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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

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. 3/2020

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

Comitato scientifico

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

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Giovanni Cocozza, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, 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. 3/2020

SOMMARIO

1. **La responsabilidad de los profesionales sanitarios ante la crisis del covid-19.**
di Alberto Palomar Olmeda……...pag. 228

2. **The price of sustainability: climate change and public funding, research perspectives for administrative law.**
di Vanessa Manzetti e Vinicio Brigante……pag. 244

3. **Riflessioni brevi sulla perdurante vitalità del diritto d'accesso documentale alla luce del suo rapporto con il potere istruttorio del G.O.**
di Ambrogio De Siano e Federica Lombardi……...pag. 261

4. **Una rivoluzione fiscale green e Capabilities Approach-oriented per accelerare la transizione verso un'economia più sostenibile ed inclusiva.**
di Salvatore Villani…….....pag. 277

5. **Reti di imprese e innovazione tecnologica.**
di Giuseppe Doria……pag. 305

6. **L'elaborazione dottrinale sull'autotutela decisoria ad esito eliminatorio nei confronti del provvedimento nullo.**
di Roberto Musone……....pag. 313

ISSN 2036-7821

7. **La Legge n. 240 del 2010 non ostacola la progressione in carriera dei ricercatori a tempo indeterminato. Commento alla sentenza della Corte Costituzionale n. 165 del 2020.**
di Antonio Saporito…….....pag. 345

8. **L'interdittiva antimafia: ai confini tra "l'ergastolo imprenditoriale" e la natura cautelare.**
di Lucia Di Ciommo…….pag. 353

9. **Procedimento amministrativo e "buon algoritmo".**
di Emanuele Cocchiara…….....pag. 370

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La responsabilidad de los profesionales sanitarios ante la crisis del covid-19.

di Alberto Palomar Olmeda

(Profesor Titular (Acred) de Derecho Administrativo Magistrado de lo contencioso-administrativo (EV) Socio. Broseta Abogados.)

Sommario

1. La situación de crisis sanitaria. – 2. Esquema de responsabilidad. – 2.1. Las responsabilidades exigibles por los profesionales. – 3. La responsabilidad por la elegibilidad ¿a quien salvar y a quien no? – 4. Las responsabilidades de los sanitarios: la situación de crisis como eximente o atenuante en los supuestos.

Abstract

An unprecedented and unprecedented crisis in healthcare management is what we are experiencing at this time, which is disrupting some of the central pauses in professional performance. Also of the common rules of legal institutions that were explaining or determining the legal relationships that occur in the aforementioned area. In many cases, these are novel issues that, probably, had not been raised so far in the specific terms that have now been raised.

It seems clear that we are facing an emergency situation in which many measures have been adopted that have overturned the threshold of "normality" in healthcare provision both in the field of public and private management, although it is true that with different rules and guidelines in both cases.

Before any other consideration, we can analyze, as a priority, the development of the crisis, in legal terms, and then try some observations on the conceptual scheme of responsibility centered, in this case, on that of professionals.

1. *La situación de crisis sanitaria.*

Una crisis sin precedentes y sin antecedentes en la gestión sanitaria es la que estamos viviendo en este momento esta trastocando algunas de las pausas centrales de la actuación profesional[1]. También de las reglas comunes de las instituciones jurídicas que venían explicando o determinando las relaciones jurídicas que se dan en el citado ámbito. Se trata, en muchos casos, de cuestiones novedosas que, probablemente, no se habían planteado hasta el momento en los términos concreto que, ahora, se han planteado.[2]
Parece evidente que nos encontramos ante una situación de emergencia en la que se han adoptado muchas medidas que han trastocado el umbral de la "normalidad" en la prestación sanitaria tanto en el ámbito de la gestión pública como en la privada, aunque es cierto que con reglas y pautas diferenciadas en uno y otro caso.[3]
Antes de cualquier otra consideración podemos analizar, con carácter prioritario, el desarrollo de la crisis, en términos jurídicos, para seguidamente intentar algunas acotaciones sobre el esquema conceptual de la responsabilidad centrada, en este caso, en el de los profesionales.[4]

2. *Esquema de responsabilidad.*

2.1. *Las responsabilidades exigibles por los profesionales*[5]
Los profesionales de la sanidad han tenido que trabajar en unas condiciones que los medios de comunicación han denominado gráficamente como heroicas. Más allá de

[1] MUÑOZ MACHADO.S. Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración Sanitaria (con algunas reflexiones sobre las funciones actuales de la responsabilidad civil). *Documentación Administrativa. Núm. 237.* Madrid. 1994. Pág. 255-282.; FERNANDEZ HIERO. J.M. *Responsabilidad civil médico-sanitaria.* Pamplona.1983.

[2] DE FUENTES BARDAJI. J. (Dir.). Manual sobre responsabilidad sanitaria. Cizur Menor.2009. BELLO JANEIRO. D. Régimen Jurídico de la responsabilidad sanitaria. Reus. 2013; SANCHEZ GARCIA, M. Evolución jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Derecho y Salud. Núm. 23 (1). Madrid. 2013. Págs. 189-205; BAUZA MARTORELL. F. Algunas precisiones sobre el elemento subjetivos en la responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria. Revista Española de la función consultiva. Núm. 22. 2014. Págs. 59-72; MIR PUIGPELAT, O. La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria: organización, imputación y causalidad. Civitas. Madrid. 2000.; MIR PUIGPELAT, O Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria) https://repositori.upf.edu/handle/10230/43097. Acceso. 10 de abril de 2020.

[3] LLAMAS POMBO. E. *Estudios sobre la responsabilidad patrimonial sanitaria: un análisis interdisciplinar. Madrid. 2014.; CUETO PEREZ, M.* Incidencia de las leyes 39/2015 y 40/2015 en la responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria en los supuestos de gestión privada. *Revista de Administración Pública. Núm. 2016.Madrid. Pág. 303-333.*

[4] CUETO PEREZ. M. Notas sobre la responsabilidad de la administración sanitaria en el derecho comparado. *Revista de Administración Pública. Núm. 146.* Madrid. 1998. Págs. 429-466.

[5] NAVARRO RODRIGUEZ, S. Responsabilidad sanitaria: vías de reclamación. *Actualidad práctica del derecho.* Núm. 91. Madrid. 2005. Págs. 58-63.; PUEYO CALLEJA. F. J. La responsabilidad sanitaria. *Derecho y salud. Vol.17 (1). Madrid. 2009.* Págs. 81-100.

lo acertado del calificativo lo que es cierto es que los profesionales se han visto en la necesidad de realizar su trabajo en un contexto complejo en relación con la prestación habitual de estos servicios y de lo que constituiría, analizada objetivamente, la lex artis del momento. Con vocación de síntesis podríamos intentar una sistematización mínima de dichas condiciones:

A) Prestación del servicio sin los medios suficientes para el ejercicio convencional de la profesión.

Sin ningún tipo de valoración y con el máximo deseo de objetividad esta situación se ha afrontado desde cualquier punto de vista que se quiera adoptar sin los medios suficientes. Es evidente que la relación necesidades-medios no puede estar nunca pensada en clave de emergencia y, probablemente, menos aún en el caso de la emergencia sanitaria pensar en una pandemia. Una situación como la que estamos viviendo no es previsible en términos de medios, pero la situación vivida nos demuestra que los medios (directos o potenciales) estaban muy lejos de estar pensados. Nadie había previsto, pese a que existían algunas evidencias científicas que pudieran parecer suficientes en términos de un prudente gobernante, la necesidad de acuñar los medios o, cuando menos, la de tener previsión sobre los canales de abastecimiento suficientes para cubrir la situación. No es el momento de entrar en debates sobre la actuación operativa en estos días, pero si de indicar algunos datos más o menos relevantes estaban siendo presentados a la opinión pública y a las autoridades por lo que en términos de mínima eficacia la previsión o la fijación de canales de abastecimiento parece una exigencia más que razonable.

El resultado ha resultado complejo porque esta falta de previsión directa o de fuentes de aprovisionamiento (diferida) es la que coloca a los profesionales ante la tesitura de haber prestado el servicio en condiciones insuficientes. Siendo claro que la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario y en el marco de la atención es una responsabilidad de medios y no de fines (nadie tiene derecho, en si mismo considerado, a la curación), la cuestión se centra, precisamente, en los medios.

Hasta ahora habíamos hecho en debate cuya resolución no nos sirve para la resolución de esta cuestión. El debate medios- fines no tiene sentido porque, como venimos diciendo, está abandonado en la propia jurisprudencia actual. Pero, más allá de aquel, la cuestión central es la de qué medios. De alguna forma este parámetro de los medios lo hemos identificado con una cierta comparación temporal. Los medios son aquellos de los que se dispone en un momento determinado y no son susceptibles de compararse con los de otro momento histórico. Aquí es donde surge la denominada cláusula de progreso, interpretada, en este caso, al revés, esto es, la atención conforme al estado de la ciencia y con los medios de los que se dispone en el momento temporal.

