", CEOLIN, cit. pag. 4.

[18] C. AUBRY, C. RAU, Cours de droit civil français, d'après l'ouvrage de M.C.S. Zacharie «Le patrimoine étant une émanation de la personnalité, et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie come telle», cit. in L. VENTURA, pag. 172.

[19] Si veda sul tema, A. BRINZ, Lehrbuch des Pandektenrechts, vol. I, 2 ed., Erlangen, 1873, p. 201 e vol. III, part II (Das Zweckvermögen), 2 ed., Erlangen, 1888., pp. 453 ss., ult. op. cit., pag. 173.

[20] M. BIANCA, Atto negoziale di destinazione e separazione, in Riv. dir. civ., Padova, 2007, pag. 155-156.

[21] In tema, cfr. R. ORESTANO, Diritti soggettivi senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale, in Jus, XI, 1960.

ISSN 2036-7821

È alla stregua dei sopra delineati principi che si è, ulteriormente, affermata l'esigenza di contestualizzare l'analisi degli stessi patrimoni destinati in relazione agli speculari concetti di patrimonio separato, autonomo e segregato.
Pur non rinvenendosi a livello codicistico disposizioni normative *ad hoc* quanto alla distinzione fra patrimonio separato, autonomo e segregato, tali categorie giuridiche hanno nondimeno destato l'interesse della dottrina che si è occupata dell'argomento.
L'espressione "patrimonio separato" viene in rilievo nel caso in cui si verifichi il distacco di un determinato *asset* patrimoniale rispetto al restante patrimonio dell'unico titolare, attribuendosi al medesimo (cespite) una destinazione specifica per l'assolvimento di date finalità, cui consegue un differente regime di responsabilità[22].
Sul punto è stata offerta un'analisi ricostruttiva[23] da cui emerge che, nel caso di specie, non discenderebbe una vera e propria differenziazione categoriale fra patrimonio separato ed autonomo, bensì una mera distinzione di stampo terminologico, essendo identico in entrambe le categorie giuridiche l'effetto finale raggiunto.
Con il ricorso all'espressione di patrimonio autonomo, si richiama quel fenomeno in cui il distacco di un determinato assetto patrimoniale avviene rispetto a più patrimoni di provenienza diversificata. Nel patrimonio autonomo i relativi apporti patrimoniali derivano da plurimi conferimenti di soggetti diversificati[24], tanto da difettare il requisito dell'unidirezionalità che, invece, caratterizza il patrimonio separato.
Il termine patrimonio segregato si riferisce, differentemente dalle ipotesi sopra delineate, a tutte quelle vicende in cui s'intenda - come avviene nel *trust* – trasferire, in favore di un dato soggetto, la gestione di un *asset* patrimoniale, senza che con ciò venga in rilievo un collegamento diretto con colui il quale realizza l'operazione economica. Per tal ragione si è, conseguentemente, ritenuto[25] che fra destinazione e segregazione intercorra una effettiva differenziazione, caratterizzandosi il patrimonio segregato per la "*incomunicabilità bidirezionale fra il patrimonio separato e il soggetto che ne è titolare*"[26].

---

[22] L. BIGLIAZZI GERI, Voce Patrimonio autonomo, in Enc. Giur., XII, Tomo II, Roma, 1990, 2.

[23] M. BIANCA, Vincoli di destinazione e patrimoni separati, Padova, 1996, pp. 21. Per una ricostruzione delle differenti teorie di patrimonio, v. V. DURANTE, voce: Patrimonio, Enc. Del Dir., XXII, 1990, pp. 1.

[24] Cfr. sulle diverse ricostruzioni, LUPOI, Trust, cit. pag. 568.

[25] M. LUPOI, voce Trusts: II) Diritto italiano, in Enc. giur. Treccani, IV, Agg., Roma 1995; LUPOI, Trusts, Milano, 2001, pp. 565. Contra, A. BUSANI, Il Trust, Vicenza, 2020, pag. 39, secondo l'Autore "Quando si parla di separazione (o, ciò che è lo stesso, di segregazione) patrimoniale, ci si riferisce al fatto che i beni e i diritti vincolati in trust costituiscono una massa distinta rispetto al resto dei beni e dei diritti che compongono il patrimonio del trustee".

[26] M. LUPOI, Trust, cit., 565.

ISSN 2036-7821

Ciò posto, la tendenza orientata a favorire la decodificazione di tutti i fenomeni che, in via diretta o riflessa, interessano la tematica del patrimonio destinato potrebbe trovare un temperamento alla stregua del superamento degli originari brocardi della "proprietà soggettiva". Emerge, allo stato attuale, l'esigenza di disaminare soprattutto i profili afferenti alla deroga della responsabilità patrimoniale ed ai conseguenti profili rimediali[27] che da essa discendono in favore del soggetto beneficiario della relativa destinazione. Se non fosse che tutto ciò dovrebbe correlativamente investire anche il tema della compatibilità dei patrimoni di destinazione (di matrice negoziale) rispetto ai principi generali dell'ordinamento giuridico, tanto più ai sensi di quanto sancito dall'art. 1322 c.c.
Ulteriormente, le delineate differenziazioni fra le diverse categorie giuridiche proposte si stemperano peraltro alla luce della circostanza che tanto nella fattispecie del patrimonio destinato quanto in quello separato o segregato emerge, indistintamente, il ricorso ad una tecnica giuridica in grado di determinare la specializzazione dei beni destinati in funzione della relativa responsabilità patrimoniale, ancorata ai soli obblighi discendenti dallo scopo perseguito[28].

3. I patrimoni di destinazione nel Codice civile: cenni

A questo punto della trattazione si intende effettuare un breve cenno alle disposizioni del Codice civile che affrontano la materia dei patrimoni destinati e che, nelle loro differenti articolazioni e finalità, complessivamente tendono a confermare la significativa estensione che nell'ordinamento giuridico è stata riservata all'istituto in esame.
Viene, ad esempio, in rilievo la destinazione impressa nel godimento del bene a carico dell'usufruttuario, ai sensi dell'art. 981, comma 1, c.c., nonché l'ipotesi che ammette le c.d. addizioni ove non alterino la destinazione economica della cosa, ex art. 986, comma 1, c.c. L'articolo 167 del Codice civile, altresì, prevede che al fondo patrimoniale sia assegnata la funzione di garantire i bisogni familiari, mentre le universalità di mobili *ex* art. 816 c.c. si caratterizzano per la loro destinazione unitaria. Anche ai sensi dell'art. 2555 del Codice civile, il complesso dei beni dell'imprenditore è finalizzato ad assicurare l'esercizio dell'impresa.
Ulteriormente, agli effetti dell'art. 1062 del Codice civile, si rinviene la servitù per destinazione del padre di famiglia ed ai sensi dell'art. 490 c.c. si disciplina l'istituto dell'eredità beneficiata. In particolare, nel delineato ambito si colloca la novella che ha interessato il Codice civile sia quanto all'articolo 2447-*bis*, introdotto dall'art. 1,

[27] La tesi è ripresa da M. BIANCA, La fiducia attributiva, Torino, 2022, nel richiamo effettuato in Atto negoziale di destinazione e separazione, cit., pag. 160. L'Autrice offre la ricostruzione in esame in riferimento ai concetti di proprietà smembrata ovvero alla distinzione fra proprietà formale e sostanziale.
[28] Cfr. L. BULLO, Trust, destinazione patrimoniale ex articolo 2545 ter c.c. e fondi comuni di investimento ex articolo 36, comma 6°, del T.U.F.: quale modello di segregazione patrimoniale?, in Riv. dir. civ., 2012, II, 535.

ISSN 2036-7821

d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, sia quanto all'art. 2645-*ter*, aggiunto dall'articolo 39-novies, d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito con modifiche dalla legge 23 febbraio 2006, n. 51.

Come è noto, si sancisce, ai sensi dell'art. 2447-*bis* c.c., la doppia possibilità in favore delle società per azioni di costituire uno o più patrimoni ciascuno dei quali destinato in via esclusiva ad uno specifico affare, nonché di convenire che nel contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare al rimborso totale o parziale del finanziamento medesimo siano destinati i proventi dell'affare stesso, o parte di esso.

Invero, mentre agli effetti del comma 1^ dello stesso art. 2447-bis c.c. viene in rilievo la destinazione anticipata dei beni al perseguimento dell'affare, ai sensi del secondo comma della medesima disposizione si tende a valorizzare gli elementi economici successivamente conseguiti, anch'essi destinati al perseguimento della specifica attività indicata nella lettera *(b*.

Dai lavori della Commissione per la riforma del diritto societario sono emerse le diverse anime per l'attuazione delle finalità legislative[29], affermandosi, fra le varie opzioni applicative possibili[30], la scelta per un "*modello, che potrebbe dirsi sub-societario, in quanto caratterizzato da un regime che tendenzialmente duplicava nella disciplina del patrimonio separato la struttura e le regole di funzionamento della società*"[31]. Il perseguimento dell'obiettivo di consentire alla società di ricorrere alle misure più idonee per la costituzione di patrimoni dedicati ha, invero, trovato fondamento nella legge delega, in cui si prevedeva la possibilità di "*b) […] patrimoni dedicati ad uno specifico affare, determinandone condizioni, limiti e modalità di rendicontazione, con la possibilità di emettere strumenti finanziari di partecipazione ad esso; prevedere adeguate forme di pubblicità; disciplinare il regime di responsabilità per le obbligazioni riguardanti detti patrimoni e la relativa insolvenza*"[32].

Si scorge, in definitiva, la *ratio* posta a fondamento del patrimonio di destinazione, rinvenibile nell'esigenza di assicurare il perseguimento di specifici obiettivi societari senza il ricorso alla costituzione di "*special purpose vehicle*", meglio conosciute con l'acronimo SPV[33].

Inoltre, la tematica dei patrimoni destinati[34] si è arricchita di nuovi colori alla luce dell'art. 2645-*ter* c.c.[35] (introdotto dall'art. 39-*novies* del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273,

[29] Legge 3 ottobre 2001, n. 366, "Delega al Governo per la riforma del diritto societario", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 234 dell'8 ottobre 2001.

[30] Per la ricostruzione delle problematiche emerse in sede di Commissione, si rimanda diffusamente a A. ZOPPINI.

[31] Ibidem, cit., pag. 226.

[32] Cfr. art. 4, comma 4, lett. b), legge 3 ottobre 2001, n. 366, sub nota 29.

[33] Ult. op. cit., pag. 227.

[34] Le apparenti analogie fra il patrimonio destinato di diritto comune, il trust (la segregazione patrimoniale, in uno con l'unilateralità dell'atto di istituzione) ed il negozio di mandato non sono, come si è evidenziato in dottrina, idonee a consentirne la piena assimilazione. Viene, del resto, in rilievo la considerazione che nel

ISSN 2036-7821

conv. in l. 23 febbraio 2006, n. 51), il quale ha reso ammissibile la trascrivibilità degli atti di destinazione che siano meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c.
Anche nell'indicato ambito, si conferma il principio della meritevolezza degli interessi perseguiti a tale scopo ("*alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela*"), il relativo regime di opponibilità ("*di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione*"), nonché il vincolo di impiego dei beni conferiti ("*beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione*") ed i tradizionali limiti delle azioni esecutive per i soli debiti ("*contratti per tale scopo*").
In quanto articolata nel solco del divieto di azioni esecutive sui beni destinati, la stessa disposizione su richiamata (art. 2645-*ter*, c.c.) attua anch'essa il principio della segregazione dei beni destinati in quanto immanente *in subiecta materia*[36].

4. I patrimoni di destinazione nella legislazione di settore
Giova, inoltre, richiamare le disposizioni che, nella legislazione di settore, si sono occupate di specifiche ipotesi di patrimoni destinati. A tal riguardo, viene in rilievo la disciplina in tema di gestioni patrimoniali contemplate nel Testo Unico Finanziario (d.lgs. n. 58 del 1998) e di fondi pensione (legge n. 124/1993 e 355/1995). Si annoverano, peraltro, in tale contesto anche le disposizioni in tema di cartolarizzazione dei crediti (l. n. 130/1999), il finanziamento delle infrastrutture (l. n. 112/2002 di conversione il d.l. n. 63/2002), nonché le cartolarizzazioni degli immobili pubblici di cui al d.l. 25 settembre 2001, numero 351, convertito con modificazioni dalla legge 23/11/2001, numero 410, successivamente modificato.
Sul crinale, invece, bancario e finanziario, occorre richiamare la riforma introdotta in occasione del recepimento della direttiva del 10 maggio del 1993 (n. 93/22/CEE), con decreto legislativo numero 415 del 1996, le cui disposizioni sono state trasfuse nel Testo Unico della Finanza, dove il principio della separazione patrimoniale assurge a paradigma normativo per la tutela dell'interesse del cliente. Con la successiva entrata in vigore del decreto legislativo numero 58 del 1998 si è, invero, ridisegnato l'intero settore, cristallizzandosi ai sensi dell'articolo 22 il principio della separazione patrimoniale[37].

---

patrimonio destinato di cui all'art. 2645-ter c.c. la gestione è in via diretta esercitata dal soggetto che istituisce il vincolo; di converso, il trust si caratterizza per il riconosciuto deferimento ad un terzo, trustee, quanto all'esercizio dell'attività gestoria. Inoltre, differentemente da quanto previsto ai sensi dell'art. 1703 c.c. ed art. 1704 c.c. il mandante può conferire o meno il potere rappresentativo, mentre nel trust gli effetti giuridici si producono, di norma, in via diretta nella sfera patrimoniale del trustee; quest'ultimo, infatti, agisce nella sfera di propria titolarità per il perseguimento dello scopo indicato dal disponente.

[35] Cfr. art. 39-novies del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273 di cui alla legge di conversione 23 febbraio 2006, n. 51.

[36] Il tutto, infatti, al pari del trust di diritto anglosassone, così come disciplinato dalla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985.

[37] Le differenze che intercorrono tra l'articolo 22 del TUF e l'articolo 19 del D.lgs. numero 415 del 1996 sono sia sostanziali che formali. Sotto un profilo sostanziale si evidenzia l'estensione obiettiva della regola della separazione patrimoniale anche in favore dei servizi accessori, mentre il D.lgs. n. 415/96 si limitava a sancirne

ISSN 2036-7821

Se non fosse che la stessa tematica oggetto del presente scrutinio ha anche interessato l'articolo 117 del Codice delle assicurazioni private, di cui al d.lgs. n. 209/2005, quale ipotesi di patrimonio destinato al soddisfacimento di un affare, che il legislatore ha coniato per assicurare l'esigenza di realizzare una separazione patrimoniale in grado di apportare un regime di autonomia sul piano della responsabilità[38].

5. I patrimoni destinati nella normativa pubblicistica

Passando dalla disciplina codicistica (e di settore) a quella afferente alle società pubbliche, viene in rilievo il d.l. 63 del 2002, convertito in legge n. 112 del 2002, il quale ha autorizzato CDP a costituire la nota società finanziaria per azioni, meglio conosciuta come Infrastrutture s.p.a. Ad essa è attribuito il ruolo di destinare i proventi realizzati a seguito dell'emissioni obbligazionarie alla realizzazione di grandi opere pubbliche ed interventi infrastrutturali di significativo impatto.[39]

Cassa Depositi e Prestiti si è, quindi, avvalsa del ruolo di Patrimonio dello Stato s.p.a., società proprietaria del patrimonio immobiliare pubblico posto a garanzia

---

l'operatività esclusivamente con riferimento agli strumenti finanziari ed al denaro dei clienti a qualsiasi titolo detenuti dall'operatore nell'ambito dei servizi d'investimento. Da altro punto di vista, si riscontra l'estensione soggettiva della separazione patrimoniale anche nei confronti delle società di gestione del risparmio, introdotte dal TUF, nonché degli intermediari finanziari che siano iscritti nell'elenco contemplato nell'articolo 107 del Testo Unico Bancario. Inoltre, secondo la dottrina i problemi sollevati nel vigore della legge numero 1 del 1991 sembrerebbero avere avuto una soluzione molto articolata alla quale si accompagna la scelta di riconoscere alle Sim la facoltà anche nomine proprio.

[38] Sul punto sia consentito il richiamo a C.A. MAURO, Libertà di Stabilimento e di prestazione di servizi, in AA.VV. Commentario al Codice delle Assicurazioni Private (a cura di) F. CAPRIGLIONE, Padova, 2007. DAVIS-DIFMAN-TINSLEY, The Decline and fall of the Conglomerate Firm in the 1980s: the De-Institutionalizazion For, in American Sociological Review, agosto 1994, pagg. 547 e ss. A ciò si aggiunga, come nelle rationes contenute nel PNRR (meglio identificabili nei Pillars unionali) si assegna al mercato una finalità di sharing economy, nel compito di indirizzare le nuove risorse per la programmazione industriale e pianificazione economica dell'Unione europea verso il perseguimento di migliori condizioni di vita per la collettività. Con ciò intendendosi un'economia di stampo solidaristico, nell'assegnazione all'operatore economico sia dell'obiettivo di perseguire il proprio interesse egoistico sia di quello di stampo generale. Invero, nella disciplina del PNRR si apprezza l'intendimento del legislatore UE di assicurare, da un lato, il complessivo aumento dei servizi e, dall'altro lato, la effettiva sostenibilità del sistema tariffario in favore del consumatore finale. Sul punto, si aggiunga come nel novero dell'esperienza anglosassone è conosciuto il modello tariffario c.d. "Totex". Nel particolare, tale modello implica uno strumento di calcolo che trova ingresso nel Regno Unito nel 2010 con la società Ofgem per il monitoraggio dei prezzi nei comparti dell'energia, idrico e del gas. Nel particolare, si deve rilevare come la specificità di tale strumento risiede nella centralità riconosciuta all'Authority nella regolamentazione del mercato dei servizi e, così, nella vigilanza quanto all'andamento dei prezzi delle utilities. Lo stesso organismo, infatti, al momento del riconoscimento degli incentivi pubblici previsti in materia, di prassi espleta una disamina del business plan aziendale avvalendosi degli stakholders. In tal modo, si addiviene alla determinazione dello sharing dei benefici aziendali, consistente nella prassi nella mitigazione del prezzo del servizio in favore del consumatore finale. Per una panoramica sul superamento della visione tradizionale della funzione innovativa dello Stato nel sistema economico, si v. M. MAZZUCATO, Lo Stato innovatore, Bari, 2014.

[39] M. GIACHETTI FANTINI, La "straordinaria mutazione" del ruolo di Cassa Depositi e Prestiti nel passaggio dallo Stato azionista allo Stato investirore. Federalismi, numero speciale 6/2018, pag. 11.

ISSN 2036-7821

delle operazioni di cartolarizzazione effettuate dalla stessa CDP[40]. In siffatto quadro è, inoltre, emersa la vocazione di CDP quale "*Market Unit*" a suo tempo affermata dalla Banca Centrale Europea, al pari "*della omologa Cassa francese CDC (Caisse des dépôts et consignations) e tedesca KfW (Kreditanstalt für Wiederaufbau)*"[41], ossia Istituto di Credito per la Ricostruzione.

A seguito, peraltro, del d.l. n. 34 del 2011, conv. in legge n. 75 del 2011, *ex* art. 7, CDP ha ottenuto l'autorizzazione a detenere partecipazioni in enti di rilevante interesse nazionale; detto fenomeno è, nel particolare, avvenuto grazie alle facoltà concesse dall'introdotto art. 8-*bis* dell'art. 5 del d.l. n. 269 del 2003.

È stato, quindi, istituito il Fondo Strategico Italiano, partecipato dalla stessa Cassa e dalla Banca d'Italia, poi, trasformato in CDP *Equity* s.p.a.[42] In particolare, la funzione del FSI è quella, come è noto, di favorire la crescita dei gruppi aziendali attraverso il proprio supporto in sede di acquisto di partecipazioni di capitale minoritarie, per poi successivamente ritrasferire sul mercato le medesime quote all'esito dell'intervento adottato. Per tale ragione, si è parlato del ruolo di Cassa Depositi e Prestiti alla stregua di Banca di sviluppo della politica industriale del Paese.[43]

Ulteriori paradigmi di patrimoni di destinazione si rinvengono ai sensi dell'art. 1, comma 1, d.p.r. 14 marzo 2001, n. 144, in relazione a Bancoposta[44] e, seppur in diverso ambito, se ne coglie la ricorrenza ai sensi dell'art. 10 del D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 - Codice del Terzo settore in relazione a quanto prescritto dall'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106 ("*Gli enti del Terzo settore dotati di personalità giuridica ed iscritti nel registro delle imprese possono costituire uno o più patrimoni destinati ad uno specifico affare ai sensi e per gli effetti degli articoli 2447-bis e seguenti del codice civile*")[45]. A tutto ciò si aggiunga l'attuale formulazione in tema di c.d. "*Società patrimoniali*" *ex* art. 4, Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (integrato dal d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100)[46].

6. Natura e funzioni di CDP: approfondimenti

[40] Idem, pag. 11; cfr. Andrea Zoppini, op. cit., pag. 230.

[41] Ult. cit., pagg. 22.

[42] M. GIACHETTI FANTINI, Nuovo diritto delle società pubbliche, Processi di razionalizzazione tra spinte all'efficienza e ambiti di specialità, Napoli, a cura di R. MICCÙ, pag. 311 e ss.

[43] M. G. FANTINI, op. ult. cit. pag. 313.

[44] Cfr. A. ZOPPINI, op. cit., pag. 232 e ss.

[45] A. RUOTOLO, La costituzione di patrimoni destinati ad uno specifico affare da parte degli enti del terzo settore, Consiglio Nazionale del Notariato, approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 19/04/2018, 102/2018/I, consultabile su: https://www.notariato.it/sites/default/files/102-2018-I.pdf

[46] Sulla disamina dell'art. 4 del TUSP, si consiglia la consultazione della Deliberazione n. 1/2021/PAR, Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, pag. 9 e ss., consultabile su: https://www.corteconti.it/Download?id=088105f9-177d-440d-890e-7bd03ace4a1e.

ISSN 2036-7821

Nella prospettata disamina del nuovo art. 27, comma l, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, si rende ora necessario procedere alla ricostruzione delle funzioni e della natura giuridica di CDP.

Com'è noto, la genesi di CDP si rinviene nella legge del parlamento del Regno di Sardegna n. 1097 del 18 novembre 1850[47], in cui si rappresenta il centrale ruolo di raccolta dei fondi disponibili delle province, dei comuni e, in generale, delle amministrazioni pubbliche. Quanto detto, nel particolare, al fine di consentire il finanziamento di opere di rilievo pubblicistico.

Detto modello è stato coniato sulla scorta della *Cassa di Ammortizzazione*, di cui alla legge 23 novembre 1799, nonché della *Caisse des dépôts et consignations (CDC)*, comunemente annoverata con l'espressione *Caisse des dépôts (Cassa dei depositi)*, ai sensi della legge 28 aprile 1816.[48] Nell'ambito delle riforme istituzionali che hanno caratterizzato gli anni '80 del Novecento, occorre, seppure brevemente, richiamare la legge n. 197 del 1983, relativa alla "Ristrutturazione della cassa Depositi e Prestiti", ove all'art. 1 si prevede che "*Cassa Depositi e Prestiti ha personalità giuridica, nonché organizzazione, patrimonio e bilanci separati da quelli dello Stato*".

In merito alla portata applicativa di tale disposizione, viene in rilievo, in primo luogo, l'eliminazione della qualificazione dell'Istituto in termini di "azienda autonoma", invece presente nell'originario disegno di legge. Inoltre, come evidenziato da più parti in dottrina, l'intervento normativo *de quo* non chiariva sufficientemente la qualificazione giuridica dell'istituto[49].

Successivamente, grazie all'intervento dell'art. 22, d.l. n. 8/1993, convertito in L. n. 68/1993, è stata riconosciuta espressamente la personalità giuridica di Cassa Depositi e Prestiti, prevedendosi anche la facoltà di acquistare e cedere partecipazioni in istituti di credito.

Ad ogni modo, nel panorama della giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato non si registravano posizioni concordanti in merito alla qualificazione della natura del richiamato istituto, rendendosi necessario un ulteriore intervento legislativo chiarificatore. Con il d.lgs. n. 284/1999, infatti, si sancisce l'autonomia

[47] Per approfondimenti sul tema, cfr. V. VANZETTI, Cassa Depositi e Prestiti, Paradigma italiano delle banche nazionali di promozione, Editoriale scientifica, 2021, p. 15 ss.; G.C. FILIPPI, La Cassa Depositi e Prestiti: 150 anni di storia, quaderno monografico, Roma, 1998; M. MALUZZANI, M. POZZOLI, Storia ed evoluzione della Cassa Depositi e Prestiti, in International workshop "Accounting history in Italy", Pisa, 2005, 2; M. DE CECCO, G. TONIOLO, Storia della Cassa Depositi e Prestiti. Dalle origini alla fine del novecento, Roma-Bari, 2000; V. DONATIVI, A. MALTONI, Cassa Depositi e Prestiti, Profili giuridici, Torino, 2021, p. 2 ss.

[48] Consiglio di Stato, Parere n. 8179/2012, pag. 14.

[49] Per approfondimenti, v. G.C. FILIPPI, La Cassa Depositi e Prestiti: 150 anni di storia, quaderno monografico, cit., 24 ss.

ISSN 2036-7821

"ordinamentale, organizzativa, patrimoniale e di bilancio" di Cassa Depositi e Prestiti, avente un patrimonio proprio ed un fondo di dotazione[50].

Quanto all'attività esercitabile da Cassa, a far data dal 1998 occorre evidenziare che i soggetti finanziabili dalla Cassa erano rappresentati da tutte le amministrazioni e gli enti pubblici statali, regionali, locali (art. 49, c. 10, l. n. 449/1997); inoltre, si registrava una significativa semplificazione delle procedure per la concessione dei mutui ed erano divenute finanziabili tutte le iniziative in cui l'ente richiedente ravvisava un interesse pubblico.

L'elemento di maggiore autonomia della Cassa, di cui sopra si è detto, ha consentito, specie in sede pretoria, di evidenziarne l'analogia rispetto all'operato riconducibile agli enti pubblici economici[51]. In tale contesto, infatti, veniva attribuito alla Cassa l'importante compito di consentire un'implementazione dello sviluppo economico produttivo, attraverso il finanziamento di infrastrutture, di grandi opere pubbliche e di investimenti. Quindi, ai sensi dell'art. 5, d.l. n. 269/2003, convertito in L. n. 326 del 24 novembre 2003, la Cassa ha assunto le vesti di una vera e propria S.p.A. con lo scopo di finanziare le infrastrutture e gli investimenti nei servizi pubblici gestiti da privati o ricorrendo alla partecipazione di privati, avviandosi un significativo processo di valorizzazione delle attività espletate da CDP. Si registrava, quindi, una parziale privatizzazione della medesima Cassa in favore di 65 fondazioni bancarie.

A seguito delle disposizioni sopra citate, le azioni di CDP sono dapprincipio rimaste nella detenzione dello Stato, con esercizio da parte dell'azionista da parte del MEF, mentre alle fondazioni di origine bancaria si è riconosciuta una partecipazione di minoranza.[52]

Si consideri, in via generale, che la trasformazione di CDP in s.p.a. ha comportato la conseguente ripartizione dell'attività espletata, distinguendosi, da un lato, la gestione separata; dall'altro, quella ordinaria. Quanto alla prima tipologia, essa è contraddistinta da una garanzia statale ed una funzione di indirizzo del MEF, tanto che ne è stata offerta la qualificazione in termini di soggetto pubblico.[53] Invece, la gestione ordinaria consiste nel finanziamento sotto qualsiasi forma di interventi di rilevanza strategica e di pubblica utilità.

A fronte dello sviluppo storico che ha interessato CDP e delle modifiche del quadro normativo di riferimento succedutesi nel tempo, occorre dare ulteriormente atto del dibattito sorto in merito alla natura giuridica dell'istituto in analisi, essendosi sul

[50] In tal senso, v. l'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 284 del 30 luglio 1999 sul "Riordino della Cassa Depositi e Prestiti, ai sensi dell'art. 11, legge n. 59 del 15 marzo 1997.

[51] Cfr. Cass., civ. Sez. un., 23 febbraio 1998, n. 1948, ove si sanciva che la Cassa deve essere considerato quale "ente pubblico economico". Nel caso di specie, la Suprema Corte si pronunciava in sede di regolamento preventivo di giurisdizione in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti della Cassa.

[52] Consiglio di Stato, Parere n. 8179/2012.

[53] Cfr. Pregevole la ricostruzione offerta da: V. MANZETTI, Cassa Depositi e Prestiti, Paradigma italiano delle banche di promozione, Napoli, 2021, p. 56 e ss.

ISSN 2036-7821

punto contrapposti differenti soluzioni interpretative. Secondo un orientamento del Consiglio di Stato, Cassa Depositi e Prestiti rappresenterebbe un vero e proprio "organismo di diritto pubblico"[54], analogamente a CDP Investimenti SGR s.p.a., costituita il 24 febbraio 2009 al fine di investire il risparmio collettivo e, dunque, consentire il perseguimento della funzione pubblica riconducibile a CDP [55]. Le ragioni poste a sostegno della suddetta qualificazione in chiave pubblicistica si fondano principalmente sui requisiti enucleati dall'art. 3, comma primo, lett. d), d.lgs. n. 50 del 2016.

Sul punto, ritenuta pacifica la sussistenza, nel caso di specie, del requisito personalistico (personalità giuridica), nonché di quello del maggioritario finanziamento e/o gestione da parte dello Stato, enti pubblici territoriali o altri organismi pubblici, ci si sofferma, in particolare, sul requisito cosiddetto teleologico. Quest'ultimo, infatti, presuppone che l'organismo sia stato istituito al fine di soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale. A tal proposito, il Collegio evidenzia che il dato normativo *"pone anzitutto l'accento sulle ragioni istitutive del soggetto"*. Quindi, si precisa che il requisito teleologico in parola si rinviene *"se l'organismo è stato costituito da un soggetto pubblico appartenente al perimetro allargato della pubblica amministrazione, per dare esecuzione ad un servizio che è necessario perché è strettamente connesso alla finalità pubblica di quest'ultimo"*[56].

In tale contesto, si precisa ulteriormente che, nell'analisi degli elementi caratterizzanti l'organismo, ai fini della qualificazione pubblicistica assumono rilievo preminente i compiti ad esso assegnati rispetto alle modalità con le quali essi vengono perseguiti. Tra le molteplici ragioni poste a sostegno di tali rilievi, si richiama, in primo luogo, la circostanza che le modalità con le quali l'attività dell'organismo viene svolta non risultano espressamente previste dalle norme che vengono in rilievo. Inoltre, si evidenzia che le suddette modalità talvolta si profilano persino mutevoli nel tempo, come ad esempio potrebbe verificarsi laddove un'attività, seppur originariamente si presenti come non remunerativa, assuma poi una connotazione di tal natura. Per tali ragioni, CDP Investimenti SGR s.p.a., che consente di investire il risparmio collettivo, è stata dall'orientamento giurisprudenziale in commento qualificata come *organismo di diritto pubblico,* analogamente a Cassa Depositi e Prestiti s.p.a., che ne detiene il relativo capitale nella misura maggioritaria del 70%, essendo ciò necessario al perseguimento di funzioni di natura pubblicistica. A prescindere dal fenomeno organizzativo utilizzato in concreto, si evidenzia infatti come tale finalità trovi evidente fondamento

[54] In tal senso, cfr., in particolare, Cons. St., Sez. V, n. 550 del 2007; Cons. St., Sez. V, n. 964 del 2020.

[55] Il capitale di CDP Investimenti SGR s.p.a. è detenuto in misura maggioritaria del 70% da parte di CDP, nonché da ACRI e ABI.

[56] Cfr. anche Cass., Sezioni unite, 28 marzo 2019, n. 8678.

ISSN 2036-7821

costituzionale nell'ambito di quanto sancito dall'art. 47 Cost., ai sensi del quale si prevede che "*la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme*".
È recente la decisione con cui la Suprema Corte di cassazione a Sezioni Unite[57] che - pur ricordando le pronunce degli organismi della giustizia comunitaria nei termini appena indicati[58] - ha negato la qualificazione di organismo di diritto pubblico a Cassa depositi e prestiti Immobiliare. La circostanza che CDP detenga la totalitaria partecipazione societaria di CDPI non è stato considerato elemento sufficiente in tal senso; del pari, non è stato ritenuto decisivo al riguardo neppure la circostanza che CDPI espleti la propria attività - e, dunque, funzione - per conto di CDP.[59] Nel delineato ambito è stato affermato come, in forza dello Statuto di CDPI, quest'ultima eserciti anche la gestione collettiva del risparmio, ancorché "*in regime di delega, di fondi comuni d'investimento di propria o altrui istituzione, e di organismi di investimento collettivo, italiani ed esteri, ivi comprese le funzioni di natura amministrativa e le attività di commercializzazione degli Organismi di Investimento Collettivo del Risparmio (OICR)*".[60]
La Corte di cassazione, nella sua più autorevole composizione, ha propugnato la riconducibilità di CDPI nel novero dell'art. 33, del d.lgs. n. 58 del 1998, quale società di gestione del risparmio, configurandosi "*un settore contraddistinto dall'esistenza di una pluralità di soggetti in competizione tra loro, offrendo al pubblico degli investitori qualificati servizi d'investimento non diversi da quelli prestati dagli altri operatori*".[61] Non sono mancate ricostruzioni dogmatiche volte ad inquadrare CDP nei termini di Banca nazionale di sviluppo. Basti considerare al riguardo il c.d. Piano *Juncker*[62], *sub specie* di istituto volto ad assicurare copiosi investimenti a livello europeo.
L'indagine sistematica in ordine alla natura di CDP ne ha, poi, condotto ed articolato la qualificazione anche come intermediario finanziario[63]. Si è, del pari, prospettata la riconduzione di Cassa depositi e prestiti nell'ambito di una *Market Unit* in quanto "*volta a valorizzare interventi di* market friendly *nel rispetto delle regole della concorrenza e dei principi del mercato unico europeo, nonché in conformità alla normativa sul divieto di aiuti di Stato*".[64]

---

[57] Cass. Sez. un., 18 gennaio 2022, n. 1494.
[58] Cass. sez. un. n. 1494/2022, pag. 12.
[59] Ibidem, Cass. sez. un. n. 1494/2022, pag. 17.
[60] Testualmente, Cass. n. 1494/22, cit. pag. 18.
[61] Cass. sez. un., cit. pag. 19.
[62] V. MANZETTI, Cassa Depositi e Prestiti, Paradigma italiano delle banche di promozione, Napoli, 2021, pagg. 32 e ss.
[63] DONATIVI, MALTONI, cit. pag. 66.
[64] Testualmente M. GIACHETTI FANTINI, La straordinaria mutazione del ruolo di Cassa Depositi e Prestiti nel passaggio dallo Stato azionista allo Stato investitore, Federalismi, numero speciale, n. 6/2018, pagg. 51. Parimenti, tanto la Corte costituzionale, quanto la Corte dei conti hanno affrontato la tematica della natura giuridica di Cassa Depositi e Prestiti, prospettandone il giudice contabile la qualificazione come "Amministrazioni dello Stato e i loro bilanci devono perciò essere sottoposti all'approvazione del Parlamento (art. 81, primo comma, della Costituzione), con l'osservanza delle procedure fissate dall'art. 72, ultimo comma, il quale vuole che codesta

ISSN 2036-7821

7. Il Patrimonio destinato di CDP nell'art. 27 del "Decreto Rilancio"

Il patrimonio destinato di CDP trova inquadramento nel pacchetto di prescrizioni sancite dalla Comunicazione della Commissione Europea C(2020)1863 del 19 marzo 2020[65], cui sono susseguite ulteriori integrazione adottate mediante le Comunicazioni numero C(2020)2215 del 3 aprile 2020 e la numero C(2020)3156 dell'8 maggio 2020.

Hanno, inoltre, fatto seguito le Comunicazioni n. C(2020)4509 del 29 giugno 2020 e n. C(2020)7127 del 13 ottobre 2020, nonché, da ultimo, la Comunicazione n. C(2021) 564 del 28 gennaio 2021 con cui la Commissione ha modificato, per la quinta volta, il Quadro Temporaneo.

Nel particolare, ai sensi del Regolamento concernente i requisiti di accesso, condizioni, criteri e modalità degli investimenti, si conferma la *doppia operatività* - o, meglio la *doppia anima* - del Patrimonio Destinato.

Da un lato, viene in rilievo[66] una sezione dedicata all' "*Operatività nell'ambito del quadro normativo temporaneo dell'Unione europea sugli Aiuti di Stato*"[67], quindi, attuabile nel perimetro applicativo delle Comunicazioni UE, *ex* artt. da 5 a 14; dall'altro lato, si delinea una sezione incentrata sulla "*Operatività a condizioni di mercato*", per la quale trova applicazione la disciplina di cui agli artt. da 15 a 24 specificamente dettata dallo stesso art. 27 in commento[68].