Sin embargo, lo que se ha apreciado en una situación como la que estamos viviendo es que los medios no han sido suficientes y que, por tanto, los servicios no se han podido prestar en condiciones de normalidad coetánea con el momento histórico al que corresponde el enjuiciamiento. Entendemos, en este caso, por normalidad el mismo tratamiento que se podría haber proporcionado, con los medios actuales, un día y un momento diferente al de la crisis. Es la situación de crisis y la capacidad de proveer de bienes y servicios en la misma la que genera, a su vez, una situación en la que los medios puestos a disposición de los pacientes en esta situación han sido, en algunos o en muchos casos, insuficientes en relación con el umbral habitual de prestación del servicio. De alguna forma podría decirse que la atención se ha degradado como consecuencia de la insuficiencia de medios inmediata y, sobrevenida incapacidad de allegar los mismos en un plazo razonable o, cuando menos, en condiciones de servir al tratamiento correspondiente.

En este esquema puede siempre alegarse que la situación de partida es una situación no previsible, pero, es cierto también, que el título de imputación de la responsabilidad a la Administración arranca del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que la situación descrita está más próxima al anormal que a otra cosa. Realmente aquí el título de vinculación con la responsabilidad no es tanto la pandemia como la imprevisión pública en la satisfacción de los mínimos medios con los que hacerla frente bien, como se ha dicho, porque estuvieran almacenados o bien porque la previsión hubiera llevado a pensar la situación justificaría la necesidad de estos y se hubieran tenido previstos los canales de satisfacción de la necesidad.

A partir de aquí parece razonable pensar que pueden existir acciones de responsabilidad por la carencia de medios y, como posteriormente analizaremos, por las reglas de uso de estos. Es cierto que, al menos, en el primero de los supuestos, el término final de la ecuación es o son los Poderes Públicos que son los que han tenido la improvisación, han generado la incertidumbre sobre los canales de distribución, han centralizado las mercancías existentes y, por tanto, agravado la situación allí donde se producían las decisiones de centralización y los que, finalmente, han precisado un tiempo poco razonable para allegar mínimamente bienes y servicios necesarios para solventar la crisis.

A este planteamiento teórico podemos, posteriormente, ponerle hechos y circunstancias acreditativas o matizadoras de las circunstancias descritas que nos llevarán a una determinación, si era o no justificada la posición de los poderes públicos y, por tanto, la determinación de si existe o no un funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Esta conclusión es la que permitirá determinar la existencia de responsabilidad, pero lo que es evidente es que el hecho que nos sirve de fundamento resulta indiscutido: la atención se ha prestado en condiciones de

medios que, a todas luces, pueden considerarse insuficientes y que la política para subvenirlos no puede considerarse, en ningún caso, satisfactoria.
Desde el punto de vista del personal sanitario lo que está claro es que la posición expuesta nos permite indicar que este debate tiene un tinte diferente al que se nos venía planteado. Un profesional sanitario que, potencialmente, puede usar unos medios no los usa en el ejercicio de su autonomía profesional. En el presente supuesto no los usa simplemente porque no se le ponen a su disposición por la sencilla razón de que no existen o no están disponibles en la organización para la que trabaja. Por tanto, la responsabilidad será institucional o no será porque por esta vía (usar lo que se tiene) las acciones de regreso contra los profesionales tienen una escasa virtualidad y fundamento.

B) Prestación del servicio en condiciones contrarias a la salud laboral convencional en un supuesto de crisis.
Desde el punto de vista de lo que aquí venimos analizando es, igualmente claro, hasta el punto de que podríamos aludir, en términos procesales, a que se trata de un hecho notorio que los profesionales sanitarios se han visto abocados o compelidos o, cuando menos, no dispensados a prestar sus servicios en condiciones – igualmente de medios- que no son las más idóneas para su salud ni para su vida. Las imágenes de estos días que a todos se nos vienen a memoria y el propio número de profesionales contagiados o que, incluso, han perdido la vida son datos que, prácticamente, no exigen una prueba adicional.
Esto nos genera un importante y novedoso debate: la prestación del servicio de riesgo en condiciones que no previenen ni minimizan el riesgo y su compatibilidad con el marco general de prevención de riesgos laborales y de protección de la salud de los empleados.
Con carácter general podemos indicar que es la Ley 31/1995, de 8 de noviembre la que regula la prevención de riesgos laborales. Es el artículo 2º de la misma el que establece el objeto de la norma en los siguientes términos:
<<…1. La presente Ley tiene por objeto promover la seguridad y la salud de los trabajadores mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo.
A tales efectos, esta Ley establece los principios generales relativos a la prevención de los riesgos profesionales para la protección de la seguridad y de la salud, la eliminación o disminución de los riesgos derivados del trabajo, la información, la consulta, la participación equilibrada y la formación de los trabajadores en materia preventiva, en los términos señalados en la presente disposición.
Para el cumplimiento de dichos fines, la presente Ley regula las actuaciones a desarrollar por las Administraciones públicas, así como por los empresarios, los trabajadores y sus respectivas organizaciones representativas.

Este marco de protección resulta aplicable al conjunto de relaciones laborales que se rigen tanto por el Estatuto de los Trabajadores como por, actual, TREBEP y demás legislaciones especiales reguladoras de las relaciones de derecho público.

El concepto esencial que maneja la Ley (art. 4) es el de prevención, actividad que consiste en el conjunto de actividades previstas en todas las fases de la actividad de una empresa con fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo. A su vez, se entiende por riesgo laboral la posibilidad de que un trabajador sufra un daño derivado del trabajo, teniendo la consideración de tal las enfermedades, patológicas y lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo.

Este marco descriptivo de alcance general se concreta en el artículo 14 de la Ley con el reconocimiento al derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de salud en el trabajo, derecho que encuentra su correlato en el apartado 2 del propio artículo cuando señala que <<…2. En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes en materia de plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud, y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios en los términos establecidos en el capítulo IV de esta ley…>>.

Como puede verse se configuran tres ámbitos diferenciados de actuación: a) el de carácter preventivo; b) la adopción de medidas necesaria; y c) la adopción de las medidas en caso de emergencia y de riesgo grave e inminente.

Teniendo en cuenta la naturaleza de la situación en la que se plantea esta reflexión parece necesario situarnos directamente en el artículo 20 que se refiere a las medidas de emergencia.

El artículo establece que:

<<…El empresario, teniendo en cuenta el tamaño y la actividad de la empresa, así como la posible presencia de personas ajenas a la misma, deberá analizar las posibles situaciones de emergencia y adoptar las medidas necesarias en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores, designando para ello al personal encargado de poner en práctica estas medidas y comprobando periódicamente, en su caso, su correcto funcionamiento. El citado personal deberá poseer la formación necesaria, ser suficiente en número y disponer del material adecuado, en función de las circunstancias antes señaladas.

Para la aplicación de las medidas adoptadas, el empresario deberá organizar las relaciones que sean necesarias con servicios externos a la empresa, en particular en materia de primeros auxilios, asistencia médica de urgencia, salvamento y lucha contra incendios, de forma que quede garantizada la rapidez y eficacia de las mismas…>>.

Esta regulación de la emergencia se completa con las previsiones que para riesgo grave e inminente debe realizar el empresario y que, conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la LPL, es el siguiente:

<<…1. Cuando los trabajadores estén o puedan estar expuestos a un riesgo grave e inminente con ocasión de su trabajo, el empresario estará obligado a:

a) Informar lo antes posible a todos los trabajadores afectados acerca de la existencia de dicho riesgo y de las medidas adoptadas o que, en su caso, deban adoptarse en materia de protección.

b) Adoptar las medidas y dar las instrucciones necesarias para que, en caso de peligro grave, inminente e inevitable, los trabajadores puedan interrumpir su actividad y, si fuera necesario, abandonar de inmediato el lugar de trabajo. En este supuesto no podrá exigirse a los trabajadores que reanuden su actividad mientras persista el peligro, salvo excepción debidamente justificada por razones de seguridad y determinada reglamentariamente.

c) Disponer lo necesario para que el trabajador que no pudiera ponerse en contacto con su superior jerárquico, ante una situación de peligro grave e inminente para su seguridad, la de otros trabajadores o la de terceros a la empresa, esté en condiciones, habida cuenta de sus conocimientos y de los medios técnicos puestos a su disposición, de adoptar las medidas necesarias para evitar las consecuencias de dicho peligro.

La paradoja de la situación que estamos viviendo es que el empresario se encuentra (al margen de si está en dicha situación por su propia ineptitud o por una circunstancia sobrevenida que es otro debate) ante una tesitura importante: si cumple la norma de prevención de riesgos tendría que ordenar la retirada de aquel personal que no pueda prestar su actividad en condiciones mínimas, esto es, sin sufrir un daño o una enfermedad como consecuencia de su prestación aboca al conjunto de la población a un daño superior. El equilibrio está en la decisión de renunciar al derecho de los trabajadores o renunciar a los derechos de los ciudadanos. Es probable que, en términos tan severos como ahora, se había planteado una dicotomía en la que, el extremo, es la propia vida o la del "trabajo" que realizas y, ciertamente, podemos convenir que, en este caso, ha opción de proteger la segunda ha sido claramente ganadora.