---

approvazione sia data direttamente dalle Assemblee parlamentari, non già da una Commissione della quale si può anche dubitare che sia un'emanazione del Parlamento"; mentre secondo la Consulta trattasi di ente "con una propria particolare autonomia, confermata dalle circostanze che essa è espressamente esonerata dall'osservanza di talune norme della contabilità generale dello Stato; ha patrimonio e bilanci separati; non ha e non può avere, data la sua natura e i suoi compiti, un bilancio preventivo, limitandosi le previsioni soltanto alle spese di amministrazione e agli utili di gestione, compresi del resto nel bilancio dello Stato tra i prodotti netti di aziende e gestioni autonome; non gestisce fondi dello Stato, ma di privati depositanti che ad essa affluiscono dal risparmio postale, e, soprattutto nei confronti dei suoi documenti contabili, non sussiste quella necessaria correlazione cronologica, logica e giuridica, che invece intercorre tra bilanci preventivi e rendiconti dello Stato", cfr. Corte cost., sent. 6 novembre 1963, n. 165, cons. https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1963&numero=165.

[65] Meglio conosciuta come "Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza da Covid-19", alla cui cospicua disciplina si rimanda.

[66] In conformità al comma 4, art. 27, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, alla legge 17 luglio 2020, n. 77".

[67] In particolare, l'art. 5 riecheggia quanto previsto dalle Comunicazioni della Commissione UE precedentemente analizzate, laddove ribadisce il doppio requisito dell'interesse generale unitamente alla extrema ratio della misura da adottare su base nazionale: "1. Ai fini degli interventi di cui all'articolo 6, comma 1, lettere a), b) e c), la società richiedente soddisfa in via cumulativa, oltre le condizioni indicate dall'articolo 3, i seguenti requisiti: a) in assenza dell'intervento, la società rischia di perdere la continuità aziendale; il presente requisito si intende soddisfatto qualora alla data di richiesta dell'intervento il rapporto tra l'indebitamento e il patrimonio netto ovvero tra l'indebitamento e il margine operativo lordo dell'impresa richiedente […]".

[68] M. PALMIERI, La ricapitalizzazione pubblica delle imprese nel Decreto Rilancio: luci e ombre di un New post CIVID-19, XII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale "Orizzonti del Diritto Commerciale", Roma, 17-18 settembre 2021, in Analisi Giuridica dell'Economia, n. 2/2020; ivi citate M. PASSALAQUA, B. CELATI, Next Generation Eu: l'impresa pubblica come strumento giuridico per un

ISSN 2036-7821

Come accennato in premessa, il patrimonio destinato è costituito sulla base di una delibera dell'assemblea di Cassa Depositi e Prestiti, su proposta del consiglio di amministrazione, iscritta ai sensi dell'articolo 2436 del Codice civile. Essa identifica, anche in blocco, i beni e i rapporti giuridici compresi nel Patrimonio Destinato.
Sul fronte degli operatori ammessi ai benefici previsti nelle varie misure, ci si riferisce, estensivamente, a società per azioni, anche quotate in mercati regolamentati ed alle società cooperative che abbiano sede legale in Italia e che non operino nell'ambito del settore bancario, finanziario ovvero assicurativo ed abbiano un fatturato annuo superiore a euro cinquanta milioni.
Sotto il profilo della *governance* è, altresì, prescritta la regola della sana e prudente gestione[69] con l'esclusione dell'azione revocatoria di cui all'articolo 67 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e di cui all'articolo 166 del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, relativamente alle operazioni di impiego ed alle garanzie concesse, nonché agli atti e pagamenti effettuati in relazione alle attività afferenti al patrimonio *de quo.*
Gli interventi possono essere adottati in favore di imprese che abbiano subito effetti negativi a causa della pandemia, nell'assolvimento della finalità di garantire la permanenza dell'operatore economico nel mercato. Ai sensi del Quadro Temporaneo, le imprese che vertano in condizioni di criticità finanziarie possono beneficiare dell'intervento pubblico anche nelle forme dell'acquisto o sottoscrizione di strumenti di capitale di rischio o ibridi di capitale[70]. Detti meccanismi possono articolarsi nella prospettiva di assicurare all'operatore beneficiario un livello di redditività o, meglio, di "*effettuare il ripristino della struttura patrimoniale anteriore alla pandemia*"[71].

---

intervento pubblico strategico, in Sistema Produttivo e Finanziario post Covid-19: Dall'efficienza alla sostenibilità, Voci dal diritto dell'economia, a cura di U. MALVAGNA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, e coordinato da M. BODELLINI, G.L. GRECO, M. MAGGIOLINO, F. MATTASSOGLIO, L. ROBUSTELLA, E. SCOTTI, N. SOLDATI, Pisa, 2021, pagg. 413 e ss.

[69] Cfr. Art. 27, comma 12.

[70] Inoltre, va detto come gli interventi del Patrimonio Destinato sono effettuati mediante la partecipazione ad aumenti di capitale, ovvero con la sottoscrizione di prestiti obbligazionari convertibili. Il nuovo Regolamento attuativo, altresì, specifica che dette misure sono effettuate "esclusivamente in presenza di un contemporaneo co-investimento di almeno un altro investitore privato, come definito ai sensi del quadro normativo dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, complessivamente non inferiore al 30 per cento dell'importo totale dell'intervento richiesto dall'impresa proponente l'investimento" (art. 17, comma 2, Regolamento attuativo, cit.). Sugli strumenti obbligazionari del Patrimonio Destinato, ove ricorra un'ipotesi d'incapienza del patrimonio stesso, è, inoltre, consentito il rilascio della garanzia (di ultima istanza) dello Stato, operante nei confronti "dei portatori dei titoli emessi per finanziare il Patrimonio Destinato, a specifiche condizioni" (Cfr. art. 27, comma 8, Decreto Rilancio). Va aggiunto, che le misure in analisi operano in regime di integrale esenzione fiscale, tanto che gli interessi e gli altri proventi dei titoli emessi dal patrimonio destinato e dai suoi comparti sono assoggettati alla imposta sostitutiva con aliquota del 12,5 per cento. Il Patrimonio Destinato cessa ex lege decorsi dodici anni dalla costituzione.

[71] Cfr. 44 Considerando, Comunicazione UE cit., pag. 26.

ISSN 2036-7821

Le disposizioni in commento sono state interpretate nel senso di strumenti per "*colmare gli effetti negativi delle perdite, ma anche ad incrementare la capacità produttiva dell'azienda agevolata compromessa dalla pandemia*"[72], trattandosi di rimedi *di c.d. ultima istanza*, giustificati soltanto allorché nessun'altra soluzione possa assolvere al medesimo scopo[73]. Si richiede, conseguentemente, la sostanziale inutilità delle ulteriori misure percorribili quanto all'esigenza di superare lo stato di criticità (par. 49, *lett. c*)[74].

Proseguendo nello scrutinio del patrimonio destinato di CDP, inoltre, si evidenzia come fra le diverse misure di ricapitalizzazione[75] si annoverano gli "*strumenti di capitale e/o strumenti ibridi di capitale a favore di imprese che si trovino in difficoltà finanziaria a causa della pandemia*". I delineati strumenti finanziari sono eziologicamente tesi a garantire una giusta redditività dell'impresa, senza superare il patrimonio del beneficiario ad un livello superiore rispetto a quello sussistente alla data del 31 dicembre 2019 (*ante* pandemia da Covid-19). La nuova normativa ha anche contemplato gli "*strumenti di capitale, in particolare l'emissione di nuove azioni ordinarie ovvero privilegiate; e/o strumenti con una componente di capitale (denominati strumenti ibridi di capitale), in particolare i diritti di partecipazione agli utili, le partecipazioni senza diritto di voto, ivi comprese le obbligazioni convertibili garantite e non garantite*" [76].

Passando dagli strumenti di investimento e quelli di recupero e di remunerazione dello Stato investitore, emerge come la regolamentazione in materia prevista sia finalizzata ad assicurare la compatibilità di esse con le condizioni di mercato[77], nonché a favorire il ricorso a misure ritagliate sul piano soggettivo dell'operatore beneficiario. In tal modo, si stimola il ricorso agli strumenti finanziari più idonei allo scopo (*seniority*) e alla, conseguente, ripresa dell'azienda discende la liberazione dello Stato dall'intervento effettuato (par. 64 e ss.)[78].

8. Considerazioni conclusive a margine delle differenziazioni rispetto alla disciplina di diritto comune

Alla luce della complessiva ricostruzione effettuata, vengono in rilievo taluni profili di specificità che il patrimonio destinato di CDP presenta rispetto ai canonici strumenti di diritti comune.

---

[72] Per una compiuta ed esaustiva ricostruzione del patrimonio destinato, si consiglia la consultazione del saggio di M. PALMIERI, cit., pagg. 6 e ss.

[73] Cfr. il 49^ Considerando della Comunicazione consolidata della Commissione, op. ult. cit., pag. 27.

[74] Ampiamente, M. PALMIERI, cit. pag. 7.

[75] Cfr. paragrafo 52, Comunicazione UE, cit., pag. 28.

[76] Cfr. sul punto, M. PALMIERI, cit., pag. 9.

[77] Cfr. paragrafo 55, Comunicazione cit., pag. 29.

[78] Sul punto si rimanda alle previsioni della Comunicazione dell'UE in materia di liquidazione e valorizzazione della quota ceduta: in particolare, ai paragrafi 60 e ss., pag. 29 e ss.

ISSN 2036-7821

Una prima differenziazione si registra, invero, rispetto alla disciplina ordinaria quanto alla tematica della separazione patrimoniale, essendo previsto come l'apporto di beni e rapporti venga effettuato dal Ministero dell'economia e delle finanze attraverso l'assegnazione al soggetto gestore di titoli di Stato o di liquidità e non da parte di CDP. Nel delineato ambito è, inoltre, contemplata la possibilità di emissione di strumenti finanziari di partecipazione a valere sul medesimo strumento ed in favore del Ministero dell'economia e delle finanze.

Nel particolare, nel caso del patrimonio destinato di CDP il legislatore si è disancorato dal dogma della concezione classica della separazione patrimoniale (*asset segregation*), con ciò intendendosi il fenomeno da cui discende lo "scorporo" (*rectius*, scissione, distacco) di una parte del patrimonio del disponente per destinarlo ad uno specifico fine. Differentemente dagli strumenti ordinari nel nuovo paradigma di CDP, infatti, il già menzionato apporto di beni e rapporti economici è assicurato da un soggetto terzo (MEF), il quale si limita a contribuire in via esclusiva all'incremento patrimoniale.

Ulteriormente, nella fattispecie in esame residuano profili di specialità anche rispetto alla c.d. destinazioni personificate. In particolare, anche nell'ipotesi di cui all'art. 2447-*bis* e ss. c.c. in materia di "patrimoni destinati ad uno specifico affare" viene in rilievo la separazione del patrimonio dell'impresa, e non dei terzi, teso a costituire "*uno o più patrimoni ciascuno dei quali destinato in via esclusiva ad uno specifico affare*".

Da un lato, l'apporto di "*beni e rapporti giuridici dal Ministero dell'economia e delle finanze*" in favore di CDP e, dall'altro, la previsione di cui all'art. 4 del Regolamento attuativo[79], appaiono conferire allo strumento in esame evidenti profili di diversità e di specialità rispetto al diritto comune anche sotto il profilo dell'interesse perseguito.

È lo stesso legislatore che, nel caso di specie, ha rinvenuto nei *Pillars* unionali quell'interesse primario per l'assolvimento dei valori della stabilità del sistema economico-finanziario e della salvaguardia dei bisogni collettivi *sub specie* di solidarietà, eguaglianza ed equità cristallizzati nella Carta costituzionale. Ciò, peraltro, in attuazione dell'art. 41 Cost., nella misura in cui si afferma che "*l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*".

Il nodo gordiano del difficile contemperamento fra autonomia negoziale e tutela del credito - che da sempre ha mosso la sonda introspettiva degli studiosi in materia[80] - trova il suo bilanciamento nell'intento di soddisfare esigenze collettive che trascendono quanto previsto ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c. Nel patrimonio destinato di CDP la conseguente limitazione della responsabilità patrimoniale *ex* art.

[79] Cfr. Art. 4, Regolamento concernente i requisiti di accesso, condizioni, criteri e modalità degli investimenti del Patrimonio Destinato, Decreto 3 febbraio 2021, n. 26, pubblicato in G.U. n.59 del 10-3-2021: "1. Il Patrimonio Destinato è gestito da CDP S.p.A. sulla base delle disposizioni di cui al decreto-legge, al presente decreto e al Regolamento del Patrimonio Destinato. […]".

[80] Per un approfondimento, si rinvia a M. Bianca, op. cit., pag. 154.

ISSN 2036-7821

2740 c.c. assolve alla funzione di assicurare che nell'espletamento dell'attività di gestione delle risorse pubbliche sia preservato l'originario patrimonio di CDP. La limitazione della responsabilità patrimoniale, quindi, si atteggia a strumento rimediale per contemperare il perseguimento degli obiettivi pubblicistici con l'esigenza di scongiurare pregiudizi che vadano a ledere il patrimonio già esistente.
Ancora più nel dettaglio, nel prospettato contesto il ruolo di CDP sembrerebbe ritagliato dal legislatore alla stregua di *gestore* del Fondo[81] (patrimonio destinato), in tal modo riecheggiandosi il prototipo delle società di gestione del risparmio (S.G.R.).
Sembra affiorare, conclusivamente, un sistema a *geometria triangolare,* al cui apice si colloca il Ministero dell'Economia e delle Finanze che, nella fondamentale funzione *ex lege* attribuita, appare assumere la veste di *quotista* del patrimonio destinato, *sub specie* di Fondo d'investimento per l'attuazione degli "*interventi e operazioni di sostegno e rilancio del sistema economico-produttivo italiano in conseguenza dell'emergenza epidemiologica da "Covid-19*".
Se non fosse che lo schieramento del patrimonio destinato di CDP nel novero delle speciali disposizioni al riguardo previste sembra imprimere alla regolazione in materia quell'effetto di differenziazione rispetto al diritto comune, tanto sul versante strutturale quanto applicativo dell'istituto. Nel particolare, viene in rilievo un innovativo paradigma che il Regolamento di cui al decreto 3 febbraio 2021, n. 26 specializza in relazione agli scopi perseguiti, imprimendo all'attività di CDP uno specifico perimetro gestionale, al pari di quanto accade nelle società di gestione del risparmio.
Ai sensi dell'art. 4 del provvedimento appena citato, si delineano puntuali criteri afferenti alla politica d'investimento (comma 2), stabilendosi meccanismi di allocazione delle risorse del portafoglio (comma 4) predefiniti. La complessiva attività gestoria del fondo viene, persino, disciplinata sul piano dei profili di "*rischio*", improntandone l'esercizio a logiche di coerenza "*con il contesto emergenziale di riferimento*" (comma 3) ed assicurando livelli minimi necessari per garantire la continuità aziendale (art. 7).
Si regolamentano i criteri dimensionali dei prestiti obbligazionari convertibili (art. 8) e delle condizioni economiche dei medesimi (artt. 10 e ss.), senza contare le specifiche disposizioni assunte *ad hoc* quanto alle regole d'intervento (art. 15)[82] ed alle tipologie ammesse ed alla dimensione degli investimenti (art. 17). Del pari, le condizioni economiche degli aumenti di capitale (art. 18) e le già indicate modalità di gestione (art. 21), trovano una loro compiuta regolamentazione.
Al fine di assicurare un elevato livello di operatività a CDP nell'attività espletata, a quest'ultima viene garantito un ruolo chiave nella fase istruttoria per l'accesso agli

[81] Cfr. art. 27, 2 comma "sono intestati a CDP per conto del Patrimonio Destinato e sono gestiti da CDP".
[82] Art. 15, Decreto MEF, 3 febbraio 2021, n. 26.

ISSN 2036-7821

investimenti (art. 26) e nella interlocuzione con gli Istituti creditizi, per la migliore "(...) *gestione degli impieghi del Patrimonio Destinato (…) tramite banche o altri soggetti dotati di adeguata esperienza e qualificazione professionale, ivi incluse le società di revisione*". Anche le disposizioni in tema di rendicontazione (art. 31), sono caratterizzate da specifici meccanismi di disinvestimento, come disciplinato ai sensi dell'art. 20 del Regolamento[83].

L'utilizzo di un sistema di patrimonio destinato all'evidenza diverso dai canonici modelli di diritto comune appare ancorato alle *rationes* poste a presidio del *Temporary framework.* Differentemente, inoltre, dalle altre società di gestione del risparmio presenti nel mercato, CDP in tal caso godrebbe di uno speciale regime che viene riservato alla luce degli scopi perseguiti, a fronte della già ricevuta legittimazione - *rectius*, autorizzazione - ad operare in tale ambito dal legislatore emergenziale.

A margine di un fenomeno apparentemente unitario, sono emersi plurimi profili a cui fare riferimento e, dunque, di esigenze a ciascuno di esse sottese. Tali esigenze sono state affrontate dal legislatore con quel pragmatismo che si giustifica alla stregua degli incomprimibili bisogni collettivi da tutelare. Quanto detto, inoltre, in un quadro caratterizzato dal sopraggiungere dell'incognita del conflitto bellico in Ucraina, come recentemente illustrato dal Governatore della Banca[84] e negli effetti che da tutto ciò potrebbero discendere a livello dei prezzi delle materie prime e del mercato.

[83] Cfr. Art. 20 del Regolamento.

[84] I VISCO, Considerazioni finali del Governatore, Relazione annuale, Banca d'Italia, Roma, 31 maggio 2022, consultabile su https://www.bancaditalia.it/media/agenda/2022-05-31_relazione-annuale-sul-2021-considerazioni-finali-del-governatore/.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Concessioni balneari alla stretta europea. Se la soluzione venisse dal *golden power*?

di Alessandra Camaiani

(Avvocato, Dottorando in diritto amministrativo presso l'Università della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Premessa metodologica, oggetto e ragione dell'indagine. – 2. Lo strumento del *golden power*. – 3. Il valore politico delle coste: l'impatto della gestione dei lidi su interessi strategici nazionali. – 4. Ancora sulla separazione tra bene e servizi.– 5. Conclusioni

Abstract

This note lingers on the possibility of understanding the golden power as an estreme barrier to the Bolkestein Directive' possible application drifts on maritime concessions for tourist-recreational purposes. While recognizing that one could be a reasonable answer, in the course of the reflection it's shown as optimal the solution of the split between land management and service concession. The text doesn't miss to remind as well that, for the truth, EU law does not impose to the States the devolution of goods and services to the market.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Premessa metodologica, oggetto e ragione dell'indagine

Lo scenario di guerra non è più idea peregrina: il conflitto armato si affaccia alle porte dell'Europa. Il momento storico si caratterizza per un ritorno a politiche legislative di stampo nazionalista, preconizzato dallo slancio populista degli ultimi anni, innescato dalla reazione dei cittadini di molti Paesi europei di fronte allo scollamento tra i loro bisogni e le agende della rappresentanza. Dal canto suo, l'Europa come Istituzione pare avere perso il proprio vigore ordinante, stretta tra la fuoriuscita di Stati importanti e grossi scandali imbarazzanti. Per non parlare della incapacità a oggettivarsi come organo politico strutturato e forte.