El problema es complejo ya que no se sitúa en el plano de un servicio de emergencia convencional donde siempre hay un riesgo de la propia vida sino que la cualificación de esta situación deriva de las condiciones en las que los profesionales médicos se

han visto en la obligación (o en la profesionalidad) de prestar un servicio de riesgo en condiciones que no son las comunes, con una evidente degradación de sus niveles de protección y, por tanto, arriesgando su propia vida o sus condiciones de salud.

Este debate conduce probablemente a lo que establece el artículo 42 de la LPRL según el cual:

<<…1. El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento.

Específicamente, el RDL de Infracciones y sanciones en el ámbito laboral en su artículo 13 determina una infracción muy grave que consiste en:

<<…3. No paralizar ni suspender de forma inmediata, a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los trabajos que se realicen sin observar la normativa sobre prevención de riesgos laborales y que, a juicio de la Inspección, impliquen la existencia de un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, o reanudar los trabajos sin haber subsanado previamente las causas que motivaron la paralización…>>, apartado que se completa con lo que establece el apartado 6 según el cual <<…6. Superar los límites de exposición a los agentes nocivos que, conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, originen riesgos de daños para la salud de los trabajadores sin adoptar las medidas preventivas adecuadas, cuando se trate de riesgos graves e inminentes.

Ambos preceptos y, por tanto, la infracción que suponen es plenamente de aplicación a un supuesto como el que se analiza en el que un profesional ante una situación de emergencia que afecta a su salud es conminado a continuar en su trabajo sin el equipamiento y los medios necesarios. No es el trabajo, en si mismo, considerado sino, sobre todo, las condiciones en las que se ha tenido que establecer o realizar dicha prestación.

En este punto hay, a su vez, varios debates. El primero, si una epidemia o una pandemia debería figurar entre los riesgos a incluir en el mapa de riesgos. Se podría llegar a decir que como nunca ha pasado la previsión no era mínimamente exigible en los términos en los que se ha planteado y, ciertamente, si nos referimos a la intensidad o el alcance algo hay, necesariamente, que ponderar. Es entonces cuando surge el segundo problema: la capacidad de solventar con una mínima inmediatez el problema. En este punto, lo que, sin duda, es más dificil de admitir es la impericia en la obtención del material o de los instrumentos necesarios. Una cosa es que no sean previsibles y otras que, producido el hecho, no sea posible ni viable su subvención en una referencia temporal que minimice la ecuación de riesgo de los profesionales.

Estos elementos son los que deben valorarse a la hora de determinar si existe infracción o no de la normativa de salud laboral. Los hechos parecen evidentes pero la calificación jurídica está en función de la culpabilidad y aunque parece claro que

ninguna de estas circunstancias es achacable al dolo es cierto, sin embargo, que pueden conectar directamente con la negligencia inexcusable de la que se derivan daños.

Este terreno del que resta por indicar que tiene incluso reflejo penal ya que el artículo 311 del Código Penal se refiere a los delitos contra los derechos de los trabajadores y señala, en primer término, que quedan incluidos <<…1.º Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual…>> y, específicamente, el artículo 316 cuando señala que <<…Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses..>>.

Pero estas condiciones de ejercicio de la actividad tienen una condición adicional que tampoco puede negarse y es que el propio sanitario, actuando en las condiciones que lo han hecho, pueda haber sido la fuente del contagio de terceros y, específicamente, de los usuarios del sistema sanitario. En este caso habría que acudir al viejo aforismo penal según el cual "el que es causa de la causa es causa del mal causado" y, por tanto, no siendo una falta de diligencia ni una actitud propia del sanitario sino que proviene de la imposición del empleador parece claro que las consecuencias de su actuación -en este terreno de desprotección- serán de cuenta de aquel y el sanitario queda al margen de las eventuales reclamaciones salvo aquellas que, específicamente, puedan reconducirse a una situación de dolo específico.

C) Prestación del servicio en condiciones inadecuadas en relación con la ecuación demanda-satisfacción.[6]

Desde una perspectiva muy complementaria a la que se ha visto en los apartados anteriores cabría indicar que los profesionales del sistema de salud y los profesionales de los centros de titularidad privada como consecuencia de la afección y la puesta a disposición general de sus servicios han tenido que prestar sus servicios fuera del intervalo habitual de actuación tanto en el ámbito público como en el privado. En este segundo pude, incluso, ser un ámbito contractualizado en el que se señalen tiempos. Es la vertiente privada de la atención que puede haberse visto afectada tanto por la puesta a disposición general de la sanidad pública como por la

[6] GONZALEZ GONZÁLEZ, E. Administración sanitaria y responsabilidad por productos sanitarias defectuosos con marchamo CE. *Revista Española de Derecho Administrativo. Núm. 200*. Navarra. 2019. Págs. 259-290

ocupación general de esta o la dedicación del conjunto de la sanidad al objetivo común que supone la superación de la crisis.

Este apartado admite, a su vez, varias modalidades. La primera, la simple demora en el acceso al centro o a la atención en términos de tiempo de espera. Realmente por lo que han dicho los medios de comunicación no puede llevarse esto al extremo de considerar que existe rechazo o imposibilidad absoluta de acceso. El problema estará más representado por la demora, como regla general.

En esta hipótesis nos centramos, por tanto, más en la demora en el acceso o, concedido el mismo, en el tratamiento o, incluso, dentro del mismo, en el tipo de tratamiento y el acceso a determinadas unidades que, repentinamente, se han convertido en un bien tan buscado como el oro en otros tiempos, las plazas en las ucis o el acceso a determinados medios mecánicos.

La STS de 3 de diciembre de 2012 define **la pérdida de oportunidad** como el elemento que sirve para concretar el esquema de responsabilidad y señala que <<…Podemos recordar la Sentencia de esta Sala y Sección de veintisiete de septiembre de dos mil once (RJ 2012, 939) , recurso de casación 6280/2009 , en la que se define la doctrina de la pérdida de oportunidad, recordando otras anteriores:

"Como hemos dicho en la Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 8082) , recurso de casación 1593/2008 :

"La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio (RJ 2005, 9611) y 7 de septiembre de 2005 , como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007 (RJ 2007, 4993) , configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente". (FD 7º).

Por lo tanto, no cabe duda de que la Sentencia recurrida contiene una doctrina contraria a la recogida en las sentencias de contraste, las cuales, por el contrario, se pronuncian en los términos que hemos recogido...>>.[7]

Este terreno, en el plano indemnizatorio o de responsabilidad es, igualmente, complejo por inexistencia de una doctrina general sobre esta materia ya que la jurisprudencia ha resuelto estas cuestiones sobre la base de los medios habituales y otras expresiones que denotan una aplicación media o ponderada en función de lo que constituye la práctica habitual. Pues bien, este parámetro no sirve en los momentos actuales porque entonces generaría una responsabilidad patrimonial de un tamaño tan importante que sería, prácticamente, inasumible. Por tanto, la demora o el retraso en el acceso al sistema o en el acceso al tratamiento son elementos que, en una situación como ésta, exigen encontrar un parámetro de normalidad o de habitualidad que no puede ser contextual ni con referencia histórica pero que tampoco puede llegar a negarse que la no asistencia o el no tratamiento – estando indicado- no son susceptibles de indemnización como consecuencia de la responsabilidad. Sin embargo, un detalle de esto superior se realiza en otro apartado al que nos remitimos en este momento.

D) Realización de actuaciones reservadas, habitualmente, a profesionales de cualificación específica.

Otro de los elementos que han resultado claros en la realidad y en la propia disposición es la necesidad de profesionales. Las normas habilitantes – a las que nos hemos referido- han supuesto una cierta derogación del sistema médico de atención por la movilización general de profesionales de todas las disciplinas, la incorporación de profesionales sin más cualificación que la de médico y la admisión de médicos con especialidades no acabadas o en trámite de aprobar el MIR.

Esto supone, claramente, una degradación del nivel de atención. En el fin de la balanza se puede alegar la situación de emergencia y, eventualmente, la fuerza mayor que tantas veces repetiremos, pero el hecho objetivo es que el nivel de pericia profesional se ha reducido al ampliarse la habilitación para la actuación por profesionales en condiciones de normalidad no hubieran prestado ese servicio. Si

[7] GALLARDO CASTILLO. M.J. Causalidad probabilísticas, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la pérdida de la oportunidad. *Revista Aragonesa de Administración Pública. Núm. 45.* Zaragoza 2015. Págs. 35-66; LUNA YERGA. A. Oportunidades perdidas: la doctrina de la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria. *Revista para el Análisis del Derecho*. Núm2. 2005.; YZQUIERDO TOLOSA, M. La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo: los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia. *Derecho y Salud. Madrid. 2001*. Vol. 9(1) Pág. 35-50; TRIGO GARCIA. M.B. Responsabilidad por eventos adversos, diagnósticos tardío o erróneo y derecho a una segunda opinión médica. *Derecho y Salud. Núm. 24. Extraordinario* . Madrid. 2014. Pág. 245-252-; VICANDI MARTINEZ, A. La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria ¿se puede cuantificar lo incuantificable?. *Derecho y Salud. Núm. 25. Num.2. Madrid. 2015*. Págs. 9-66.

esto supone una responsabilidad es algo que habrá que precisar en la doctrina sobre que la actuación sanitaria es una actuación de medios. Venimos insistiendo en esta tesis que es la que admite el Tribunal Supremo como elemento de conectividad con la institución de la responsabilidad, pero es cierto que "esos medios" están definidos por la situación de normalidad y no por los de anormalidad. Y este el momento de indicar si la expectativa de medios puede ser modulada por los disponibles, concepto jurídico indeterminado que en una situación como la presente podría tener alguna justificación pero que, admitido sin otras consideraciones, permitiría la degradación selectiva de los servicios de salud de forma que no hay o no puede establecerse un estándar convencional de funcionamiento, sino que cada persona puede esperar que le atiendan con los medios que se pueda. Es evidente que esta posición nos lleva al extremo y desconfigura notablemente la institución de la responsabilidad, pero solo entendiendo esto se puede entender el peligro de admitir incondicionadamente que, en un supuesto como el presente, la expectativa de atención es la que se pueda dar en cada momento con independencia de la configuración media admisible.
Sea como fuere y al margen del problema interpretativo del concepto de medios aplicado a la realidad concreta lo que es evidente es que se trata de determinar los límites de la responsabilidad patrimonial por haber admitido, ordenado o establecido esta situación y que las responsabilidades del sanitario quedan al margen de la habilitación concedida.

E) La atención centros sanitarios que no lo son, estrictamente, considerados.

Probablemente en el mismo contexto y armazón teórico al que nos acabamos de referir se sitúa esta cuestión puntual que parte de la posibilidad de habilitar como centro sanitario instalaciones que, de ordinario, tienen otra finalidad o que, directamente, se construyen para esto.
Esta habilitación ha merecido en el extremo más conocido (hospital de IFEMA) muchas alabanzas por su funcionalidad y la rapidez con la que se ha construido o habilitado. Nada que objetar a la operatividad de esta decisión, pero el problema teórico que se plantea es que, realmente, la atención se ha producido, en este y en otros casos, en centros que, solo en estas condiciones, pueden haber tenido la consideración de centros sanitarios.
De nuevo y no vamos a insistir en ello nos planteamos el problema del umbral de atención, de la polémica sobre los medios admisibles y sobre las consecuencias de las decisiones tomadas en este ámbito. Nos remitimos aquí a lo que hemos indicado en los apartados anteriores no sin recalcar que, de nuevo, nos encontramos ante una eventual consideración de la responsabilidad patrimonial de la que quedan al margen, incluso en las acciones de regreso personal los profesionales sanitarios que han sido ajenos a las decisiones organizativas en esta materia.

3. *La responsabilidad por la elegibilidad ¿a quien salvar y a quien no?*

Este es, sin duda, uno de los temas más novedosos y complejos que se pueden llegar a plantear. Los medios de comunicación han transmitido una idea que, más allá de su virtualidad real y su demostración que corresponden al caso y al tratamiento concreto y sobre el que, por tanto, solo se puede, en este momento, formular un planteamiento hipotético para el supuesto que lo dicen que ha ocurrido hubiera, realmente, ocurrido.

Nos referimos, en concreto, a la elegibilidad de las personas a las que se puede tratar y, una vez en este esquema, cómo se la trata y si se les priva de algunos de los medios sanitarios por una razón objetiva: la edad o por una razón subjetiva representada por la previsión o el pronóstico de menor viabilidad que otros. Este es el criterio novedoso y la cuestión que emerge con el mismo calificativo es, precisamente, la del pronóstico como elemento centrado o basado en una percepción técnica o en un hecho objetivo como puede ser la edad, pero referido no a un perfil subjetivo y a un juicio técnico-sanitario del momento correspondiente sino al criterio de que existen otros más viables.[8]

Este criterio de comparación con otros ante medios escasos plantea, como hemos visto, el problema de los medios, pero, adicionalmente, plantea el si puede producirse un hecho objetivo que impida el acceso al sistema o un grado de tratamiento del mismo. Podemos incluso profundizar en el criterio de exclusión ya que la edad es un criterio objetivo que no depende de la voluntad humana ni está vinculada a una conducta previa que permita la exclusión. Esto ocurría en los debates que, en algún momento, se han planteado sobre los fumadores. La diferencia fundamental está en que, en estos casos, la exclusión o la preterición deriva de una "mala" conducta previa que demanda una mayor utilización de medios en una persona que, de alguna forma, perjudica con su conducta previa el sistema.

El Documento del Ministerio de Sanidad denominado Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: ElSARS-CoV-2 indica que en relación con los criterios de priorización que <<…3ª Las medidas que se adopten estarán presididas por los principios de equidad, no discriminación, solidaridad, justicia, proporcionalidad y transparencia, entre otros. En este sentido, resulta también irrenunciable la continua (re)evaluación de los criterios orientativos o prescriptivos adoptados, a la luz de los cambios que se produzcan en la evolución de la pandemia.4ª La escasez de recursos, temporal o duradera, puede exigir el establecimiento de criterios de priorización de acceso a los mismos, lo que se hará con base en criterios objetivos, generalizables, transparentes, públicos y consensuados, sin perjuicio de valorar también los aspectos singulares e individuales

[8] PEREZ TOLON. E Y LARIOS D. La teoría del daño desproporcionado sobre la responsabilidad sanitaria en el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha. Núm. 47.* Toledo. 2009. Págs. 65-105.

que presente cada persona enferma por el virus.5ª Es inaplazable el diseño del escenario sanitario y post-confinamiento y del retorno progresivo a la situación de normalidad social previa al desencadenamiento de la pandemia SARS-CoV-2,tomando las precauciones necesarias para evitar una segunda oleada de personas infectadas…>>.

En el caso propuesto no hay esa conducta previa salvo que muy groseramente comencemos a plantearnos si la edad y la utilización potencial del sistema lo son, en si mismas. No parece que sea un argumento ni con consistencia general ni siquiera esgrimible en una situación especial como la que se propone en el caso que se plantea.

Pero es cierto, según se indica, que ha existido una preterición de aquellos que se valoraban como menos salvables frente a los que se consideraban más salvables. Este riesgo de elegibilidad es, sin duda, una cuestión que muy probablemente no se había planteado hasta ahora más allá de algún supuesto de emergencia o de accidente colectivo. En estos supuestos es, sin embargo, la urgencia el elemento central mientras que aquí el hecho diferencial está en que no es la urgencia sino la falta de material sanitario o de instrumentos para aplicar la curación.

4. *Las responsabilidades de los sanitarios: la situación de crisis como eximente o atenuante en los supuestos.*

En el otro lado de las cuestiones que hemos indicado y con un carácter complementario a la misma para obtener una visión de carácter general más allá de las referencias específicas que se han ido haciendo en los apartados respectivos a la posición de sujeto pasivo de las responsabilidades en las que pudieran verse envueltos los profesionales de la sanidad, cabe indicar que, desde esta perspectiva general, la actuación de los profesionales en este momento y en estas circunstancias parece que está lejos de tener (salvo los supuestos dolosos y específicos) que pudieran plantearse un componente personal que afecte directamente a los profesionales sanitarios.[9]

Una primera aproximación como la que se hace en este ámbito nos permite indicar que cualquiera que sea el ámbito del reproche de responsabilidad tendrá un primer debate frontal: el determinar la previsión exigible a los Poderes Públicos. Como hemos señalado este debate va a estar presidido por la idea de si las advertencias fueron suficientes, al menos, para minimizar la crisis o para prever algunos de las consecuencias más agudas como la falta de medios para la subvención de las necesidades en un momento de emergencia como el declarado. Este no es, desde luego, un debate sencillo ni en términos jurídicos ni en términos de prueba. No es

[9] LUNA YERGA. A Y SALVADOR CODERCH. P. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria: culpa y cuasalidad*. Thomson-Civitas. Madrid. 2004.

fácil saber ni encontrar expertos que determinen cuanto se pudo (si es que se pudo) minimizar la crisis y, por tanto, el grado de responsabilidad que los poderes públicos han asumido en este ámbito. Es cierto que en un segundo círculo de responsabilidad estará el análisis de lo hecho y no de lo dejado de hacer y la efectividad de las medidas tomadas para paliar las consecuencias de la situación creada.

En este punto si hay alguna certeza mayor. Aquí no puede haber riesgo imprevisible porque el siniestro se había producido más allá que sea un siniestro continuo que se proyecte en el tiempo. Pero la característica diferencial es que el siniestro se ha producido y los esfuerzos de los Poderes Públicos ya no son de previsibilidad sino de reparación.

En este punto cabe indicar que, en términos sociales, la falta de eficacia y los fracasos (reales o imaginarios) en la adopción de medidas que hemos vividos en los últimos tiempos nos ha situado ante un problema central: la eficacia del funcionamiento de lo público, incluso, en tiempos de crisis. Parece que este punto sí que se separa conceptualmente de la situación descrita en el apartado anterior y nos sitúa ante un funcionamiento administrativo clásico que, obviamente, se caracteriza por las circunstancias en las que se ha producido, pero sin que las mismas operen, necesariamente, como una eximente total del cumplimiento de las obligaciones administrativas y de la responsabilidad derivada de su mala praxis. En este segundo bloque los términos serán de graduación, de proporcionalidad, pero no de exención o derogación del régimen general de la responsabilidad por el funcionamiento de la Administración. Se cumplen todos los requisitos para dicha responsabilidad más allá de las modulaciones o adaptaciones que se hayan de observar en los casos concretos y en función de las medidas, igualmente, específicas.