A far da contesto a questo già preoccupante quadro la contingenza pandemica, che ha gettato il mondo intero in un clima di profonda incertezza a ogni livello, rivelando l'impotenza della tenaglia economica, orientata principalmente al profitto, di fronte alla brutalità della natura sull'uomo.

Nei comparti dell'economia, della tecnologia, dell'industria e delle risorse si riverberano gli effetti di quanto appena descritto; ultimamente, le conseguenze dirette affliggono le persone, nelle loro esistenze e nei problemi quotidiani.

Gli Stati corrono ai ripari e proiettano la legislazione in via difensiva: contrazione dei commerci, limitazione negli scambi e negli affari internazionali, rivisitazione delle politiche industriali e nelle scelte di produzione, tetto ai prezzi di mercato. Il timore reale, ma taciuto, è la fine obiettiva della società moderna per come la si è fin qui conosciuta e intesa.

Tra le misure di cautela che si inscrivono nella regolazione cautelativa, la guerra ha postulato il rinnovo della disciplina del *golden power* quale strumento di reazione preventiva al rischio di controlli e ingerenze estere in settori strategici per il Paese.

Fin qui, i poteri speciali sono stati orientati a settori quali quello dell'energia, dei trasporti, oggi anche delle telecomunicazioni. Tuttavia, la tassonomia degli *assets* rilevanti ai fini delle prerogative della *golden power* non può ritenersi un insieme finito. Per la effettiva capacità della norma a soddisfare i fini per cui è adottata, occorre considerare tale nomenclatura elastica e rivedibile in base alle necessità di volta in volta emergenti.

Sulla scorta di questa premessa qualificatoria, quindi, s'intende verificare la portata della disciplina dei poteri speciali, indagando la sua natura risolutiva per imminenti questioni che il nostro Paese è chiamato a risolvere.

Orbene, a prima vista, la vicenda delle spiagge e delle concessioni balneari con finalità turistico-ricreativa può apparire come materia avulsa dalla rappresentazione fin qui svolta; epperò, occorre indugiarvi, focalizzando l'attenzione sul nucleo problematico che l'attesa riforma pone.

Ad osteggiare l'applicazione della Bolkestein, Direttiva europea che regolamenta il settore delle concessioni nel libero mercato, non sono solo gli operatori commerciali,

ISSN 2036-7821

odierni concessionari. Di là dai soliti interessi singolari, tra i restii v'è anche chi ha a cuore l'interesse pubblico e scorge nella generalizzata messa a gara della gestione delle coste il pericolo della devoluzione irrimediabile di un bene pubblico primario per il Paese (non solo e non tanto in termini economici) a un livello di amministrazione interamente privatistico.

Le conseguenze sono note e riflettono le già avvenute privatizzazioni dei servizi pubblici, anche essenziali, avviate negli anni novanta e conclusesi con la recente perdita perfino della compagnia aerea di bandiera.

La stagione del *privato è bello* ha condotto alla odierna situazione in cui l'interesse singolare sovrasta quello generale, di tutela dei deboli specialmente, e l'accesso alle risorse pubbliche non è garantito come dovrebbe, posto che soggiace al presupposto ineliminabile del servizio offerto sul mercato: la moneta.

Solo la possibilità di pagamento, infatti, e a prezzi anche elevati (dato che, parallelamente, il libero mercato rifiuta interventi di protezione sociale), consente la fruizione di quel che, invece, sarebbe ad appartenenza pubblica necessaria. La gestione privata di certe *res*, inoltre, si contempera con la loro titolarità e la svilisce, ancorché pubblica: sebbene astrattamente il bene pubblico sia tale in termini di proprietà, ad esempio appartenendo al demanio, il rischio è che di fatto sia gestito secondo il modello della proprietà privata, determinandosi una forma di privatizzazione larvata od occulta.

Ove ciò fosse in relazione in relazione al demanio, a cominciare dal lido del mare, secondo una metafora societaria, potrebbe esser detto che passare ora, dopo i servizi, alla mercantilizzazione dei beni pubblici, specie se naturali, significherebbe *intaccare il capitale* nazionale, definitivamente ledendo i diritti dei cittadini, cui invece spetterebbe l'appartenenza *sostanziale* di tali beni.

Agli individui, infatti, occorre garantirne la fruizione mediante il ricorso a gestioni inclusive e di cura di interessi plurali, che si pongono in ontologico conflitto con le dinamiche concorrenziali promosse, invece, dalla Direttiva europea e dal mercato.

Come spesso accade e come è avvenuto anche in rapporto ai servizi pubblici, l'equivoco nell'armonizzazione multilivello origina da una cattiva interpretazione della normativa europea, richiamata ad argomento della spinta alla liberalizzazione della gestione di quanto è pubblico[1]. Invece, realizzando quel cd. *margine di apprezzamento nazionale*, che l'Europa lascia agli Stati membri fuori dagli interessi commerciali comuni, la disciplina eurounitaria non questiona la scelta politica nazionale, ma il modo regolatorio che ne è successivo. Anche con riguardo alla gestione dei lidi italiani, la soluzione ideale sarebbe suggerita proprio dalla

[1] Tuttavia, sono ormai molte le voci in dottrina che si sono levate per evidenziare tale fraintendimento o intenzionale maschera per scelte politiche volute a livello squisitamente nazionale. Su tutti, si veda *passim* A. LUCARELLI (a cura di), *Nuovi modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, Torino, 2014.

ISSN 2036-7821

Bolkestein che, come si avrà modo di notare nel corso dell'intervento, si autolimita nell'applicazione, escludendosi nel caso di una scelta legislativa nazionale che ponga fuori dal mercato il modello di *governance* delle spiagge.
Tuttavia, la volontà politica che occorrerebbe per siffatta soluzione virtuosa manca e non v'è bisogno di riprovarlo: a dimostrarlo sono i fatti e la testimonianza storica di quanto avvenuto coi servizi pubblici, come si è appena rammentato.
Sicché, volendo individuare delle possibili vie alternative per reazioni utili, atte a soddisfare lo scopo ricercato, e cioè quello di impedire la tragica devoluzione al mercato dei beni pubblici naturali nazionali, punto di non ritorno per la tutela dei diritti dei cittadini che vi si correlano, con il presente lavoro si è cercato di valutare la ricorribilità al *golden power* per fare sì di raggiungerlo, agendo in armonia con le regole eurounitarie.
Il risultato, come si mostrerà, è possibilista e anche se prospettato in via di (pur deprecabile) subordine, appare essere una chiave fortunata per arginare la definitiva erosione delle prerogative pubbliche nel governo dell'economia. Machiavellico, si potrà obiettare; tant'è, la valutazione di fattibilità da compiere non è politica, ma giuridica.
Occorre quindi avviare il ragionamento fotografando il rischio concreto della messa a gara delle concessioni balneari in applicazione della Direttiva n. 123/2006. Essa non ammette riserve né prelazioni, dunque astrattamente è possibile che i vincitori degli indicendi bandi siano soggetti non connazionali. Tale assunto, in uno alla considerazione della morfologia peculiare del nostro territorio, in grossa parte costiero, prospetta la prossima sfuggita del governo delle coste allo Stato. Secondo la medesima proiezione di quanto già avvenuto con i servizi pubblici, allorché a prospettazioni similari si reagiva ostentando una sicura fiducia nella legge, che avrebbe posto dei vincoli e garantito i cittadini, è attualmente corrente e serio il pericolo che tale rassicurazione sia nuovamente vana.
Comincia, perciò, a rischiararsi il nesso con i poteri speciali: se lo Stato vuole mantenere il certo controllo sul bene demaniale costiero, rilevante e strategico a fini sociali, militari ed economici, deve impedire che la sua gestione precipiti in mani private e potenzialmente non italiane. Lo strumento del*golden power* si rivela perciò idoneo al raggiungimento di tale scopo. Invero, per come rintuzzato di recente in ragione della guerra, esso mostra la propria modulabilità applicativa, trattandosi di un meccanismo elastico, adattabile ai bisogni reali della politica nazionale che, agendo in modo proporzionato, in casi estremi consente il ritiro alla mano pubblica della gestione di beni riconosciuti come *assets* strategici per il Paese.

2. Lo strumento del golden power

ISSN 2036-7821

Come un Giano bifronte tra il bene ed il male, l'istituto del *golden power* presenta una natura ancipite, potendo costituire il grimaldello per un recupero del governo pubblico dell'economia[2], ovvero essere (inutilmente) inteso quale strumento di politica industriale nazionale[3].

Con il D.l. 15 marzo 2012, n. 21, l'istituto ha fatto ingresso nell'ordinamento italiano, sostanziando un ruolo di protezione assegnato allo Stato nei riguardi di *attivi* (reti, impianti, beni e rapporti, incluse le concessioni di grande derivazione idroelettrica e di coltivazione di risorse geotermiche) di rilevanza strategica per il Paese. In una logica evolutiva, il *golden power* ha trasformato il previo strumento della *golden share*, ove lo Stato si manteneva azionista nelle operazioni che coinvolgevano detti attivi, assumendo oggi un ruolo di regolatore[4].

Invero, le quante volte i predetti attivi, integranti espressamente interessi di rilevanza strategica per lo Stato, siano coinvolti in operazioni atte a costituire una minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti, degli impianti e della continuità degli approvvigionamenti[5], lo Stato può esercitare il privilegio del *golden power* e, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato su conforme deliberazione del CdM (da trasmettere tempestivamente alle Commissioni parlamentari competenti), può esprimere il veto alle delibere, agli atti e alle operazioni adottate da un'impresa che detiene uno o più degli attivi, espressamente individuati dal D.P.R. 85/14.

Deve trattarsi di misure che abbiano per effetto modifiche alla titolarità, al controllo o alla disponibilità degli attivi medesimi, ovvero il cambiamento della loro destinazione, comprese le delibere dell'assemblea o degli organi di amministrazione aventi ad oggetto la fusione o la scissione della società, il trasferimento all'estero della sede sociale, la modifica dell'oggetto sociale, lo scioglimento della società, la

[2] Sull'importanza del consolidamento delle prerogative pubbliche in una stagione di crisi si veda R. GAROFOLI, *Golden power: mercato e protezione degli interessi nazionali*, in Federalismi 2022, ove si legge della «importante consapevolezza della necessità di "ricostituire", consolidare e rafforzare lo Stato, le prerogative pubbliche e gli apparati cui le stesse sono affidate, compresi quelli che presiedono alle diverse modalità attraverso cui si declina l'intervento pubblico in economia».

[3] Per politica industriale si intende il complesso di interventi pubblici volti a orientare e controllare il processo di trasformazione strutturale dell'economia nazionale, muovendo dal presupposto che l'industria e la sua produzione determinino l'intero processo di trasformazione economica del Paese.

[4] L'istituto, inoltre, armonizza la normativa nazionale con quella europea, posto che la previa disciplina, cd. *golden-share*, era stata censurata a livello sopranazionale, in quanto l'esercizio dei poteri speciali non era prevedibile dagli operatori di mercato, non essendo vincolato alla sussistenza di presupposti oggettivi predeterminati. Con sent. III Sezione, 26 marzo 2009, causa C-326/07, la C.G.U.E. ha sanzionato l'Italia – su istanza della Commissione – per violazione della libertà di stabilimento proprio in relazione alle condizioni di esercizio dei poteri speciali.

[5] Lo Stato verifica la sussistenza di un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico, compreso il possibile pregiudizio alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti, i beni e i rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale, anche se oggetto di concessioni, comunque affidate.

ISSN 2036-7821

modifica di clausole statutarie, il trasferimento dell'azienda o di rami di essa incuisiano compresi detti attivi o l'assegnazione degli stessi a titolo di garanzia.
In questi casi, il soggetto giuridico coinvolto nell'operazione è tenuto a notificare al Governo avviso dell'avvio, consentendo così allo Stato di compiere tempestivamente le valutazioni settoriali e di tipo politico, oltreché economico, preordinate all'esercizio del *golden power* come strumento di difesa dell'interesse nazionale.
Come dianzi anticipato, la definizione dei cosiddetti attivi di rilevanza strategica per il Paese è enucleata espressamente nel Decreto del Presidente della Repubblica, del 25 marzo 2014, n. 85, costituente un primo Regolamento per l'individuazione degli attivi di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell'articolo 2, comma 1, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21[6]. Ivi, sono individuati, appunto, gli attivi di rilevanza strategica *nel settore energetico* (a) rete nazionale di trasporto del gas naturale e relative stazioni di compressione e centri di dispacciamento… nonché gli impianti di stoccaggio del gas; b) infrastrutture di approvvigionamento di energia elettrica e gas da altri Stati, compresi gli impianti di rigassificazione di GNL onshore e offshore; c) rete nazionale di trasmissione dell'energia elettrica e relativi impianti di controllo e dispacciamento; d) le attività di gestione connesse all'utilizzo delle reti e infrastrutture di cui alle precedenti lettere a), b) e c), *nei trasporti* (a) porti di interesse nazionale; b) aeroporti di interesse nazionale; c) rete ferroviaria nazionale di rilevanza per le reti trans-europee) e *nelle comunicazioni* (cioè le reti dedicate e nella rete di accesso pubblica agli utenti finali in connessione con le reti metropolitane, i router di servizio e le reti a lunga distanza, nonché negli impianti utilizzati per la fornitura dell'accesso agli utenti finali dei servizi rientranti negli obblighi del servizio universale e dei servizi a banda larga e ultralarga, e nei relativi rapporti convenzionali, fatte salve talune eccezioni, inclusi gli elementi dedicati, anche laddove l'uso non sia esclusivo, per la connettività (fonia, dati e video), la sicurezza, il controllo e la gestione relativi a reti di accesso di telecomunicazioni in postazione fissa).
Orbene, alla luce della ricognizione sintetica – sin qui svolta – dei caratteri primari del *golden power*, specialmente avuto riguardo alle finalità dell'istituto, è evidente che la lista degli attivi non può considerarsi tassativa, risultando l'elenco di cui al citato D.P.R. a tassonomia aperta. Come dimostrano le numerose modifiche apportatevi dal legislatore negli anni, infatti, l'evoluzione tecnologica, così come le esigenze empiriche, geopolitiche e geoeconomiche, che il momento storico presenta, comportano il necessario e costante adeguamento di quanto può essere classificato come avente rilevanza strategica per il Paese. Il che attesta l'opportunità di un'interpretazione sostanziale e non formale della norma in parola.

[6] GU Serie Generale n. 129 del 06-06-2014; entrata in vigore del provvedimento: 07/06/2014.

ISSN 2036-7821

In proposito, si pensi per esempio alle recenti modifiche intervenute sulla disciplina dell'istituto (D.l. 21 marzo 2022, n. 21 e DPCM 1 agosto 2022, n. 133) in ragione della guerra in Ucraina.
Tralasciando in questa sede l'oggetto del *novum* normativo[7], è sufficiente la considerazione appena riferita per valutare se la gestione delle coste nazionali sia potenzialmente inscrivibile nel novero degli attivi rilevanti ai fini dell'applicazione delle prerogative del *golden power*.

3. Il valore politico delle coste: l'impatto della gestione dei lidi su interessi strategici nazionali
Se si pensa che il *golden power* mira a impedire la presenza stabile di soggetti non connazionali[8] in certe aree espressive di interessi essenziali per il Paese, si vede come l'astratta possibilità di registrare diffusamente una gestione dei lidi italiani da parte di soggetti stranieri dovrebbe mettere lo Stato nella condizione di intervenire.
Infatti, come si è anticipato in premessa, laddove si pervenisse a una applicazione della Direttiva Bolkestein (n. 2006/123/CE) nel senso in cui sovente dottrina e giurisprudenza la intendono, si dovrebbe presto procedere con la messa a gara pubblica di una parte considerevole delle concessioni balneari oggi sussistenti[9].

[7] Preme, tuttavia, dar conto dell'avvenuta introduzione dell'istituto della pre-notifica, in adesione alle numerose istanze che la dottrina e gli operatori economici dei settori interessati avevano espresso nel senso della sua importanza. Lo strumento è rivolto a efficientare l'intervento pubblico e a ottimizzare l'organizzazione dei privati, evitando l'avvio del procedimento. Nei contenuti, la pre-notifica consente di considerare preliminarmente all'obbligo di pubblicità notizia l'assoggettabilità alla disciplina del *golden power* della operazione avviandа.

[8] Si veda al riguardo l'art. 25 del D.l. 21/22, rubricato «Ridefinizione dei poteri speciali nei settori di cui all'articolo 2 del decreto-legge n. 21 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 56 del 2012», che recita: «Per le finalità di cui all'articolo 1 e al presente articolo, per soggetto esterno all'Unione europea si intende: a) qualsiasi persona fisica che non abbia la cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione europea; b) qualsiasi persona fisica che abbia la cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione europea e che non abbia la residenza, la dimora abituale ovvero il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo o che non sia comunque ivi stabilita; c) qualsiasi persona giuridica che non abbia la sede legale o dell'amministrazione ovvero il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economicoeuropeo o che non sia comunque ivi stabilita; d) qualsiasi persona giuridica che abbia stabilito la sede legale o dell'amministrazione o il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo, o che sia comunque ivi stabilita, e che risulti controllata, direttamente o indirettamente, da una persona fisica o da una persona giuridica di cui alle lettere a), b) e c); e) qualsiasi persona fisica o persona giuridica che abbia la cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo che abbia stabilito la residenza, la dimora abituale, la sede legale o dell'amministrazione ovvero il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea, o che sia comunque ivi stabilita, qualora sussistano elementi che indichino un comportamento elusivo rispetto all'applicazione della disciplina di cui al presente decreto».