El tercer gran círculo, el que ha intentado diseccionarse en este trabajo es el de la responsabilidad de los profesionales. En este sentido -patología al margen- cabe indicar que la actuación de los profesionales a los que la sociedad entera reconoce su mérito tarde tras tarde con el merecido aplauso son partes de un sistema organizado por otros y, por tanto, su nivel de actuación debe enmarcarse en un contexto en el que la responsabilidad personal o profesional (insisto en patologías y situaciones concretas, al margen) lo es en un diseño organizativo decidido por otros y en otras instancias y, por tanto, utilizando términos penales, podríamos decir que se sitúa en el plano de la aplicación de eximentes o atenuantes concretas derivadas de las formas, las condiciones y el servicio prestacional que se ha podido dispensar al conjunto de la población.

Es posible que los próximos tiempos nos presenten acciones de responsabilidad de todo tipo dirigidas frente a la Administración, frente a sus profesionales ya sea por los interesados, sus familiares, las compañías de seguros, los agentes de prestación de servicios conexos, etc…todo ello es posible que lo veamos en los próximos meses pero la cordura nos debe llevar a que los términos de responsabilidad que aquí hemos analizado sean los que determinen esquemas

institucionales de responsabilidad frente a esquemas individuales y profesionales de responsabilidad y sin confundir unos con otros.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

The price of sustainability: climate change and public funding, research perspectives for administrative law*.

di Vanessa Manzetti

(Ricercatore di diritto pubblico, Università di Pisa)

e Vinicio Brigante

(Ricercatore di diritto amministrativo, Università degli Studi di Napoli "Federico II")

Sommario

1. Climate public cost: reasons for research. – 2. Climate monitoring strategies and instruments in EU budget. - 3. Climate sustainability and budgetary constraints: the uncomfortable position of public administrations. - 3.1 Long term expenditure planning: the necessary adaptation to the environment's reaction. - 3.2 Monitoring good governance and environmental and economic public management. - 4. Climate change and Recovery Fund: new opportunities hovering in the balance.

Abstract

The analysis aims to give an account of developing complex and articulated relationships between public funding and climate sustainability. Specifically, it addresses issues of climate spending strategies in EU budget, role of national administrations in maintaining the complex balance between spending constraints and climate and, finally, it analyses the role of climate within 2020 Recovery Fund.

1. *Climate public cost: reasons for research.*

Studies and the search for a complex balance[1] between climate sustainability and public funding represent a privileged observatory of analysis and point of identification of various areas of interest for public law, not only from a national perspective.

In public law, issue of government performance activities and budgetary constraints has been very incisive in relation to effective protection of rights[2], especially where fundamental rights are concerned, and the awareness of climate change and its central role in the debate is perfectly in line with this line of investigation.

Prior to examining different sensitive issues for this survey, it seems appropriate to make a few defining and analytical delimitations.

In relatively recent times[3], climate sustainability has come to the attention of scholars and is an independent but coherent element of sustainable development[4], with which it must not be superimposed in any case.

---

* This text includes, updates and adapts with bibliographical references the lesson held by two authors, entitled '*Climate sustainability and public funding*', during '*Summer School Gcrc 2020.Governing Climate Resilient Cities. Challenges, Opportunities And Best Practices*', held at the University of Pisa on 7 October 2020. Despite reproducing shared reflections by two authors, paragraphs 2 and 4 were drafted by Vanessa Manzetti and paragraphs 1 and 3 (3, 3.1, 3.2) were drafted by Vinicio Brigante.

[1] E.g. OECD, *Funding environmental compliance assurance. Lesson learned from International Experience*, Paris, 2005, avaible at *www.oecd.org/environment*, 3, "authorities responsible for enforcing environmental regulations and promoting compliance with environmental requirements are operating in the context of financial constraints. Such constraints can be a consequence of the general pressures on the state budgets or the changes in government policies, which may result in shifting the resources to address short-term priority problems away from environmental protection".

[2] On this subject, reference should be made to the survey conducted by P.L FERRARO, S.K. PATTANAYAK, *Money for nothing? A call for empirical evaluation of biodiversity conservation investments*, in *Plos Bil.*, 2006, p. 105 ff.; M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini, in Scritti in onore di Antonio d'Atena*, III, Milano, 2015, p. 1673 ff.; D. BEVILACQUA, *Le misure per gli investimenti delle amministrazioni centrali, per l'ambiente e il mezzogiorno*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, p. 190 ff.

[3] Cf. D. SINISCALCO, *La governance del clima*, in *Equilibri*, 2019, p. 268, 269, modern debate on climate change is about thirty years old. Before then, the issue of climate sustainability and the need for public intervention was only one of many issues discussed by the environmental economy. Awareness of the theme in the public, also due to extreme events becoming more and more intense it becomes progressively greater and finally acute. In this way, the climate issue gains in importance and finally the role of priority in the political debate. Please refer to this paper for a summary of historical and institutional stages related to the debate on climate sustainability; L. RE, *Politica e istituzioni al tempo del cambiamento climatico. Il paradigma della vulnerabilità come proposta di trasformazione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2020, p. 291 ff.; S. NESPOR, *L'adattamento al cambiamento climatico: breve storia di un successo e di una sconfitta*, in *Riv. giur. amb.*, 2018, p. 29 ff., climate change has always been tackled with two strategies, mitigation and adaptation. Mitigation addresses the causes of climate change and consists of active interventions - which as such have a cost - to contain harmful emissions, the pathological expression of change. Adaptation consists of interventions to reduce the negative effects and exploit the positive aspects, from an environmental and economic point of view; recently, with specific reference to soil consumption and the protection of water resources, cf. M.A. SANDULLI, *Cambiamenti climatici, tutela del suolo e uso reponsabile delle risorse idriche*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, p. 291 ff.; L. NATHAN, M. FERMEGLIA, *Investment protection and unburnable carbon: competing commitments in international investment and climate governance*, in *Dir. comm. Int.*, 2018, p. 945 ff.

Climate trends in sustainability, and the theme as a whole, have acquired semantic importance, and a central role not to be underestimated in the implementation of public policies, following the signing of the '*Paris Agreements on Climate Change*' in 2015[5], the first historic universal climate agreement.

These Agreements, to quote one of the first comments after the historical date, 'are a worldwide pact for the climate that changes the face of economy forever'[6], to clearly highlight the repercussions between two aspects under investigation[7].

Beyond the controversial character and binding force of the obligations set out in the Agreements[8] - an issue that affects the analysis carried out - the general objective of mitigation, as set out in art. 2 of Agreement, is defined with reference to containment of the global average temperature increase, identified on the basis of the results of IPCC studies. In particular, the objective agreed by all parties is to contain the increase in the global average temperature in the shortest possible time.

---

[4] With regard to this subject, limited to Italian legal literature, please refer to F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile: la voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana,* Naples (2010), 32 ff., awareness of the need to preserve the environment has imposed a change of perspective, which has brought to market attention issues of natural resource depletion and intergenerational outlook, not only from an environmental but also from a social point of view; R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008; F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in M. RENNA, F. SAITTA (eds), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 437 ff.; G. MONTEDORO, *Spunti per la 'decostruzione' della nozione di sviluppo sostenibile e per una critica del diritto ambientale*, in *Amministrazione in cammino*, 2009, p. 2 ff.; M. MONTINI, F. VOLPE, *Sustainable development as a turning point*, in *www.federalismi.it*, 2016, 3 ff.; M. MONTINI, *Investimenti internazionali, protezione dell'ambiente e sviluppo sostenibile*, Milano, 2015, 27 ff.; V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Riv. giur. amb.*, 2002, p. 209 ff.; B. SAVIOLI, *Ambiente e sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e ricadute interne*, in *Percorsi costituzionali*, 2016, p. 589 ff.; on judicial protection and the role of the administrative judge, cf. M. ANTONIOLI, *Sviluppo sostenibile e giudice amministrativo tra tutela ambientale e governo del territorio*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2019, p. 201 ff.; S. QUADRI, *Alcune considerazioni sul valore dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente e dell'energia: il Clean Energy Package*, in *Riv. giur. amb.*, 2019, p. 533 ff.

[5] Among many studies, please refer to D. BODANSKY, *The Paris Climate change agreement: a new hope?*, in *American Journ. Int. L.*, 2016, 288 ff.; J. Rogelj et al., *Paris Agreement climate proposals need a boost to keep warming well below 2 °C*, in *Nat. Clim. Ch.*, 2016, 631 ff.; L. ARISTEI, *L'Accordo di Parigi: obiettivi e disciplina*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2017, 73 ff., for an overview of intermediate stages that led to the agreements being finalised, cf. D. Bodansky, *The Copenhaghen Climate Change Conference*, in *American Journ. Int. L.*, 2010, 230 ff.

[6] A. CIANCIULLO, *A Parigi l'accordo sul clima che cambia il volto dell'economia*, La Repubblica (12 Decemeber 2015), avaiable at *www.repubblica.it*, quoted by S. Nespor, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal protocollo di Kyoto all'accordo di Parigi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, p. 81; A. MURICHO ONENCAN, *From Paris agreement to action: enhancing climate change fmailiarity and situation awareness*, in *Sustainability*, 2018, 1929 ff.

[7] B. BUCHNER, A. CLARK, *Global landscape of climate finance*, Berlin (2019), avaiable at *www.cliamtefinancebd.com*, 9 ff.

[8] On the subject, see D. BODANSKY, *The Legal Character of the Paris Agreement*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law RECIEL*, 2016 (Special Issue: The Paris Agreement), p. 142 ff., which notes that the binding or non-binding nature of the Agreements covers several aspects, and therefore of interest in this analysis, "The issue that received the most attention in the Paris negotiations concerned the legal character of parties' nationally determined contributions (*NDCs*): would the Paris Agreement make NDCs legally binding or not? But the choice between 'shall' and 'should' cropped up in many other parts of the agreement as well, including the provisions addressing adaptation, finance and transparency"; M. MONTINI, *Riflessioni critiche sull'accordo di Parigi sui cambiamenti climatici*, in *Riv. int. Int.*, 2019, p. 719, 730 ff.

In the context of the Agreements, particularly relevant to the analysis carried out are art. 2, under which is necessary 'Making finance flows consistent with a pathway towards low greenhouse gas emissions[9] and climate-resilient development', and, above all, art. 9 which provides for 'As part of a global effort, developed country Parties should continue to take the lead in mobilizing climate finance from a wide variety of sources, instruments and channels, noting the significant role of public funds, through a variety of actions, including supporting country-driven strategies, and taking into account the needs and priorities of developing country Parties. Such mobilization of climate finance should represent a progression beyond previous efforts'.

In other words, it is worth noting the importance, among others, of planning investments and financial flows so as to encourage development based on reduced greenhouse gas emissions: it is, of the three objectives (the other two concern mitigation and adaptation processes), perhaps the most innovative one as it announces a challenging change of direction on two of its issues that have always been a friction point between developed and developing countries: the use of financial instruments and the use of fossil fuels.

As this text uses a non-random expression, since it does not make a reference to public funding to preserve sustainability, but refers to 'financial flows'[10]; the expression, carefully studied, means that investments will have to come not only from developed countries, but, in general, from public and private investments.

These reflections lead to the need to place climate sustainability among the financially conditioned rights widely studied by scholars, since supporting the programmatic objectives of the various climate agreements involves a cost, for the state budget and for European spending balances, which should be taken into account.

In this line of research, the aim here is to address some particularly sensitive issues due to the overall (and complicated) balance between these values at stake, i.e. performance activity to ensure climate sustainability while respecting budgetary constraints, the renewed role of national and European institutions (in the context of

[9] On the subject, recently, EUROPEAN COMMISSION, *2030 climate & energy framework*, full text avaiable at *www.ec.europa.eu*, "the Commission proposed in September 2020 to raise the 2030 greenhouse gas emission reduction target, including emissions and removals, to at least 55% compared to 1990. It looked at the actions required across all sectors, including increased energy efficiency and renewable energy, and it starts the process of making detailed legislative proposals by June 2021 to implement and achieve the increased ambition", "The EU has adopted integrated monitoring and reporting rules to ensure progress towards its 2030 climate and energy targets and its international commitments under the Paris Agreement".

[10] Cf. J. REED, T. SUNDERALAND, *Bridging funding gaps for climate and susainable development: pitfalls, progress and potential of private finance*, in *Land U. Pol.*, 2018, p. 70, "global and local capital markets have powerful potential as development funding tools and offer the world the ability to move beyond traditional development assistance and philanthropy to structures and solutions that leverage public funding."

EU public policies aimed at providing for climate expenditure accounts)[11], and brief concluding reflections on the prospects of the '*Recovery Fund*' with regard to possible impacts on the climate.

2. *Climate monitoring strategies and instruments in EU budget.*

The EU is committed to ambitious long-term climate change objectives and has adopted a related package of policies through which these objectives are to be attained. This policy agenda extends beyond the realm of environmental policy and encompasses the wider transition of our economies and infrastructures, the creation of safe and sustainable jobs, promotion of innovation, and maintaining competitiveness[12].

Objectives set in multi-annual spending plans define a key role for the EU in the implementation of public policies, in search for long-term balances.

There are basically two options that have been considered in plans to define the role of European institutions in respecting climate sustainability, namely creating large-scale dedicated funds to support climate change and energy investments, building upon the experiences made with the European Economic Recovery Plan and mainstreaming these priorities into different programmes and already existing funding instruments[13].

One of main points of policies, both at European level and in relations between the EU and Member States, is maintaining coherence of strategies and the non-contradiction in terms of expenditure forecast to be devoted to climate change issue[14].

---

[11] J. DELBEKE, P. VIS, *Eu's climate leadershi in a rapidly changing world*, in ID (eds), *EU Climate policy explained*, Bruxelles, 2016, p. 4 ff., 9, (full tex avaiable at *www.ec.europa.eu/clima/*), "EU climate policy basically started as part of environmental policy, which had a sound legal basis established by the Single European Act, which entered into force in 1987. Through that Act, new provisions were added to the EU Treaty dealing with the environment. These provided that the Council (i.e. representatives of the EU Member States) could, together with the European Parliament, decide upon environmental laws on the basis of qualified majority, a provision that is now called the 'ordinary legislative procedure".

[12] In this sense the term '*climate proofing*' is used, cf. K. MEDAROVA-BERGSTROM et al., *Strategies and instruments for climate profoing the EU budget*, Bruxelles, 2011, 13 ff., "It is important to note that a focus on climate change proofing does not neglect the relevance of the EU budget to other critical environmental policy areas such as the protection of the natural environment or environment and health".

[13] T. ADELLE, *Turning the EU Budget into an instrument to support the fight against Climate Change*, Stockholm, 2009, p. 113 ff.; A. JORDAN, A. LENSCHOW, *'Greening' the European Union: What can be learned from the leaders of EU environmtal policy?*, in *European Environment*, 2000, p. 109 ff.

[14] EUROPEAN COMMISSION, *Climate mainstreaming in the EU Budget: preparing for the next MFF*, avaiable at *www.trinomics.eu*, 2017, 14, it was detected, but the options are fully valid, that for the improvement of the overall climate mainstreaming process, "The Commission should carry out an analysis of all EU programmes and identify those which are the most capable of delivering climate objectives. For this process, we suggest the use of a traffic-light system, reflecting on the total budget of the programmes, the climate contributions, and their potential to deliver climate outputs in the short and the long-term. This analysis would lead to a Commission-wide process to identify priorities for climate expenditure in the post-2020 MFF and has the potential to significantly increase the coherence of climate mainstreaming and to actively encourage the integration of climate objectives into EU funds" and, "In order not to limit climate mainstreaming to direct climate allocations but to also encourage broader mainstreaming we suggest that specific reporting requirements should be introduced in

The definition of ceilings and expenditure to be dedicated to climate change is and must be the result of inter-institutional coordination, since the introduction of a climate tracking methodology in the 2014-2020 MFF, in response to the political commitment by the EU institutions, was a major undertaking, requiring cooperation among Commission services, and decisions on a wide range of judgements[15].
In this sense, as a consequence it is deduced that climate proofing the EU-budget is not a one-off exercise, but a process that needs to be pursued over time.
Within this awareness, requirements to be met fall within the scope of three actions, respecting a balance between budget constraints and spending for climate sustainability[16].
First, to guarantee and respect a spending strategy, the so-called 'multi-annual financial perspective', in order to foresee strategic objectives in programmatic terms and to identify specific areas of risk to which to dedicate implementing and spending decisions more consistent with the actual conditions[17].
Secondly, the need to provide for flexibility and adaptation clauses in long-term public financing policies, allowing for the redefinition of climate objectives according to the changed context[18].
Thirdly, undifferentiated application on the territories of the expenditure items aimed at guaranteeing climate sustainability, to be broken down according to the characteristics of the territories, the need for urgent interventions, the extent of interventions to be carried out and the relative expenditure ceilings to be envisaged[19].

---

the legal basis of relevant programmes on more general mainstreaming of climate into other investment areas. For the ESI Funds - similarly to the current framework - the potential for broader mainstreaming could be outlined in the Partnership Agreements, while detailed programme documentation could identify more specific contributions"

[15] G. BACHNER et al., *The effects of climate change impacts on public budgets and implications of fiscal counterbalancing instruments*, in *Env. Mod. ass.*, 2019, p. 121 ff., on the subject it is noted that the common frameworks tend to focus on output indicators. Outputs are relatively easy to define, monitor and report, and can be tailored to the specific characteristics of the budget programmes. This has led to a large number of indicators, and only limited harmonisation across different budget programmes. Moreover, these output indicators only provide a partial picture of the actual results from the climate-relevant indicators.

[16] K. MEDAROVA-BERGSTROM et al., *Strategies and instruments for climate profoing*, quoted, p. 27, "a climate-proofing strategy needs to engage the relevant EU institutions at this stage of the budget lifecycle in view of setting out clear objectives and strengthening overall policy coherence and integration".