[9] Il Consiglio di Stato, nelle pronunce Ad. Plen. 17 e 18 del 9 novembre 2021, «consapevole della portata nomofilattica della presente decisione, della necessità di assicurare alle amministrazioni un ragionevole lasso di tempo per intraprendere sin d'ora le operazioni funzionali all'indizione di procedure di gara, nonché degli effetti ad ampio spettro che inevitabilmente deriveranno su una moltitudine di rapporti concessori», ha ritenuto che tale intervallo temporale, individuato per l'operatività degli effetti della decisione, possa essere congruamente individuato al 31 dicembre 2023. Per una linea interpretativa critica rispetto alla mera applicazione della norma sopranazionale, si vedano G. DI PLINIO, *Il Mostro di Bolkestein in spiaggia. La "terribile" Direttiva e le concessioni*

ISSN 2036-7821

Ancorché le concessioni detengano una finalità turistico-ricreativa, non v'è chi non veda la natura strategica del controllo dei lidi, che spesso, come viene denunciato con sempre maggior frequenza, si risolve concretamente in forme di privatizzazione di fatto delle aree demaniali, essendone impedito l'accesso a discrezione del gestore[10].
Ci si chiede quindi, *quid iuris* se le concessioni, prospettate come modelli di gestione efficienti, affidate ai vincitori di una gara pubblica, si risolvessero poi in larvate privatizzazioni di fatto, astrattamente sottratte in modo massiccio al controllo nazionale e magari anche entro uno scenario di guerra, niente affatto improbabile? Come si potrebbe reagire ad atteggiamenti escludenti come quelli denunciati di recente in capo ai concessionari italiani, o come potrebbero dirsi garantiti i diritti di accesso dei cittadini se non fosse più possibile fronteggiare con misure di politica sociale l'interesse privato confliggente?
Senza contare i riflessi d'incertezza sulla sicurezza nazionale. Del resto, il presidio completo e assoluto, in astratto e in concreto, della propria territorialità è il carattere minimo e necessario per la sovranità di uno stato. Invero, nonostante l'esclusione si rivolga attualmente – in modo pur gravissimo – verso i cittadini, ben potendo la forza pubblica accedere ai lidi in ogni momento, dovendo immaginare scenari bellici, risulta chiaro come il controllo sostanziale della costa da parte di soggetti stranieri, persone fisiche o, maggiormente, persone giuridiche (es., multinazionali), potrebbe determinare rischi consistenti anche per la sicurezza nazionale.
Ove alle gare ad evidenza pubblica in via di attivazione, in omaggio ai ritenuti doveri conformativi verso la normativa euro-unitaria, partecipassero direttamente soggetti non italiani, potenzialmente anche di provenienza non europea, ovvero qualora, intervenuta la concessione a vantaggio di operatori nazionali, i medesimi dovessero poi avviare operazioni rilevanti ai sensi del *golden power*, è evidente che sussisterebbero ragionevoli motivi per invocare un argine al rischio, certamente non assumibile, di assegnare il controllo costiero – di fatto – a mani straniere. Assumendo le coste come beni sostanzialmente strategici ai fini dell'esercizio dei poteri speciali dello Stato, un simile rischio pare anzi essere connaturato all'acquisto – a qualsiasi titolo – di partecipazioni in società che detengono gli attivi balneari da parte di un soggetto non connazionale, che sia di rilevanza tale da determinare l'insediamento stabile dell'acquirente in ragione dell'assunzione del controllo della società; rischio che certamente non può essere assunto né in tempi ordinari né entro scenari di conflitto militare, peraltro globalmente estesi e interessanti le soglie dell'Europa. Essendo l'Italia una penisola, potenzialmente l'intero territorio, in pochi anni,

balneari, tra gli eccessi del Judicial Italian Style e la crisi del federalizing process, in Giurcost 2020 e A. LUCARELLI, *Il nodo delle concessioni demaniali marittime tra non attuazione della Bolkestein, regola della concorrenza ed insorgere della nuova categoria "giuridica" dei beni comuni (Nota a C. cost., sentenza n. 1/2019)* in Diritti Fondamentali, 2019.

[10]https://napoli.repubblica.it/cronaca/2022/08/24/news/filo_spinato_a_posillipo_controlli_dei_vigili_proteste_dei_turisti_qui_il_mare_e_negato-362742360/?ref=search.

ISSN 2036-7821

potrebbe cadere in mani esotiche, risultandone agevolate, in caso di conflitto, le azioni avverse – occulte o palesi – all'interesse nazionale[11].

Un primo, interessante, banco di prova per il *golden power*, che consentirebbe di sciogliere la riserva sulla sua natura positiva o perlomeno critica nel complesso delle norme ordinamentali, potrebbe essere quindi quello del futuro delle concessioni balneari con finalità turistico-ricreativa: accedendo a una interpretazione lata e sostanziale dei presupposti applicativi delle prerogative in cui si sostanzia l'istituto dei poteri cd. speciali[12], una volta verificata da parte dello Stato la sussistenza di un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico riveniente da operazioni che interessino attivi essenziali per il Paese, quale certamente è la gestione amministrativa e/o fattuale delle coste nazionali, ovvero stante il possibile pregiudizio per la sicurezza e il funzionamento di beni di rilevanza strategica per l'interesse nazionale, anche se oggetto di concessioni, comunque affidate, sarebbe possibile reagire a livello politico e giuridico, compiendo un'applicazione costituzionalmente orientata del *golden power*, impiegandolo per recuperare il governo delle coste alla mano interamente pubblica.

Il diritto dell'Unione non osterebbe a un intervento statale che volesse ripristinare una gestione amministrativa pubblica delle coste[13]. Giova comunque rammentare che un simile approdo è possibile anche al di fuori dell'esercizio dei poteri speciali.

---

[11] E che la preoccupazione principale del legislatore nel tornare ad occuparsi di *golden power* sia oggi proprio il conflitto bellico corrente tra Russia e Ucraina-Alleanza Atlantica è dimostrato dal fatto che nella riforma recente, l'art. 28, temendo potenziali interferenze nell'etere, ha ridefinito i poteri speciali in materia di servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G e cloud. La stessa novella del 2022 ha perfino potenziato la capacità amministrativa della Presidenza del Consiglio dei Ministri in materia di poteri speciali senza levare particolari scandali, stante il timore della guerra.

[12] Nonostante non sfugga che si insiste, anzi, per una contraria opzione restrittiva, stante il potenziale carattere lesivo dei poteri inibitori dello Stato nei riguardi della libertà di stabilimento e di iniziativa economica, potendosi la disciplina del *golden power* risolvere altrimenti in uno strumento pubblico dirigistico dei mercati (R. CHIEPPA, *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del d.l. 21/2022 e della legge di conversione 51/2022*, in *Federalismi.it*, 15 giugno 2022).

[13] Nel ritenere applicabile la disciplina del *golden power* nel senso espresso nel corso del paragrafo, almeno in parte, ci conforta la *Comunicazione della Commissione relativa ad alcuni aspetti giuridici attinenti agli investimenti intracomunitari* (pubblicata in Gazzetta ufficiale n. C 220 del 19/07/1997 pag. 0015 – 0018, ove si legge che «potrebbero essere ammesse restrizioni discriminatorie nei confronti di investitori cittadini di un altro Stato membro dell'Unione europea, qualora esse si applichino a delle attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri (articolo 55 del trattato) (…) Un regime particolare per gli investitori cittadini di un altro Stato membro potrebbe essere ammesso, inoltre, qualora fosse giustificato da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica (articolo 56 del trattato) (…) Anche l'articolo 73 D, paragrafo 1 consente agli Stati membri (…) «di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza». A norma del paragrafo 2 dello stesso articolo, è consentito inoltre applicare restrizioni in materia di diritto di stabilimento compatibili con il trattato. Nel paragrafo 3, tuttavia, si statuisce che tutte queste deroghe non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali».

ISSN 2036-7821

Sussistono, infatti, almeno tre ordini di ragioni diverse che conducono al medesimo risultato sterilizzante della Direttiva *Bolkestein*, scongiurando i rischi che vi sono legati e che hanno condotto il legislatore a procrastinare sino ad oggi la messa a gara delle concessioni sulle spiagge. Non si tratta soltanto di rischi per la sicurezza nazionale. Coinvolti dalla materia delle concessioni balneari a finalità turistico-ricreativa sono, altresì, fini economici, legati alla tutela degli operatori di mercato, sociali, relativi invece alla protezione dei diritti dei cittadini e delle comunità territoriali, spesso esautorati nell'esercizio dei loro diritti primari per via di gestioni improntate alla logica del profitto o concorrenziale, nonché e non meno ambientali, che afferiscono al più elevato grado della gestione pubblica del territorio nazionale, in conformità ai principi e alle regole espresse nel tessuto costituzionale. Le perplessità sull'applicazione *sic et simpliciter* della Direttiva europea non paiono, pertanto, affatto peregrine[14].

Venendo, quindi, agli argomenti a sostegno dell'assenza di conflitto col diritto dell'Unione nell'istituire modelli di *governance* dei beni o servizi pubblici completamente votati alla logica pubblicistica, occorre anzitutto osservare che spesso la narrativa politica di partito richiama la normativa europea per giustificare la devoluzione al mercato e alle regole privatistiche della gestione e/o della titolarità di beni e servizi. Tuttavia, tale assunto non risulta veridico.

Circa la titolarità del bene o del servizio, già la Comunicazione della Commissione U.E. del 1997, n. 202 è lapalissiana nel riferire che riguardo ai «programmi di privatizzazione avviati negli ultimi anni da alcuni Stati membri (…) È opportuno sottolineare (…) che il passaggio di un'impresa dal settore pubblico al settore privato è una scelta di politica economica che, in quanto tale, rientra nella competenza esclusiva degli Stati membri, in base al principio di neutralità del trattato nei confronti del regime di proprietà, enunciato nell'articolo 222 del trattato [CEE] stesso». Orbene, tale articolo precisa «Il presente trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri», confermando così che non sussiste alcun obbligo da parte della normativa europea tale per cui occorrerebbe accedere a un depotenziamento del potere pubblico nella titolarità dei beni e servizi pubblici.

Identicamente, ciò avviene in relazione ai modelli di gestione: non sussiste alcun obbligo comunitario di liberalizzare la gestione di beni e servizi pubblici. Soltanto, in base alla normativa euro-unitaria, se lo Stato sceglie di ricorrere al mercato, si assoggetta alle sue regole come un qualunque operatore privato commerciale (come si vedrà *amplius infra*, la disciplina dell'Unione lascia liberi gli Stati membri di

[14] Peraltro, quanto alla trasparenza nella scelta del gestore e alle ragioni di legittimità e opportunità nel rinnovare le concessioni in essere, non si ritiene necessario richiamare la normativa sopranazionale, essendo sufficiente il diritto interno oggi che è venuto meno il diritto di insistenza (art.37 Cod. Nav.).

ISSN 2036-7821

adottare scelte di *government*, mentre interviene a valle, a modulare la *governance*, allorché con la scelta presupposta – a livello nazionale – si sia optato per il ricorso al mercato).

Anche con riguardo alla disciplina speciale, non sembra darsi applicazione della Bolkestein in rapporto alle concessioni balneari, nonostante la finalità turistico-ricreativa, suscettibile di qualificazione economica.

Invero, la Direttiva del 2006 all'art. 12, par. 3, lascia al legislatore un margine di apprezzamento nazionale, tale che, nel disciplinare la materia, può bilanciare la regola della concorrenza con altri motivi di interesse generale[15]. Si tratta di motivi di salute pubblica, obiettivi di politica sociale, sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario.

Tra questi ultimi si ritiene di potere inscrivere la tutela dei beni pubblici e della loro fruizione[16], da garantire come libera e tendenzialmente non escludibile. Da ciò discende che la tutela del bene, come della sua fruizione, rappresentano motivi imperativi di interesse generale, conformi al diritto U.E., astrattamente prevalenti sulla regola della concorrenza[17].

---

[15]Come confermato anche dalla Corte di giustizia, nella nota sentenza *Promoimpresa e Melis* (14 luglio 2016,C-458/14 e C-67/15).

[16] Da intendere come SIG, servizi non economici o sociali, basati – e quindi erogati – sulla scorta dei principi di solidarietà e accesso paritario. Esempio paradigmatico della categoria sono i servizi pubblici, soprattutto essenziali. Dunque, in applicazione del considerando 17 della Direttiva, la Bolkestein non trova in tal caso applicazione, limitandosi solo ai servizi prestati dietro corrispettivo economico (SIEG).

[17] E' interessante e degna di accoglimento anche la tesi sostenuta dal Cons. R. CAPONIGRO nella Relazione del convegno "Le concessioni demaniali marittime: una fine o un inizio?", svoltosi a Maruggio (Taranto) in data 16 settembre 2022, disponibile in Italiappalti col titolo *Le concessioni demaniali nel rapporto con la Corte di Giustizia Europea.* Nel contributo si legge che «come indicato all'art. 2 della direttiva 2014/23/UE, la direttiva concessioni si applica all'aggiudicazione di concessioni di lavori o di servizi, ma non si applica alle concessioni di beni, tra cui le concessioni demaniali. Ugualmente, l'art. 164 del d.lgs. n. 50 del 2016 indica che le disposizioni di cui alla parte III del codice, definiscono le norme applicabili alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi indette dalle amministrazioni aggiudicatrici, nonché dagli enti aggiudicatori qualora i lavori o i servizi siano destinati ad una delle attività di cui all'allegato II. In tale ottica, ai sensi del considerando n. 15 alla direttiva concessioni, è stato specificato che «taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva». Pertanto, le norme sulle procedure di aggiudicazione finalizzate alla scelta del concessionario previste nella direttiva concessioni, così come nel vigente codice nazionale dei contratti pubblici, sono propriamente riferite alle concessioni di lavori e di servizi e non anche alle concessioni di beni pubblici, per le quali, invece, occorre individuare una diversa fonte normativa di riferimento». L'assunto confermerebbe la non applicabilità della *Bolkestein quoad materiam* (concessioni demaniali) e conforta, altresì, la tesi che si sosterrà *infra*, a mente della quale è possibile recuperare uno spazio applicativo per la Direttiva del 2006 solo attraverso la scissione tra il bene – mai concedibile – e il servizio – sempre da affidare mediante gara pubblica.

ISSN 2036-7821

Inoltre, anche allorché si ritengano cadere le concessioni balneari nel fuoco applicativo della Direttiva n. 123/06, i già menzionati motivi di interesse generale consentono comunque di derogare all'applicazione delle norme che tutelano la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali, alla cui tutela la norma in parola si proietta.

Infatti, lo riprova ancora la Comunicazione della Commissione del 1997, n. 202, «Dall'analisi dei provvedimenti a carattere restrittivo per gli investimenti intracomunitari emerge che i provvedimenti discriminatori (cioè quelli che si applicano esclusivamente agli investitori cittadini di un altro Stato membro dell'UE) saranno giudicati incompatibili con gli articoli (…) del trattato – relativi alla libera circolazione dei capitali e al diritto di stabilimento –, a meno che non rientrino nel quadro di una delle deroghe previste dal trattato stesso. I provvedimenti non discriminatori (cioè quelli che si applicano ai cittadini nazionali e ai cittadini di un altro Stato membro dell'UE) sono ammessi se si fondano su una serie di criteri obiettivi, stabili e resi pubblici e possono essere giustificati da motivi imperiosi di interesse generale. Va comunque rispettato il principio di proporzionalità»[18].

Sicché, il diritto dell'Unione non obbliga alla privatizzazione e nemmeno alla devoluzione concorrenziale della gestione di beni e servizi pubblici, né a livello di principi generali, né con riguardo alla disciplina speciale, individuata dalla Bolkestein.

Se tanto potrebbe bastare a escludere una gestione dei lidi praticata secondo le regole di mercato, altrove[19] si è fornita una soluzione che preme ribadire in questa sede, confermandosi quale possibile via per un'armonica composizione del conflitto tra interessi coinvolti nella questione delle concessioni balneari italiane nel contesto giuridico europeo.

[18] Si veda al riguardo anche ord. TAR Lecce, 11 maggio 2022, n. 743, che dubita della proporzionalità nell'applicazione della *Bolkestein*, una misura per cui se «nel conferimento o nel rinnovo delle concessioni, andrebbero evitate ipotesi di preferenza "automatica" per i gestori uscenti, in quanto idonei a tradursi in un'asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato» è pur vero che «i criteri di selezione dovrebbero dunque riguardare la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori, essere collegati all'oggetto del contratto e figurare nei documenti di gara. Nell'ambito della valutazione della capacità tecnica e professionale potranno, tuttavia, essere individuati criteri che, nel rispetto della par condicio, consentano anche di valorizzare l'esperienza professionale e il know-how acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi (e, quindi, anche del concessionario uscente, ma a parità di condizioni con gli altri), anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale; anche tale valorizzazione, peraltro, non potrà tradursi in una sorta di sostanziale preclusione dell'accesso al settore di nuovi operatori».

[19] A. CAMAIANI, *Concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricreativa: l'occasione definitiva per la tutela dei beni comuni* in *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, A. COSSIRI (a cura di), 2022, p. 205 e segg.

ISSN 2036-7821

È attraverso la separazione tra bene e servizio che si può agilmente superare il contrasto interpretativo insorto sulla natura giuridica della Direttiva *Bolkestein*[20], nonché sul suo perimetro applicativo, ed è perciò su tale base che può armonizzarsi la disciplina nazionale con quella euro-unitaria, garantendo proporzionalità e cogliendo l'occasione per una riqualificazione dell'intero assetto ordinamentale in senso costituzionale.

4. Ancora sulla separazione tra bene e servizi

Gli interessi economici di cui si fa garante l'Europa con la Direttiva n. 123/06 potrebbero ugualmente essere soddisfatti mediante la separazione giuridica, ma ben prima materiale e concettuale, del bene dai servizi che vi insistono, solo questi secondi avendo un valore commerciale rilevante ai fini della sua applicazione[21].

A dispetto del *nomen* «concessioni demaniali», oggetto della concessione balneare con finalità turistico-ricreativa non può essere ritenuto il bene di per sé, ma piuttosto i servizi che vi si svolgono superficialmente.

Invero, il lido del mare è oggi un bene pubblico demaniale, potenzialmente riconducibile alla categoria dei beni comuni, in quanto rientra tra le *res communes omnium*, come noto non suscettibili di gestioni svolte secondo criteri concorrenziali. Beni di tal fatta si connotano per soddisfare diritti fondamentali degli individui e perciò la loro fruizione non può essere limitata (salvo che non sussistano ragioni di salvaguardia del bene medesimo, nel quale caso, però, è la legge a regolarne la godibilità limitata, consentendone comunque una fruizione diffusa). L'assegnazione a un singolo concessionario, quindi, anche se compiuta per l'esercizio di attività di interesse generale e per un periodo di tempo determinato, non pare armonizzarsi con la natura giuridica del bene.

Occorrerebbe, anzi, restituire alla collettività un bene che le appartiene e di cui oggi non può godere in modo libero e pieno per via della sostanziale immedesimazione che si compie, per il tramite della concessione, tra servizi e *res;* immedesimazioneche spesso conduce il concessionario gestore ad atteggiarsi come un proprietario di fatto del lido[22].

---

[20] Si è registrata in giurisprudenza incertezza sulla natura giuridica della Bolkestein come *self-executing* e non piuttosto come norma di armonizzazione, con conseguente perdita del suo valore dispositivo e cogente, solo orientandosi all'armonizzazione, appunto, delle discipline dei vari stati membri in materia di concorrenza (si veda in tal senso ord. TAR Lecce, 11 maggio 2022, n. 743).

[21] Come già osservato *supra* alla nota 14 e scandito dal Cons. di Stato con la sent. n. 4949/2022 in merito alla differenza tra concessioni di beni e concessione di lavori e servizi, solo a questi ultimi e non ai primi sarebbe applicabile la *Bolkestein*.