[17] Cf. EUROPEAN COMMISSION, *A Roadmap for moving to a low carbon economy in 2050,* avaiable at *www.ec.europa.com,* 2011; J.G. CARTER, *Climate change adaptation in European cities*, in *Curr. Opi. Environ. Sustain.*, 2011, p. 193 ff.

[18] In accordance with this, see B.C. O'NEIL et al., *A new scenario framework for climate change research: the concept of shared socioeconomic pathways*, in *Clim. Chan.*, 2014, p. 387 ff.

[19] Cf. I. BEGG, *Fiscal federalism, subsidiarity and the EU budget review*, Stockholm, 2009, p. 33 ff., 39; H. FORMAYER et al, *Climate change scenario: from climate model ensemble to local indicators*, in K.W. STEININGER et al. (eds), *Economic Evaluation of Climate Change Impacts*, Berlin, 2015, p. 55 ff.

These three pillars need to be reassessed according to the pressing spending needs that the Covid-19 pandemic crisis has brought to Europe, and beyond, to assess what role climate sustainability will play in spending programmes (see *infra* par. 4).
It has been argued that public and administrative regulation of these aspects is necessary and that the choice of budgetary mechanisms aims to make climate change protection more efficient. This does not mean, however, that climate sustainability should only be foreseen as expenditure income from upstream choices, since, in reality, this is only a prediction of economic science, since intervention, especially European one, and the Recovery Fund proves it, appears to be non-deferrable and necessary.

3. *Climate sustainability and budgetary constraints: the uncomfortable position of public administrations.*
Multiannual expenditure objectives must be pursued, in concrete terms, by Member States and various public institutions, which are the final destination of long-term planning rules that move on an unstable balance.
In this section of the survey, an attempt will be made to account for uncomfortable role of national public administrations in pursuing policy objectives set at international and global level, which tend to make climate change sustainable, often underestimating the spending restrictions that administrations[20] have to face for the concrete solution of the problem.
In this part of the survey it is intended to underline the role that public administrations of different European states actually have in balancing climate protection and public funding management, without specific references to any national experience (even if the bibliographical references are mainly linked to the Italian legal context), in full awareness that these are aspects that cannot be addressed unilaterally, by each individual state, within its own territory, but are involved in a sort of necessary communion of goods and interests, at least in context of Europe, but it would be more appropriate to broaden the territorial and conceptual horizon of the problem.
Right to a healthy environment, which is a corollary in the background, as an ultimate goal to be guaranteed with the sustainability of climate change and the related obligations imposed (even if, as mentioned above on enforceability of the

[20] In order to perceive the importance of role of public administrations, national and local, please refer to what analyzed by F. DE LEONARDIS, *Politiche e poteri dei governi locali nella tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2012, p. 779 ff., 784, local authorities have a duty to build, maintain and renew economic, social and environmental infrastructure, oversee planning processes, establish environmental policies and regulations and contribute to the implementation of national and regional environmental policies; in a compliant sense, see M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Torino, 2007, spec. 295 ff.; F. ANNUNZIATA, *L'atmosfera come bene negoziabile. I contratti di cessione di quote di emissione tra tutela dell'ambiente e disciplina del mercato finanziario*, in M. LAMANDINI, C. MOTTI (eds), *Scambi su merci e derivati su commodities. Quali prospettive?*, Milano, 2006, p. 779 ff.

same, opinions are discordant), especially on a national level, which entrusts to administrations the uncomfortable role of ensuring usability of these rights, in a constant shortage of funds to make them so[21].

Respect for climate sustainability requires administrative action, requires planning of activities in the long term.

Such reflection generates from the lack of incisiveness of agreements that have no cogency[22], which remain fundamental to set targets and objectives, record progress and provide corrections, but it is necessary a political action and administrative activity[23] (in this paragraph it will be discussed) that makes the programmatic character effective.

Administrations therefore have an active role in the concrete management of activities that lead to the sustainability of climate change.

Environment (and therefore interest in its protection and, in this context, sustainable climate change and public funding[24] needed to ensure it) as the fourth essential component of the concept of the 'three E's' (effectiveness, efficiency and economy) represent today the result indicators of administrative action and define what is called value for money.

A combination that leads to the creation of the concept of the 'four E's' (*Economy*, *Effectiveness*, *Efficiency*, *Environment*), and therefore the figure of sustainable environmental results[25]. This aspect presents not a few tensions since it requires a shared balance between the various often conflicting public interests and these are,

---

[21] Cf. D. SICLARI, *La tutela del diritto ad un ambiente salubre tra attività prestazionale dell'amministrazione e vincoli di bilancio*, in *Nomos*, 2017, 3 ff., the task of achieving a fair distribution of resources within the framework of the complexity of public interests is a matter for politics. However, such a process, where it is intended to affect fundamental rights, must necessarily take into due consideration the existence of an impassable limit of these very rights, which can be found in respect of an unfailing core of guarantees for those concerned, into which the subject under investigation is grafted.

[22] Please refer to D. SINISCALCO, *La governance*, quoted, p. 275; A. GRATANI, *Salute, salubità e vincoli di bilancio*, in *Riv. giur. amb.*, 2018, p. 710 ff. (spec. par. 2), the environment and the issue of sustainability is one of those areas where there is a latent conflict between austerity and welfare state. The environmental issue can represent a legitimate alteration of European stability constraints; Court of Justice of the European Union (CJEU), 27 November 2012, *Thomas Pringle/Government of Ireland, Ireland and Attorney General*, C-370/12, full text of the ruling avaiable at *curia.europa.eu*.

[23] In a different sense, see S. DE NIGRIS, *Debt-nature swaps: finanza e ambiente*, in *Equilibri*, 2000, p. 381 ff. (spec. p. 391), most of environmental problems that plague planet have a global relevance and a close correlation with the economic sphere. Some phenomena also have implications that go beyond administrative borders of states and cannot be solved by unilateral actions, but require a process of international consultation and cooperation. This requires that the environmental issue is therefore placed in a broad context that considers, in addition to the strictly environmental effects, the economic aspects.

[24] On the search for a balance between public and private funding for the sustainability sector, see the current survey conducted by G. MASTRODONATO, *Gli strumenti privatistici nella tutela amministrativa dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2010, p. 707, 711 ff.; for a timeline analysis, please refer to I. VERONESI (ed), *Ambiente: legislazione e pubblica amministrazione*, Rovigo, 1988.

[25] Cf. R. STEWART, *A new generation of environmental regulation?*, in *Cap. U. L. Rev.*, 2001, p. 23 ff.; A. OGUS, *Regulation. Legal form and economic theory*, Oxford, 1994, p. 24 ff.

interest in environmental protection, social development, economic development and healthier public finances.

Achieving these objectives has a cost that single administration must balance with this stringent spending constraints to which it is subject[26].

In this sense, flexibility mechanisms[27] are provided to allow individual countries, and their public administrations, to achieve their objectives of stabilisation and reduction of gas emissions at a lower cost, through the financing of emission reduction projects.

In other words, this challenge arises as to how the administration should act and which instruments to use, in compliance with the political direction, and in achievement of two objectives that are set in an antithetical logic, but have the same rank in relation to the hierarchical value.

The main awareness assumed concerns the need to seek this objective of balance in the long term, through the adoption of flexible administrative choices. Public funding and its effective implementation for the enforcement of public policies in the climate sector is ultimately directed to public administration, which defines expenditure lines and makes the indications of international agreements concrete.

In the context of this awareness, the demand for public accountability of people or entities managing public resources has become increasingly evident so that there is an increased need to implement accountability and controls to accept it, including in the environmental sector.

Climate issues are becoming significant for a growing number of governments and entities as there are areas where environmental issues could have a significant impact on financial reporting.

Administrative role, in the choice of the operations to be satisfied through the public funding received, must be focused in a perspective that must respect the cycle of three necessary steps[28], i.e. planning[29], programme implementation (administrative

---

[26] On this subject, recently, see G. MOCAVINI, *Il prezzo del consenso. Il ruolo delle compensazioni amministrative nel governo dell'ambiente e del territorio*, Milano, 2020, p. 49 ff., on using the compensation tool as part of the balance between both values; M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, p. 219 ff., 223; L. PARDI, *Gli strumenti di mercato a tutela dell'ambiente*, Napoli, 2012.; L. DE PAOLI, *L'amministrazione dell'interesse ambientale*, Milano, 2002, p. 35 ff.; G. PERICU, *Tutela dell'ambiente nel diritto amministrativo*, now in *Scritti Scelti*, Milano, 2009, p. 14 ff.

[27] *Ex multis*, M. MONTINI, *Le politiche climatiche dopo Kyoto: interventi a livello nazionale e ricorso a meccanismi di flessibilità*, in *Riv. giur. amb.*, 1999, p. 133 ff., such mechanisms, and their underlying logic, relate to the exploitation of existing differentials in the marginal cost of greenhouse gas emission reduction interventions in the different member states of the Framework Convention on Climate Change; V. JACOMETTI, *La direttiva linking: il collegamento tra il sistema comunitario di scambio di quote di emissioni e i meccanismi flessibili di Kyoto*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, p. 43 ff.; ID., *Rivalutazione degli strumenti proprietari e tutela dell'ambiente: tradable pollution rights e emissions trading*, in *Riv. giur. amb.*, 2003, p. 275 ff.; M. D'AURIA, *L'emission trading e la negoziazione policentrica*, in S. CASSESE, M. CONTICELLI (eds), *Diritto e amministrazioni nello spazio giuridico globale*, Milano, 2006, p. 247 ff.