[22] Come di recente denunciato da *Il mare negato di Roma -Libro Bianco sul muro di illegalità e cemento che ha cancellato il mare della Capitale*, D. RUGGIERO (a cura di) per Ass. Mare Libero, 2022; R. BELLO, *I diritti dei bagnanti: spiagge libere e diritto di accesso al mare* in Diritto.it, 2022; G. AMENDOLA, *Spiagge e mare sono un diritto di*

ISSN 2036-7821

Vieppiù, il lido del mare, preferibilmente quale bene appartenente ai desiderabili *common goods* – ma anche nell'attuale stato di mero bene pubblico – incoraggerebbe forme di partecipazione diretta dei cittadini nell'attività di cura dello stesso e il diritto democratico dell'uso di risorse e spazio pubblico come luoghi di espressione di bisogni autentici delle collettività, di produzione di stili di vita e di nuove economie[23].

Scindendo la gestione del bene da quella dei servizi, sarebbe immaginabile, quindi, il seguente scenario: chiarito che la materia delle concessioni demaniali marittime non costituisce oggetto della Direttiva 2006 (o che comunque integra un caso di deroga alla sua applicazione), quanto al suolo, la gestione potrebbe essere devoluta secondo criteri di sussidiarietà orizzontale (art.118, comma 4, Cost.). Tale principio favorisce l'iniziativa autonoma dei cittadini, singoli o aggregati, nello svolgimento di attività di interesse generale. Nella gestione dei beni e dei servizi pubblici, i cittadini si rendono parte attiva nella cura del bene. All'Ente pubblico, meglio se Locale – per il diverso principio della sussidiarietà verticale (artt. 5 e 118, comma 1, Cost.) –, compete il potere di controllo e di vigilanza sull'efficienza e il buon andamento della gestione partecipata.

Ricorrendo agli strumenti pattizi, specialmente al partenariato pubblico privato o sociale (cd. baratto amministrativo – art.190 D.lgs. n. 50/2016), ovvero ai contratti di disponibilità (art. 188 c.c.p.), è possibile immaginare modelli di gestione delle coste attivabili in base a proposte provenienti dalla (o rivolte alla) cittadinanza per la cura del bene nell'interesse collettivo.

Quanto ai servizi, il sicuro interesse economico delle accessorialità balneari (SIEG), corrisposte da un prezzo, e cioè ristorazione, comfort (sdraio e ombrelloni), attività ludiche e sportive (gonfiabili per bambini, noleggio di pattini e canoe), consente di mantenere sostanzialmente identico all'odierno il quadro gestorio dei litorali, applicando la Direttiva n. 123/2006 per mandarne a gara con frequenza regolare – e breve – la gestione.

In conclusione, salvaguardando il bene nella sua identità, lo schema *separatista* proposto lascia coesistere distinte realtà e compone bisogni tra loro confliggenti: le

---

tutti: impedirne l'uso pubblico è reato, ne Il Fatto Quotidiano 2020 e *Il Diritto di Accesso al Mare*, relazione di G. P. CIRILLO al convegno *In litoremaris – Poteri e Diritti in Fronte al Mare*, Sestri Levante, 15 e 16 giugno 2018.

In A. COSSIRI, *Coste e diritti*, op. cit. si giungeva a prospettare l'utilità della giuridificazione della categoria dei beni comuni, che faciliterebbe l'inescludibilità dal bene e che prediligerebbe forme partecipate di *governance*.

[23] U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, Laterza, 2011; S. RODOTÀ, *I beni comuni. L'inaspettata rinascita degli usi collettivi*, Napoli, La Scuola di Pitagora 2018. A ben vedere, si tratta dell'attuazione del principio di solidarietà orizzontale, espresso all'art.118, comma 4, Cost. Come noto, tale principio si sostanzia nel *favor* dell'ordinamento verso l'iniziativa autonoma dei cittadini, singoli o aggregati, nello svolgimento di attività di interesse generale. Secondo alcuni [G. ARENA, Cittadini attivi, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 62] si tratta di una norma precettiva, quindi direttamente incidente nelle modalità concrete di gestione dei beni e dei servizi pubblici: i cittadini si rendono parte attiva nella cura del bene insieme alle amministrazioni, cui rimane in capo un ruolo di vigilanza, controllo e sanzionatorio.

ISSN 2036-7821

necessità di tutela del lido del mare, degli interessi civici e pubblici, oltreché economici, sono tutte parimenti soddisfatte, in perfetta conformità con la normativa europea di settore e col contestuale rispetto delle regole generali di concorrenza, libertà di stabilimento e d'iniziativa economica sancite dai Trattati.

5. Conclusioni

Con la presente trattazione si è svolta una riflessione sul *golden power*, verificando se esso possa costituire un *commodus discessus* per disinnescare la portata negativa – in termini di impatto sullo stato economico e, ben più, politico nazionale – della prossima devoluzione a gara delle concessioni balneari con finalità turistico-ricreativa, aperte anche a operatori transfrontalieri.

Tale istituto consente allo Stato di mantenere un'influenza determinante in settori di rilevante interesse nazionale, quale indubitabilmente è quello della gestione delle coste[24] (ancorché con riguardo a concessioni con finalità turistico-ricreativa) e dunque i poteri speciali potrebbero fungere da grimaldello per innescare il rilancio del governo pubblico dell'economia[25].

Come si è visto, infatti, accedendo a una interpretazione sostanziale e lata di «interesse strategico nazionale» e considerando non tassativa la classificazione normativa degli *attivi* strategici per il Paese, può ben ammettersi che il legislatore nazionale innovi l'attuale tassonomia, iscrivendovi ulteriori *assets* da proteggere perché riguardanti settori strategici o perché necessari a preservare l'indipendenza economica nazionale in taluni ambiti.

Per l'effetto, ove ciò avvenga, lo Stato può apporre il veto a qualsiasi operazione valuti come rischiosa per l'interesse alla sicurezza nazionale, impedendo che si realizzi un'acquisizione straniera di quei medesimi *attivi* ritenuti idonei a compromettere essenziali interessi nazionali.

Nonostante chi ritenga che il *golden power* dovrebbe mantenere un carattere di eccezionalità, connotando una gestione patologica del mercato, specialmente intra-U.E., sussistendo altrimenti il rischio che i poteri speciali vengano interpretati «come uno strumento pubblico dirigistico dei mercati»[26], la circostanza della loro attivazione consentirebbe di individuare l'occasione per un *riarmo* della pubblica

[24] Come di recente sostenuto anche dal Ministro per le politiche del mare (https://www.mondobalneare.com/balneari-musumeci-no-a-lobby-straniere-al-posto-di-attuali-imprese/).

[25] «Tanto più in una stagione così prolungata di crisi (dapprima quella economico-finanziaria, poi quella pandemica e in ultimo quella internazionale)», commenta ancora R. Garofoli nel testo già citato *supra*, «è necessario un governo pubblico dell'economia che impedisca quelle operazioni dirette «ad acquisire il possesso di tecnologie avanzate, a guadagnare l'accesso a risorse naturali o a migliorare la competitività di imprese estere concorrenti di quelle da acquistare».

[26] «Tenuto anche conto che la Commissione valuterà la nuova disciplina non solo in astratto, ma anche per come in concreto verrà applicata» in R. CHIEPPA, op. cit.

ISSN 2036-7821

amministrazione[27] rispetto alla regolazione privata che troppo spesso, dalla stagione delle privatizzazioni in avanti, ha prevaricato la gestione pubblica di beni e servizi.
Del resto, anche in via ordinaria si è avuto modo di riscontrare come la disciplina europea non osti astrattamente alla libera scelta degli Stati membri sull'*an* del ricorso al mercato.
Le quante volte uno Stato membro, nell'esercizio della propria autonomia sovrana, decida di gestire in mano pubblica beni o servizi, trattenendo presso di sé o revocando dalla regolazione privata le gestioni, non sussiste alcuna contrapposizione tra mercato e interesse nazionale, poiché il mercato non entra realmente in gioco. L'Europa, infatti, con la sua disciplina è chiara nel disporre che **solo se** la riserva sull'*an* del ricorso al mercato viene sciolta dallo Stato membro in un senso positivo, allora anche il pubblico operatore soggiace alle Sue regole, non potendosi ammettere posizioni di privilegio atte a falsare le normali dinamiche commerciali[28]; diversamente, però, non esiste conflitto alcuno col diritto sopranazionale per la scelta interna di gestire beni e servizi di interesse generale in regime di diritto pubblico, ancorché essi siano suscettibili di valutazione economica e nonostante l'esauribilità della risorsa, carattere che rileva solo se si opera secondo le regole commerciali[29].
Sembra, perciò, possibile revocare alla mano pubblica certe gestioni di servizi e beni pubblici[30], a conferma della libertà dello Stato di scegliere cosa devolvere al mercato e cosa trattenere presso di sé – senza imporre irragionevoli oneri motivazionali come quelli di recente prospettati dal cd. DDL Concorrenza, che addirittura vorrebbe, al rovescio, che l'organo pubblico motivasse il perché del mancato ricorso al mercato[31].
Ancora una volta sembra essere proprio la normativa europea a guidare le scelte politiche nazionali, niente affatto ostando a soluzioni di tutela plurima, che si occupino di garantire le coste, quindi i cittadini, oltre alla sicurezza nazionale, e il rispetto dei Trattati.

---

[27] Sul disarmo della Pubblica Amministrazione si veda A. LUCARELLI, La democrazia dei beni comuni, Roma-Bari, Laterza, 2013, p.32 e segg.

[28] A riprova dell'indifferenza sostanziale dell'Unione verso le scelte politiche dei Paesi membri si veda C.G.U.E., Sez. IX, 6 febbraio 2020, cause riunite da C-89/19 a C-91/19, già anticipata dalla sent. Irgita, C.G.U.E. del 3 ottobre 2019, richiamata *quoadmotivationem*.

[29] Il riferimento è qui al concetto di scarsità della risorsa, come noto introdotto dalla sentenza del 14/07/2016, Promoimpresa e M. Melis e a., in tema di concessione di aree demaniali marittime ai sensi della Dir. 2006/123/CE.

[30] Fortunata in tal senso è l'esperienza dell'Azienda Speciale ABC Napoli, nata per volontà dell'amministrazione comunale napoletana che ha mutato la forma giuridica privata dell'ARIN S.p.a. in una azienda a capitale e gestione interamente pubblici, secondo il modello del cd. passaggio regressivo (Cons. Stato, sent. n. 3946 del 27 giugno 2018).

[31] Il riferimento è qui alla proposta contenuta nell'art. 6 della Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, a mente del quale «Il comma 2 elenca i seguenti principi e criteri direttivi da rispettare ai fini dell'adozione del predetto decreto legislativo (…) g) previsione dell'obbligo dell'ente locale, nei casi di cui alla lettera f), di trasmettere tempestivamente la decisione motivata di utilizzare il modello dell'autoproduzione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, anche razionalizzando la disciplina vigente sugli oneri di trasparenza in relazione agli affidamenti *in house*».

ISSN 2036-7821

Tuttavia, se si preferisse una soluzione più temperata, ritenendo l'applicazione dei poteri speciali non conforme alla normativa euro-unitaria, in quanto integrante una forma di sfiducia generalizzata verso l'apertura a interessi commerciali transfrontalieri, ove volta a impedire forme immediate (come la partecipazione e/o la vittoria della gara pubblica) o successive (come l'acquisizione o l'inglobamento *ex post* del concessionario nazionale) di ingresso di soggetti internazionali nell'economia del Paese, una valida alternativa potrebbe essere offerta dallo schema separatista tra il bene spiaggia e i servizi che su di esso si prestano, le cd. accessorialità balneari turistico-ricreative[32].

Tale strada è già praticabile nella vigente disciplina dei beni pubblici e potrebbe perfino ottimizzarsi se si provvedesse a introdurre nell'ordinamento la categoria dei beni comuni.

[32] Anche ritenendo soverchiante il valore economico dei servizi coinvolti dalla gestione delle coste, vale comunque considerare che la Direttiva n. 123/06 non obbliga alla devoluzione concorrenziale degli stessi ove sussistano motivi di interesse generale prevalenti, tra i quali sembra necessario inscrivere la libera fruizione delle spiagge, che ne proietta la gestione verso la mano pubblica, non potendosi immaginare scenari di permanente esclusione della cittadinanza dal loro godimento.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La violenza di genere in prospettiva comparata: il caso italiano e nordafricano a confronto.

di Karidia Karaboue

(Avvocato)

Sommario

1. Introduzione. – 2. Il panorama giuridico europeo. – 3. Italia. – 3.1. Prime riflessioni di sintesi. – 4. Nordafrica. – 4.1. Le principali normative contro la violenza di genere in Tunisia, Algeria e Marocco. – 5. Considerazioni finali.

Abstract

Domestic violence, sexual harassment, forced marriage, stalking not only represent expressions of violence of criminal significance but are also manifestations of discrimination undermining equality and creating dependencies between genders and are, therefore, forms of "second-tier violence" or persecution. This aspect is sensitive in all corners of the globe, regardless of the function under which it is considered. This paper, after briefly analyzing the European landscape, focuses on a comparative analysis between the Italian case and some North African experiences.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

1. Introduzione

La violenza contro le donne rappresenta una grave forma di violazione dei diritti umani e uno dei principali ostacoli all'uguaglianza di genere[1].

Tuttavia, fornire una definizione specifica di tale fenomeno è, ancora oggi, operazione alquanto complessa, poiché essa risulta fortemente condizionata da fattori culturali, storici e istituzionali[2].

In tale ottica, la necessità di approntare delle normative che affrontino tale tematica è fondamentale, da un lato, per favorire una risposta efficace e coordinata, dall'altro lato, per spingere gli Stati a adempiere ai propri obblighi di emanazione e attuazione di un quadro giuridico in grado di affrontare concretamente la questione[3].

Infatti, in molti Paesi permangono tuttora delle lacune significative, non essendo ancora in vigore disposizioni di legge che trattino in maniera specifica tale fattispecie; inoltre, anche laddove una normativa apposita sia presente, spesso è limitata nella portata e nella copertura[4].

Uno degli strumenti che affronta nel migliore dei modi la questione della violenza contro le donne è rappresentato dalla Convenzione di Istanbul, in cui si afferma come «[v]iolence against women is understood as a violation of human rights and a form of discrimination against women and shall mean all acts of gender-based violence that result in, or are likely to result in, physical, sexual, psychological or economic harm or suffering to women, including threats of such acts, coercion or arbitrary deprivation of liberty, whether occurring in public or in private life»[5].

---

[1] La recente disposizione di legge sull'aggravante di cui all'art. 61 n. 11 *quinquies* del Codice penale italiano ha previsto che il reato di violenza contro le donne sia un reato di genere. La recente disposizione di legge sull'aggravante di cui all'art. 61 n. 11 *quinquies* c.p. ha esplicitamente incluso la cosiddetta violenza assistita nell'ambito delle fattispecie penali, replicando così quello che la sociologia e la psicologia hanno da tempo riconosciuto come un fenomeno che amplia la platea delle vittime della violenza familiare rispetto ai figli che assistono o vivono la realtà "abusante" e ne sopportano le conseguenze psicologiche e materiali. Si veda, sul punto, D. FALCINELLI, *La "violenza assistita" nel linguaggio del diritto penale: Il delitto di maltrattamenti in famiglia aggravato dall'art. 61 n°11 quinquies c.p.*, RIV. IT. DIR. PROC. PEN., 2013.

[2] T. ALESCI, *Violenza di genere e rappresentazione mediatica*, IL PROCESSO, 2022, p. 399.

[3] Sul punto, si vedano M. LUTZ-PRIEFERT, *A Call for a More Permanent International Definition of Rape*, CREIGHTON INT'L & COMPARATIVE L. J., 2015; J. L. ERNST, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: A Commentary*, MELBOURNE J. INT'L L., 2012; S. WALLACE, *Beyond Imminence: Evolving International Law and Battered Women's Right to Self-Defense*, UN. CHICAGO L. REV., 2004.

[4] F. ZAMBARDINO, *Types of Protection orders under the Istanbul Convention – legal tools for an efficient prevention of violence and femicide*, in G. PICCINELLI, I. KHERKHEULIDZE, A. BORRONI, *Reconsidering gender – based violence and other forms of violence against women. Comparative research/analysis in the light of the Istanbul convention*, Tbilisi-Caserta, 2018, p. 176.

[5] Consiglio d'Europa, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, Council of Europe Treaty Series - No. 210, Istanbul, 2011, Art. 3, a.

ISSN 2036-7821

In base alle disposizioni ivi contenute, la Convenzione persegue tre obiettivi principali: (i) prevenzione del crimine, (ii) punizione dei colpevoli e (iii) protezione delle vittime[6].
Sotto il profilo definitorio, in particolare, la Convenzione «designa qualsiasi violenza diretta contro le donne in quanto tale, o che colpisce le donne in modo sproporzionato». Tale formulazione, oltre a valorizzare l'elemento della sproporzionalità, coglie la dimensione strutturale del fenomeno, che attraversa tanto la vita privata quanto quella sociale, attribuendo alla violenza in sé una particolare poliedricità[7].
Per rendere effettiva la Convenzione, gli Stati parte hanno introdotto una serie di reati "nuovi", tra cui la coercizione psicologica e fisica, lo stalking, il matrimonio forzato, l'aborto forzato e la sterilizzazione forzata – solo per citarne alcuni[8].
In aggiunta, sono state adottate una serie di misure volte a garantire una maggiore efficacia dal punto di vista delle indagini in riferimento a qualsiasi tipologia di accusa di violenza, con particolare enfasi su quella domestica.

2. *Il panorama giuridico europeo.*
Considerate le premesse, negli ultimi anni, diversi Stati europei si sono dotati di strumenti giuridici di questo tipo.
Dal gennaio 2015, per esempio, sono in vigore nuove disposizioni che consentono il riconoscimento reciproco delle misure cautelari transfrontaliere negli Stati membri dell'Unione. Nello specifico, le principali norme adottate nell'area sono state (i) la *EU Victims Directive* (2012/29/UE)[9] e (ii) la Convenzione del Consiglio d'Europa "*on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence*" (Convenzione di Istanbul)[10].
In particolare, quest'ultima, che il Consiglio d'Europa ha adottato nel 2011, rappresenta il primo strumento giuridicamente vincolante all'interno dell'UE che

[6] F. ZAMBARDINO, *Types of Protection orders under the Istanbul Convention – legal tools for an efficient prevention of violence and femicide*, cit., p. 175.
[7] Si pensi alla violenza sessuale, fisica, psicologica ed economica; sul punto, in particolare veda B. PEZZINI & A. LORENZETTI (a cura di), *La violenza di genere dal codice Rocco al Codice rosso*, Torino, 2020.
[8] A. RUSSO, *Violence against women: a comparative analysis among Morocco, Algeria and Tunisia*, in G. PICCINELLI, I. KHERKHEULIDZE, A. BORRONI, *Reconsidering gender – based violence and other forms of violence against women. Comparative research/analysis in the light of the Istanbul convention*, Tbilisi-Caserta, 2018, p. 278.
[9] Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.
[10] F. ZAMBARDINO, *Types of Protection orders under the Istanbul Convention – legal tools for an efficient prevention of violence and femicide*, cit., p. 181.

ISSN 2036-7821

affronta, in modo globale, le diverse forme che la violenza contro le donne può assumere[11].

Specificamente, l'importanza della Convenzione si rinviene non soltanto nella previsione, per la prima volta, di «uno strumento internazionale ad hoc giuridicamente vincolante riunisce il consenso della comunità a livello paneuropeo su una cornice giuridica comune in materia di protezione dei diritti delle donne e nella lotta alle discriminazioni di genere»[12], ma perché si caratterizza per la predisposizione di strumenti assenti negli altri trattati esistenti in materia[13].

Nonostante questi sviluppi giuridici, i risultati di una indagine condotta dall'Agenzia dell'Unione Europea per i Diritti Fondamentali (*Fundamental Rights Agency* – FRA) in relazione a fenomeni di maltrattamenti delle donne a livello europeo rivelano un altro problema, ossia la mancanza di denuncia, in molti casi, da parte delle vittime[14].

Il legislatore europeo ha, dunque, intensificato lo sviluppo di forme di partecipazione della vittima stessa al procedimento penale. Specificamente, con la menzionata Direttiva 2012/29/UE «si riconosce un rapporto indiretto tra vulnerabilità e fattori di discriminazione, laddove i secondi possono essere indici della prima»[15], attribuendo, di fatto, una tutela rafforzata[16].

3. *Italia*

L'Italia ha ratificato la Convenzione di Istanbul, recependola attraverso il Decreto-legge sul Femminismo, con la Legge n. 77.

In questo contesto, la scelta è stata quella di intervenire a sostegno dei cosiddetti "reati spia", come i maltrattamenti in famiglia, le minacce, le persecuzioni, le

---

[11] FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY, *Violence Against Women: a survey at EU level, helping to make fundamental rights: A reality for everyone in the European Union*, European Union Agency for Fundamental Rights, 2012.

[12] A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio*, DIR. PEN. CONT., 2014, p. 9.

[13] *Ibid*. Per questo motivo è considerata un punto di riferimento anche a livello internazionale), specialmente per quanto riguarda due aree di intervento: prevenzione (con una speciale attenzione alle vittime di violenza di genere, sia in tempo di pace che in situazioni di conflitto armato) e accesso ai servizi da parte di donne che hanno subito violenza.

[14] FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY, *Violence Against Women: a survey at EU level, helping to make fundamental rights: A reality for everyone in the European Union*, cit. Dato l'impatto significativo della violenza contro le donne, «it is regrettable that policy makers and operators in many Member States of the EU still have to remedy the lack of complete data the extent and nature of this problem. Since most of the women do not denounce violence and do not feel encouraged to do so systems, which are often not considered to be helpful, the official data of criminal justice records only the few reported cases». F. ZAMBARDINO, *Types of Protection orders under the Istanbul Convention – legal tools for an efficient prevention of violence and femicide*, cit., pp. 181-182. Sul punto, si vedano anche J. GOLDSCHEID & D. J. LIEBOWITZ, *Due Diligence and Gender Violence: Parsing its Power and its Perils*, CORNELL INT'L L. J., 2015; R. UITZ, *Evolution in Antidiscrimination Law in Europe and North America: Lessons from Sexual Orientation Discrimination in Central Europe*, AM. J. COMP. L., 2012.

[15] T. ALESCI, *Violenza di genere e rappresentazione mediatica*, cit., p. 401.

[16] M. GIALUZ, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, in S. ALLEGREZZA, H. BELLUTA, M. GIALUZ, L. LUPARIA (a cura di), *Lo scudo e la spada, Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, p. 73.

ISSN 2036-7821

molestie sessuali *et similia*. In altre parole, reati che hanno già comportato un'offesa alla "donna in quanto tale" e che sono rivelatori di un potenziale reato più grave[17].
In tale ottica, il Decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93 convertito in legge 15 ottobre 2013, n. 119, ha introdotto nuove norme finalizzate alla prevenzione del femicidio e alla protezione delle vittime[18].
Nello specifico, la legge si basa sui suggerimenti e le linee guida della Convenzione del Consiglio d'Europa. Come valore aggiunto, il decreto italiano mira a renderlo più incisivo introducendo una serie di misure innovative[19].
In primo luogo, la relazione affettiva con la donna è stata considerata come una fattispecie aggravante[20].
In secondo luogo, è stato previsto l'arresto obbligatorio in flagranza di reato e introdotto il braccialetto elettronico[21]. In aggiunta, le forze dell'ordine, laddove debitamente autorizzate, hanno la facoltà di applicare la misura cautelare dell'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare e, contestualmente, il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa[22]. I destinatari di questa misura possono essere controllati attraverso il braccialetto elettronico o altri strumenti simili[23].
Ancora, è stato istituito un obbligo di informazione per le vittime. In particolare, le azioni di prevenzione, educazione e formazione fanno parte del cosiddetto "piano antiviolenza". In tal senso, in linea con la direttiva europea 2012/29, la riforma italiana introduce anche una serie di obblighi di denuncia per le donne che hanno subito violenza o stalking. L'autore del reato, per esempio, «must be informed of the

[17] *Ibid*. si veda, inoltre, G. BATTARINO, *Note sull'attuazione in ambito penale e processuale penale della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, DIR. PEN. CONT., 2013; A. DI STEFANO, *La Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, DIR. PEN. CONT., 2012.

[18] F. ZAMBARDINO, *Types of Protection orders under the Istanbul Convention – legal tools for an efficient prevention of violence and femicide*, cit., p. 182. Con riferimento al Decreto, si veda nello specifico, G. PAVLICH, *La nuova legge sulla violenza di genere*, CASS. PEN., 2013, p. 4314 ss.

[19] Prevenire la violenza di genere, proteggere le vittime e punire severamente i colpevoli sono i tre obiettivi del decreto-legge contro la violenza sulle donne. Per la Corte di Cassazione, le condotte aggressive e violente dopo la convivenza integrano l'effetto dell'art. 612-*bis* del Codice penale. Si veda, Cassazione 35673/2017. In dottrina, *inter alia*, M. L. FADDA, *Differenza di genere e criminalità. Alcuni cenni in ordine ad un approccio storico, sociologico e criminologico*, DIR. PEN. CONT., 2012, p. 18 ss.

[20] F. ZAMBARDINO, *Types of Protection orders under the Istanbul Convention – legal tools for an efficient prevention of violence and femicide*, cit., pp. 182-183.

[21] La Cassazione, con la sentenza n. 12799/17, ha anche previsto che il divieto di soggiorno per il presunto stalker – in considerazione del fatto che la sua presenza crea tensione e disagio psicologico – non è condizione sufficiente per legittimare la misura.

[22] G. PAVLICH, *La nuova legge sulla violenza di genere*, cit, p. 4315.

[23] F. ZAMBARDINO, *Types of Protection orders under the Istanbul Convention – legal tools for an efficient prevention of violence and femicide*, cit., p. 183.

ISSN 2036-7821

appointment of a legal counsel and of any application or modification of precautionary or coercive measures against the accused in violent offenses»[24].
In ultimo, è stata prevista la irrevocabilità della querela in caso di situazioni ad alto rischio. A tal proposito, infatti, la querela per stalking può essere ritirata se si riferisce ad atti di minore entità, mentre in presenza di gravi minacce reiterate la querela diventa irrevocabile. Negli altri casi, la remissione può essere fatta solo in tribunale davanti all'autorità giudiziaria, al fine di garantire la libera determinazione della vittima[25].
Lo scopo del decreto, in conclusione, è quello di ridurre gli atti di violenza contro le donne e i casi di femminicidio. E, anche se l'approccio giuridico non è sufficiente, rappresenta un punto di partenza promettente, sebbene il primo passo obbligatorio da compiere sia di tipo culturale: l'obiettivo deve necessariamente essere quello di sensibilizzare e coordinare tutti gli attori coinvolti[26].

3.1. Prime riflessioni di sintesi.

Lo studio analitico della tutela dalla violenza di genere si inserisce in un contesto più ampio che coinvolge la vittima, seguendo una costruzione basata sulla evoluzione culturale[27].
Pertanto, prestando attenzione a quelle che sono le prospettive future, lo scenario non appare pienamente soddisfacente. Il legislatore, infatti, propone interventi settoriali[28], disorganici e non di sistema, che confermano un approccio di tipo "emergenziale"[29], inteso prevalentemente a rafforzare «l'aspetto repressivo-sanzionatorio e solo parzialmente a potenziare il sistema preventivo e di supporto delle vittime»[30].

---

[24] *Ibid*.
[25] *Ibid*.
[26] Da un punto di vista sistematico, è da notare che né i Codici né le leggi speciali forniscono una definizione di femminicidio; pertanto, l'interprete ricorre al linguaggio comune o all'elaborazione fornita dalla letteratura criminologica. In argomento, A. BAZOUKI, *The Oxford English Dictionary*, Oxford, Vol. I, 1998.
[27] Su cui si è espresso esaurientemente S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in S. ALLEGREZZA, H. BELLUTA, M. GIALUZ, L. LUPARIA (a cura di), *Lo scudo e la spada, Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, cit., pp. 1-31. Senza dubbio, nel mosaico della mobilitazione culturale necessaria per arginare il fenomeno, il anche l'aspetto mediatico rappresenta un tassello determinante.
[28] Il d.d.l. 569 prevede, sul versante processuale, un'integrazione dell'art. 90 *quater* c.p.p., che eleva a condizione per la valutazione della vulnerabilità la circostanza che il fatto risulti commesso con odio razziale «o fondato sul genere, sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere». In argomento, anche M. GUERRA, *La violenza di genere: l'attuale sistema di tutela penale alla luce dei più recenti interventi legislativi*, p, 2117 ss.
[29] Si veda, da ultimo, il disegno di legge approvato in seno al Consiglio dei ministri il 3 dicembre 2021, su proposta delle Ministre per le pari opportunità, dell'Interno e della Giustizia, recante «[d]isposizioni per la prevenzione e il contrasto del fenomeno della violenza nei confronti delle donne e della violenza domestica».
[30] T. ALESCI, *Violenza di genere e rappresentazione mediatica*, cit., pp. 405-406.

ISSN 2036-7821

Per esempio, nell'ambito della riforma del processo penale, le previsioni in tema di violenza di genere sono volte a colmare alcune mancanze normative i cui effetti, invero, erano già stati neutralizzati dalla prassi giudiziaria[31].
In particolare, i commi 11-13, dell'art. 2, della l. n. 134/2021[32] integrano le disposizioni a tutela dei soggetti che abbiano subito abusi domestici introdotte con legge n. 69 del 2019, estendendone in particolare la portata applicativa anche alle vittime delle fattispecie in forma tentata[33] e alle vittime di tentato omicidio[34].
Maggiori perplessità permangono, invece, in merito alla modifica dell'art. 603, comma 3-*bis* del Codice di procedura penale; in particolare, l'art. 1, comma 13, lett. l), prevede che «in caso di appello contro la sentenza di proscioglimento per motivi attinenti la valutazione della prova dichiarativa, la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale sia limitata ai soli casi di prove dichiarative assunte in udienza nel corso del giudizio di primo grado»[35].
Se osservato nella prospettiva dei reati di violenza di genere, «il principio direttivo sembra ignorare la complessità del fenomeno e lascia margini di interpretazione abbastanza ampi. Sul piano degli effetti la previsione rischia di favorire forme di vittimizzazione secondaria; l'intervento normativo tradisce, nuovamente, miopie cognitive e sovrastrutture culturali»[36].

---

[31] Si veda la decisione della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Tivoli, *Linee guida per l'applicazione della legge n. 134/2021 (c.d. Riforma penale) limitatamente alla parte che entra in vigore il 19 ottobre 2021, con particolare riferimento alla tutela della persona offesa nei delitti di violenza di genere*, 11 ottobre 2021, in www.procura.tivoli.giustizia.it, p. 12. Nel testo si precisa che «non si è mai dubitato del riferimento anche alla forma tentata delle fattispecie elencate nelle norme procedimentali in questione nell'applicazione pratica e nelle direttive impartite». *Ibid*.

[32] Tra i primi commenti si segnala L. CAPRARO, *Disposizioni a tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, PROC. PEN. GIUSTIZIA, 2022, pp. 282-288; L. DELLA RAGIONE, *Tutela delle vittime da "codice rosso": la legge n. 134/2021 amplia le ipotesi di arresto obbligatorio in flagranza*, in www.ilpenalista.it, 11 ottobre 2021; A. NATALINI, *Reati violenti: tutele alle vittime estese al tentativo e all'omicidio volontario*, GUIDA DIR., 2021, p. 101 ss; L. PARLATO, *Aggiustamenti "ragionevoli" per tutelare le vittime di delitti tentati*, in B. ROMANO & A. MARANDOLA (a cura di), *La Riforma Cartabia. La prescrizione, l'improcedibilità e le altre norme immediatamente precettive*, Roma, 2021, p. 119 ss; B. ROMANELLI, *Reati violenti e tutela della persona offesa: una (parziale) estensione del c.d. Codice rosso*, DIR. PEN. PROCESSO, 2021, p. 1461 ss.

[33] Il riferimento, in tal senso, è ai delitti di cui agli artt. 572, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies* e 612-*bis*, nonché di cui agli artt. 582 e 583-*quinquies* c.p. nelle ipotesi aggravate ex artt. 576, commi 1, n. 2-5-5.1, 577, comma 1, n.1 e comma 2, c.p.

[34] T. ALESCI, *Violenza di genere e rappresentazione mediatica*, cit., pp. 405-406.

[35] Il comma 13 dell'art. 1 l. n. 134 del 2021 contiene principi e criteri direttivi in merito alle modifiche al codice di procedura penale in materia di appello, di ricorso per cassazione e di impugnazioni straordinarie. Nelle more della pubblicazione, è stato diffuso il testo di d. lgs. recante attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134; alla luce delle modifiche suggerite, la nuova formulazione del comma 3 bis dell'art. 603 c.p.p. è il seguente «[n]el caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice, ferme le disposizioni di cui ai commi da 1 a 3, dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nei soli casi di prove dichiarative assunte in udienza nel corso del giudizio dibattimentale di primo grado o all'esito di integrazione probatoria disposta nel giudizio abbreviato a norma degli art. 438, comma 5, e 441, comma 5».

[36] T. ALESCI, *Violenza di genere e rappresentazione mediatica*, cit., p. 406.

ISSN 2036-7821

4. *Nordafrica.*

In Nord Africa le organizzazioni per i diritti delle donne lavorano da tempo in queste aree per sollecitare riforme giuridiche e politiche volte a migliorare la protezione e i diritti delle donne e, anche a livello statale, alcuni Paesi come Algeria, Morocco e Tunisia «have replied to their collective actions against gender injustices»[37].

Sebbene questi Stati condividano le stesse problematiche in tema di diritti delle donne[38], le riforme giuridiche che hanno ridefinito le relazioni di genere sono molto differenti da un Paese all'altro e, di conseguenza, l'elaborazione delle normative relative al diritto di famiglia si è basata sullo specifico contesto politico al momento dell'indipendenza[39].

In particolare, la Tunisia post-indipendenza ha adottato politiche liberali in materia di diritto di famiglia che hanno portato a un'espansione dei diritti delle donne; contrariamente, Marocco e Algeria hanno optato per l'elaborazione di un diritto di famiglia maggiormente conservatore[40].

Per comprendere appieno la condizione delle donne in questi tre Paesi è importante analizzare quali atti di violenza vengono commessi e, contestualmente, come questi vengono trattati nei rispettivi Codici penali e nel diritto di famiglia, rilevando anche i vari miglioramenti apportati nel corso degli anni per rafforzare i diritti e l'uguaglianza di genere[41].

4.1. *Le principali normative contro la violenza di genere in Tunisia, Algeria e Marocco.*

L'atto che viene contrastato con maggiore severità è, senza dubbio, lo stupro, un crimine che viene duramente condannato anche dalla religione islamica[42].

In Algeria, lo stupro è incluso in una sezione del Codice penale che non fornisce una definizione di questo crimine. Si limita, infatti, ad affermare la sua punibilità con la

[37] V. M. MOGHADAM, *States and Social Rights: Women's Economic Citizenship in the Maghreb*, MIDDLE EAST L. GOVERNANCE, 2010, pp. 185-220.

[38] Si vedano, per un approfondimento, A. GRAMI, *Gender Equality in Tunisia*, BRITISH J. MIDDLE EAST. STUD., vol. 35, no. 3, 2008, pp. 349-361; J. HURSH, *Advancing Women's Rights through Islamic Law: The Example of Morocco*, BERKELEY J. GENDER L. & JUSTICE, 2012, pp. 252-306; Y. O. JANSEN, *Muslim Brides and the Ghost of the Shari'a: Have the Recent Law Reforms in Egypt, Tunisia and Morocco Improved Women's Position in Marriage and Divorce, and Can Religious Moderates Bring Reform and Make it Stick*, NORTHWEST. J. INT'L HUMAN RIGHTS, vol. 5, no. 2, 2007, pp.181-212.

[39] A. GRAMI, *Gender Equality in Tunisia*, cit., pp. 353-354.

[40] Per un'analisi generale, si veda M. CHARRAD, *States and Women's Rights. The Making of Postcolonial Tunisia, Algeria and Morocco*, University of California Press, 2001.

[41] A. RUSSO, *Violence against women: a comparative analysis among Morocco, Algeria and Tunisia*, cit., p. 280.

[42] «Persecution and oppression are more grievous than slaying» (*Surah al Baqarah*, 2:191, Holy Koran).

ISSN 2036-7821

detenzione da cinque a dieci anni[43]; nei casi in cui la vittima sia minorenne la pena è raddoppiata[44].

Una delle disposizioni di maggior rilievo del Codice penale algerino è l'articolo 326, noto come legge sul "matrimonio-stupro" che, come si evince dalla nomenclatura, esenta la persona che ha commesso la violenza dalla pena nel caso in cui decida di sposare la vittima – fatti salvi i casi in cui il matrimonio venga annullato[45].

Anche le donne che, in conseguenza di questo crimine, rimangono incinte sono colpite, in maniera negativa, dalle restrittive leggi algerine sull'aborto. In base a quanto previsto dalla legge algerina, infatti, l'aborto è consentito solo se la vita o la salute della donna sia in pericolo[46]. Contrariamente, una donna che cerca o effettua un aborto rischia dai sei mesi ai due anni di reclusione[47].

La situazione in Marocco è molto simile. Il Codice penale marocchino, ai sensi dell'articolo 486, considera tale reato punibile con la reclusione da cinque a dieci anni[48] che, in base a quanto previsto dagli articoli 487 e 488, può essere elevata a trent'anni laddove la vittima sia minorenne, una donna disabile o incinta, o quando l'autore del reato si avvale della sua posizione autoritaria (per esempio, nei casi in cui ricopra una carica pubblica o religiosa)[49].

Un importante passo avanti nella repressione dei crimini sessuali è stato compiuto nel 2014, quando il Parlamento marocchino ha abrogato all'unanimità l'articolo 475 del Codice penale che consentiva al soggetto colpevole di stupro di sfuggire al processo in caso di matrimonio con la vittima. In questo senso, il Marocco ha fatto da

---

[43] Articolo 336 del Codice penale, il quale recita «[q]uiconque a commis le crime de viol est puni de la réclusion de cinq à dix ans. Si le viol a été commis sur un mineur de moins de dix-huit ans, la peine est la réclusion à temps de dix ans à vingt ans».

[44] L'articolo 337, in articolare, afferma come «[s]i les coupables sont les ascendants de la personne sur laquelle a été commis l'attentat ou le viol, s'ils sont de la classe de ceux qui ont autorité sur elle, s'ils sont ses instituteurs ou ses serviteurs à gages, ou serviteurs à gages des personnes ci-dessus désignées, s'ils sont fonctionnaires ou ministres d'un culte, ou si le coupable, quel qu'il soit, a été aidé dans son crime par une ou plusieurs personnes, la peine est celle de la réclusion à temps, de dix à vingt ans, dans le cas prévu à l'alinéa premier de l'article 334, et de la réclusion perpétuelle, dans les cas prévus aux articles 335 et 336». La pena è l'ergastolo se gli autori sono ascendenti della vittima, se occupano una posizione di autorità sulla stessa o se sono insegnanti, funzionari pubblici o autorità religiose.

[45] A. RUSSO, *Violence against women: a comparative analysis among Morocco, Algeria and Tunisia*, cit., p. 281.

[46] Articolo 308: «l'avortement n'est pas puni lorsqu'il constitue une mesure indispensable pour sauver la vie de la mère en danger et qu'il est ouvertement pratiqué pas un médecin ou chirurgien, après avis donné par lui à l'autorité administrative».

[47] Si vedano, sul punto, Z. S. SALHI, *Algerian Women, Citizenship, and the "Family Code"*, *Gender and Development*, vol. 11, no. 3, 2003, pp. 27-35; AMNESTY INTERNATIONAL, *Algeria: Comprehensive reforms needed to end sexual and gender based violence against women and girls*, London, 2014, pp. 5-30.

[48] Articolo 486: «[l]e viol est l'acte par lequel un homme a des relations sexuelles avec une femme contre le gré de celle-ci. Il est puni de la réclusion de cinq à dix ans. Toutefois si le viol a été commis sur la personne d'une mineure de moins de dix-huit ans, d'une incapable, d'une handicapée, d'une personne connue par ses facultés mentales faibles, ou d'une femme enceinte, la peine est la réclusion de dix à vingt ans».

[49] A. RUSSO, *Violence against women: a comparative analysis among Morocco, Algeria and Tunisia*, cit., p. 282.

ISSN 2036-7821

apripista perché è stato il primo Paese arabo ad abrogare il "matrimonio per stupro"[50].

Anche il Codice penale tunisino non fornisce una definizione di stupro e questo contribuisce alla mancanza di una efficace protezione giuridica per le vittime.

Prima del 2017, il Codice penale tunisino includeva l'articolo 227 *bis*[51], il quale stabiliva che in caso di violenza di questo tipo perpetrata nei confronti di una ragazza di meno di quindici anni la pena fosse di sei anni di reclusione – che diventavano cinque anni se la vittima aveva tra i quindici e i venti anni. In entrambi i casi, era pervista la possibilità di "sfuggire" alla pena nel caso in cui il reo sceglieva di sposare la vittima[52].

In conseguenza delle varie pressioni delle organizzazioni per i diritti delle donne, nel 2017 è stata approvata una nuova normativa che ha abrogato l'articolo 227 *bis*.

La Tunisia, conseguentemente alle riforme, è considerata un punto di riferimento nel mondo arabo, non solo per i miglioramenti apportati al Codice penale, ma anche per la liberalizzazione delle politiche sull'aborto. Dal 1973, infatti, le donne tunisine hanno il diritto di decidere se proseguire o meno con la gravidanza[53].

Tuttavia, la manifestazione più comune della violenza contro le donne nel contesto nordafricano (anche se tale considerazione è valida in senso generale) è quella perpetrata all'interno della famiglia. Infatti, a meno che non siano provocate delle gravi lesioni, tali forme di abuso rimangono spesso "invisibili".

Le organizzazioni per i diritti delle donne hanno ripetutamente sollevato il problema; tuttavia, nessuno di questi tre Paesi ha una legge chiara che definisca la violenza domestica come un reato penale[54].

In Algeria, molte donne subiscono violenze fisiche all'interno della famiglia o sono soggette a minacce sia sul piano fisico che psicologico.

Lo stupro coniugale non è esplicitamente riconosciuto come reato e ciò riflette la mancanza di leggi specifiche sul punto anche se, in base a quanto previsto dal diritto di famiglia, le donne possono divorziare dal marito se questi è violento nei loro

[50] *Ibid*.

[51] Per una disamina, si veda O. FASSATOUI, *Women's rights in Tunisia: The remaining legal inequalities*, Centre for Applied Policy Research, No. 1, 2016.

[52] A. RUSSO, *Violence against women: a comparative analysis among Morocco, Algeria and Tunisia*, cit., p. 283.

[53] A. GRAMI, *Gender Equality in Tunisia*, cit., pp. 354-355.

[54] Per un approfondimento sul punto, si rimanda a S. NAZIR, *Challenging Inequality: Obstacles and Opportunities towards Women's Rights in the Middle East and North Africa*, JIJIS, 2005, p. 31 ss.

ISSN 2036-7821

confronti[55]. Il marito responsabile dell'abuso può evitare di essere perseguito se la vittima decide di ritirare la denuncia[56].
Analogamente al caso algerino, anche nella società marocchina si tende a non considerare debitamente la violenza domestica e, per questo motivo, è difficile per le vittime denunciare questo reato[57].
In risposta a questa situazione, il parlamento marocchino ha promulgato una nuova riforma del Codice di procedura penale in base alla quale le donne sono autorizzate a intraprendere azioni legali nei confronti dei loro mariti senza dover richiedere l'autorizzazione preventiva di un tribunale. Nel 2003, in particolare, sono stati modificati anche alcuni articoli del Codice penale per prevedere pene più severe per i soggetti che commettono violenza nei confronti della propria coniuge, oltreché per semplificare il processo di denuncia alle autorità giudiziarie o amministrative[58].
Per quel che concerne la situazione in territorio tunisino, il Codice penale contiene alcuni divieti generali che possono essere applicati a fenomeni di molestie domestiche, sebbene l'applicazione di queste disposizioni sia molto limitata nella pratica[59].
La violenza domestica e la sua accettazione non sono attribuite solo alla religione, ma anche alle ideologie patriarcali diffuse in questi tre Paesi[60].
La vittima ha sempre la possibilità di ritirare la denuncia; questo aspetto suggerisce come tali fattispecie siano considerate più come questioni da risolvere privatamente prima di fare ricorso alla legge[61].

---

[55] AMNESTY INTERNATIONAL, *Algeria: Comprehensive reforms needed to end sexual and gender based violence against women and girls*, cit., p. 11. In particolare, si afferma come «[v]iolence within the family can be prosecuted under Articles 264 to 276 of the Penal Code, which prescribe penalties ranging from fines to imprisonment, according to the seriousness of the injuries caused to the survivor, for violent acts committed by one person against another». *Ibid*.

[56] *Ibid*.

[57] M. ENNAJI, *Violence Against Women in Morocco: Advances, contentions and strategies to combat it*, UCLA Center for Middle East Developments, 2011.

[58] Per una analisi generale si veda L. HANAFI, *Moudawana and Women's Rights in Morocco: Balancing National and International Law*, ILSA J. INT'L & COMP. L., 2012, pp. 515-530.

[59] In particolare, in base all'article 218 «[t]out individu qui, volontairement, fait des blessures, porte des coups, ou commet toute autre violence ou voie de fait ne rentrant pas dans les prévisions de l'article 319, est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de mille dinars (1000d). […] Le désistement de l'ascendant ou du conjoint victimes, arrête les poursuites, le procès, ou l'exécution de la peine». L'articolo 219 aggiunge come «[q]uand les violences ci-dessus exprimées ont été suivies de mutilation, perte de l'usage d'un membre, défiguration, infirmité ou incapacité permanente dont le taux ne dépasse pas 20 %, le coupable est puni de cinq ans d'emprisonnement. […] La peine est portée à douze ans d'emprisonnement si le coupable est un descendant de la victime, quel que soit le taux de l'incapacité, même en cas de désistement». In conclusione, in base all'articolo 319 «[s]ont passibles des mêmes peines, les auteurs de rixes et ceux qui se livrent à des voies de fait ou à des violences n'entraînant pour la santé d'autrui aucune conséquence sérieuse ou durable. Toutefois, la correction infligée à un enfant par les personnes ayant autorité sur lui n'est pas punissable. Si la victime est un ascendant ou conjoint de l'auteur de l'agres».

[60] S. DOUKI, F. NACEF, A. BELHADJ, A. BOUASKER, R. GHACEM, *Violence against women in Arab and Islamic countries*, Archives of women's mental health, 2003, vol. 6, no. 3, pp. 165-171.

ISSN 2036-7821

5. Considerazioni finali.

Considerata l'analisi svolta nelle pagine che precedono, è evidente come vi sia un divario molto ampio tra la situazione italiana e quella nordafricana.

Lo iato è una conseguenza non soltanto di contesti socioculturali differenti, ma anche di scelte politiche – si pensi all'appartenenza dell'Italia all'Unione europea e agli obblighi derivanti. Inoltre, non va dimenticato come anche la religione, nel contesto degli Stati del continente africano presi in esami, abbia un peso specifico rilevante.

Ciò posto, la regione nordafricana, negli ultimi decenni, ha registrato miglioramenti significativi in relazione alla tutela dei diritti delle donne, della partecipazione politica e delle posizioni sociali[62].

Con la promulgazione del Codice dello Statuto personale nel 1956 in Tunisia sono stati riservati alle donne, per la prima volta, maggiori diritti "di base" e, da quel momento, questo Codice è diventato una fonte di ispirazione per altri movimenti femminili e Governi nella regione del Maghreb[63].

Purtroppo, i progressi verso il raggiungimento della parità dei diritti non hanno coinvolto necessariamente tutte le donne. Infatti, è doveroso fare una distinzione tra le donne che vivono nelle zone rurali, che sono spesso più povere e meno istruite, e quelle che vivono nelle città, che provengono da ambienti più agiati, le quali possono più facilmente difendere le proprie, garantendo così il rispetto dei loro diritti e la partecipazione alla vita pubblica[64].

A livello generale, comunque, le relazioni esterne con gli organismi sovranazionali e, in particolar modo, l'Unione Europea hanno contribuito al miglioramento della parità di genere nella regione[65].

---

[61] A. RUSSO, *Violence against women: a comparative analysis among Morocco, Algeria and Tunisia*, cit., p. 288.

[62] A. GRAMI, *Gender Equality in Tunisia*, cit., pp. 355-356.

[63] A. RUSSO, *Violence against women: a comparative analysis among Morocco, Algeria and Tunisia*, cit., pp. 288-289. Di conseguenza, diverse organizzazioni femminili indipendenti sono state incoraggiate a creare la prima rete di rilievo, denominata "Collectif 95 Maghreb Egalité" nel 1991, che comprendeva attivisti provenienti da Marocco, Algeria e Tunisia. Altre reti hanno presto seguito questo esempio; nel 1993 è stata creata "Aisha" con l'obiettivo di raccogliere documenti sugli abusi contro le donne, organizzare campagne per i diritti delle donne e analizzare le immagini nei libri di testo; successivamente, nel 1996 è stato fondato il Tribunale delle donne arabe e, infine, nel 2000, la Rete Maghreb/Mashreq per l'informazione e la formazione sul genere, che promuove la discussione sulle condizioni delle donne. Sul punto, anche L. LABIDI, *The Nature of Transnational Alliances in Women's Associations in the Maghreb: The Case of AFTURD and ATFD*, J. MIDDLE EAST WOMEN'S STUD., vol. 3, no. 1, 2007, pp. 6-34.

[64] I. HAYAFE, *Algerian Women and Political Choice: A Time of Transition, Gender and Development*, vol. 3, no.3, 1995, pp. 23-28.

[65] H. O'CONNEL, *Gender Equality and Women's Empowerment: Transforming the Lives of Girls and Women through EU External Relations 2016-2020*, Londra, 2015, pp. 1-15. Tutti e tre gli Stati, per esempio, hanno ratificato la *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* (CEDAW), oltre ad essere oggetto di una serie di politiche di vicinato promosse dall'UE.

ISSN 2036-7821

Confrontando la situazione attuale con quella in vigore prima delle riforme di cui si è dato conto, è possibile affermare che sono stati compiuti degli enormi passi in avanti al fine di tutelare e riconoscere lo *status* giuridico delle donne[66].

Anche il quadro normativo italiano, sebbene sotto profili differenti, appare frammentario e disomogeneo. Il legislatore nazionale, soprattutto nell'ultimo ventennio, è intervenuto con un approccio di tipo emergenziale, sulla scia degli episodi ascrivibili alla categoria[67].

Eppure, la prassi evidenzia come gli interventi di prevenzione e contrasto sono «del tutto inefficaci se la violenza di genere viene trattata come un problema individuale, legata alla fragilità del singolo o determinata da conflittualità tra due soggetti. L'attuale assetto punitivo e repressivo non svolge un efficace effetto deterrente in relazione ai reati caratterizzati da odio di genere»[68].

Nello specifico, le cause del fallimento sono individuabili principalmente nella mancata sinergia tra le diverse componenti sociali. Infatti, se il problema può essere considerato prevalentemente culturale, è necessario un intervento su diversi fronti ma con l'obiettivo di «estirpare il seme del pregiudizio»[69].

La implementazione della direttiva 2012/29/UE[70] non ha, tuttavia, contribuito ad assicurare alla vittima di violenza di genere una adeguata tutela, al punto che il legislatore è intervenuto con la l. n. 69 del 2019[71], anche per adeguare il sistema normativo alla sentenza di condanna emessa dalla Corte Edu nel caso *Talpis*[72].

---

[66] Sul punto, L. B. SALEM, *Tunisia, Women's Rights in the Middle East and North Africa: Progress Amid Resistance*, New York, 2010, pp. 1-29.

[67] T. ALESCI, *Violenza di genere e rappresentazione mediatica*, cit., pp. 400-401.

[68] *Ibid*.

[69] *Ibid*.

[70] In particolare, la direttiva 2012/29/UE è stata recepita in Italia con il d.lgs. 212 del 15 dicembre 2015.

[71] La legge, recante «[m]odifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere», ha introdotto, tra l'altro, i reati di c.d. *revengeporn*, sfregi al viso e matrimoni forzati, con aumenti di pena per i reati di violenza sessuale e stalking. Si veda S. RECCHIONE, *Codice Rosso. Come cambia la tutela delle vittime di violenza domestica e di genere con la legge 69/2019*, in Ilpenalista.it, 2019.

[72] Corte edu, 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia per «violazione del diritto alla vita e del divieto di trattamenti inumani e degradanti, nonché del divieto di discriminazione in quanto le autorità italiane non sono intervenute per proteggere una donna e i suoi figli vittime di violenza domestica perpetrata da parte del marito, avallando di fatto tali condotte violente (protrattesi fino al tentato omicidio della ricorrente e all'omicidio di un suo figlio): in particolare, viene contestato allo Stato italiano la mancata adozione degli obblighi positivi scaturenti dagli art. 2 e 3 della Convenzione di Istanbul». T. ALESCI, *Violenza di genere e rappresentazione mediatica*, cit., p. 401, nota 14. Si veda, sul punto, G. BALDI, *Re-thinking the (legal) limits of the state in the case of Talpis v Italy*, in G. PICCINELLI, I. KHERKHEULIDZE, A. BORRONI, *Reconsidering gender – based violence and other forms of violence against women. Comparative research/analysis in the light of the Istanbul convention*, cit., pp. 196-223; R. CASIRAGHI, *La Corte di Strasburgo condanna l'Italia per la mancata tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, DIR. PEN. CONT., 2017, p. 378; N. FOLLA, *Violenza domestica e di genere: la Corte edu, per la prima volta, condanna l'Italia*, FAM. E DIR., 2017, p. 621 ss.

ISSN 2036-7821

Ciò che è emerso è stata l'introduzione di una corsia preferenziale volta a circoscrivere l'eccessivo iato temporale che intercorre generalmente tra l'acquisizione della *notitia criminis*, la sua iscrizione nel registro delle notizie di reato e l'inizio delle indagini[73].

Nello specifico, il "percorso privilegiato" inizia con la comunicazione della notizia di reato — che, in relazione alle fattispecie di violenza domestica e di genere, deve essere data «immediatamente anche in forma orale»[74] — e si concretizza mediante l'obbligo, entro il termine di tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato, di assunzione di informazioni dalla persona offesa o da chi ha presentato denuncia, querela o istanza[75].

Il quadro legislativo, sebbene sia stato definito da una recente sentenza della Corte Edu[76] "soddisfacente", non sembra sufficiente a ridimensionare la portata di un fenomeno che è spesso condizionato in maniera incisiva da differenze di tipo culturale.

[73] T. ALESCI, *Violenza di genere e rappresentazione mediatica*, cit., pp. 400-401.

[74] L'art. 1, della l. n. 69/2019 ha modificato il comma 3 dell'art. 347 c.p.p., implementando il catalogo dei delitti in relazione ai quali è previsto l'obbligo di comunicazione immediata della notizia di reato al Pubblico Ministero da parte della Polizia Giudiziaria. Sul punto, si veda M. GUERRA, *La violenza di genere: l'attuale sistema di tutela penale alla luce dei più recenti interventi legislativi*, CASS. PEN., 2015, p. 2117 ss.

[75] T. ALESCI, *Violenza di genere e rappresentazione mediatica*, cit., p. 401. In particolare, l'art. 362 comma 1-*ter* c.p.p., introdotto dall'art. 2 del Codice Rosso.

[76] Corte edu, *J.L. c. Italia*, 27 maggio 2021.

ISSN 2036-7821

ISSN 2036-7821