[28] In these terms, reference is made to the analysis, fully current, carried out by A. CRISMANI, *Per un sistema di controlli esterni (finanziari e sulla gestione, nazionali e internazionali) sul buon governo dell'ambiente e delle risorse naturali*, in *Riv. giur. amb.*, 2004, p. 394 ff., (sepc. par. 2), guidelines of sustainability policy are inspired by three

management strictly speaking) and the fundamental - but often underestimated - importance of controls, issues that require an autonomous, albeit synthetic, treatment.

3.1. *Long term expenditure planning: the necessary adaptation to the environment's reaction.*

Issues mentioned above, namely the need to find a long-term balance and the demand to find instruments that are flexible, adaptable and modifiable over time on the basis of responses and updates that climate change proposes to attention of public policies, find the perfect synthesis within planning of interventions and therefore of public spending.

Programming interventions to be carried out, both from a remedial point of view (think of the complex issue of land drainage [30]and related costs for public expenditure) and from the point of view of planning ordinary administrative activities, is a fundamental factor because, as pointed out by authoritative Italian scholars[31], planning and scheduling represent the obligatory step when the public administration is faced with problems that have a long-term dimension, and involve coordination between administrations, public and private bodies and require orderly use of various kinds of resources[32].

---

basic criteria: the progressive dematerialization of the economic system, i.e. the reduction of the quantities of natural resources, renewable and non-renewable, used to feed the production apparatus and current consumption models; the reduction of risk related to specific forms of pollution or environmental degradation by overcoming the logic of emergency and bringing back the environmental concern already in the context of strategic choices in the early stages of planning and the conscious participation of all actors involved in the planning and implementation of current processes; cf. A. FOSS, *Divergent responses to sustainability and climate change planning: the role of politics, cultural frames and public participation*, in *Urb. Stud.*, 2018, p. 332 ff.

[29] On this aspect, in a partially differing sense, M. CLARICH, *La tutela*, quoted, p. 220, planning and programming acts, which in theory can be regarded as fundamental rationalization tools, often fail to work as a matter of fact. Planning acts require a huge amount of information that can hardly be acquired and processed by legislator; M. CAFAGNO, *La cura dell'ambiente tra mercato ed intervento pubblico: spunti dal pensiero economico*, in *Atti del primo colloquio di diritto dell'ambiente promosso dall'AIDU*, Milano, 2006, p. 191 f.; R.B. STEWART, *Markets versus Environment?*, Jean Monnet Chair Papers, 1995, p. 19 ff., 21.

[30] D. SICLARI, *La tutela del diritto*, quoted, p. 4, European and national legislators have provided for instruments (such as drainage) to protect primary values (such as health) which, given the quantitative importance of polluting phenomena and the significant impact on public budgets, highlight the need for careful planning of interventions and a reasonable balance between the interests at stake; about this issue, see F. DE LEONARDIS, *Le bonifiche tra semplificazione e necessità di risorse*, in Il libro dell'anno del diritto, Roma, 2015, p. 12 ff., reclamation operations are practically at a standstill and the reasons can be sought in the consideration that those operations have a very high cost and it is not possible to identify the entity that should bear costs of the drainage.

[31] Reference is made to the study conducted by M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, p. 131, 152, 158 ff.

[32] Cf. R. DI PACE, *La logica della prevenzione nella disciplina della programmazione e progettazione dei lavori pubblici*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, p. 445 ff., 452, programming is an external phase, prior and functional to administrative activity, to the rationalization of public administration choices, possible only through a careful assessment of the situation as a whole, which requires the administration to make choices in the sense of priority, given the stringent spending constraints. With the planning activity, public administration is bound to its own choices and

Administrative choices aimed at guaranteeing administrative activity in line with the objectives of climate sustainability (in terms of imputation but also in terms of responsibility) must comply with objective of rationalizing strategic choices, within the framework (and within relating limits) of the correct allocation of financial resources that has become primary according to the chronic deficit situation of the public coffers.

The planning activity, in this sense, is an essential factor in identifying the priorities in terms of the activity/sustainability/expenditure ratio that the administration must support in the long term[33].

Obviously, the programming activity will have to include flexibility clauses that allow for redirecting spending decisions (and therefore territorial planning) on the basis of changed legal requirements (think of the current pandemic crisis situation that has led to the enactment of various legal texts that affect expenditure ceilings for administrations, or the changed international context on the subject, without prejudice to the problem of cogency) or in fact, if the requirements of environmental sustainability should lead to different choices.

Planning of activities is an exercise in good governance to orient the administration towards rational and long-term management, respecting the environment and its corollaries but respecting expenditure ceilings too.

Assessment of the environmental sustainability of projects (both in terms of new activities and remedies for existing pollution) during planning represents the maximum expression of preventive logic in relation to an assessment of sensitive interests. The interest in environmental sustainability is one of the parameters that guides programming activity of public administrations.

3.2. *Monitoring good governance and environmental and economic public management.*

After planning activities and subsequent administrative choice, beyond the chosen model of action (authoritative, consensual or contractual) it is necessary to recover the meaning of the legal framework of administrative inspections.

Administrative control is the downstream control of what was planned in the first phase (analyzed *supra* 3.1) and carried out in the operational phase; these three phases highlight the connection between the financial and the administrative-

---

this is a guarantee of the satisfaction of social needs and public interests to which administration has to wait. In other words, it is boundary territory between the moment in which choices are made and the moment in which they are carried out; to stick to the example given in terms of remediation of polluted sites by the administration, as shown by studies carried out (DOSSIER LEGAMBIENTE, *Bonifiche dei siti inquinati: chimera o realtà?*, Roma, 2014, p. 7 ff.), the quantitative consistency of the above mentioned interventions has repercussions in terms of pervasiveness on general taxation, requiring, in terms of investment expenditure, disbursements equal to about 30 billion euros for the implementation of the interventions deemed necessary to counteract the phenomena of pollution, therefore limited to the logic remedial of administrative activity.

[33] Cf. *'Leggere' la spesa pubblica in chiave ambientale*, in *Ecoscienza*, 2015, p. 17 ff. avaiable at *www.arpae.it*.

management phase[34], which is based on an administrative action that, besides being legitimate, according to the new conception of administration that widens the field of action to predetermination until the thresholds of the result, must also be useful, oriented to the respect of budget constraints and oriented to the objectives of environmental and climate sustainability[35].

The real critical knot of this aspect is that entities in charge of control (especially external ones), from an institutional point of view (in Italy the Court of Auditors[36], but the assumption can also be found at a European level), have always been considered a foreign body with respect to environmental protection.

It should be noted that compliance with climate protection or their mission to make improvements relates to a part of the system, i.e. organization, and not to environmental protection itself. In fact, notion of sustainability mainly refers to observable changes in the natural environment, while the self-regulating rhythms envisaged by the controls refer to the organisation of resource management necessary to achieve sustainable development.

Audits of activities in the context of maintaining climate sustainability do not differ from the classic system of external controls (carried out by Court of Auditors, whose role will be briefly described), since, on the one hand, they are concerned with strategic evaluation of budget policy results and, on the other, with evaluation of public policy outcomes in the sector, i.e., they verify the effective implementation of the choices contained in planning laws and programmes, directives and policy guidelines of government bodies where, as noted and noted above, the issue of climate sustainability is also included.

In this sense, as a monitoring system, a compliance report could be opted for, as a systemic rule, to relate current results to budget or planned results and to fulfil a function of promoting legality and regularity or providing greater assurance of compliance with existing and upcoming environmental policy and legislation.

---

[34] Cf. MINISTRO DELL'AMBIENTE E DELLA TUTELA DEL TERRITORIO E DEL MARE, *Fondo per lo sviluppo e la coesione 2014-2020. Piano operativo ambiente, descrizione del sistema di gestione e controllo*, avaiable at *www.minabiente.it*, p. 15 ff., 18, the protection and enhancement of the environment must be considered as cross-cutting factors of all sectoral policies in the relevant programming (*planning*) and subsequent interventions (implementation) and that Public Administrations will pursue the envisaged objectives (within the financial resources authorised under current legislation and the budget appropriations allocated for this purpose (management).

[35] Synthesis between these objectives is underlined in many international treaties, among others in the Treaty of Amsterdam (1997), avaiable at *www.eur-lex.europa.eu*.

[36] On the subject, the first critical profiles, the reflections are current, P. MADDALENA, *Nuovi indirizzi della Corte dei Conti in materia di ambiente*, in *Foro It.*, 102, 1979, p. 191 ff.

This means that, beyond having chosen a different control model, also financial resources concerning the environment and, ultimately, environmental sustainability as defined above can be included in the financial controls[37].

Compared to Italian model, with respect to European sample or other European experiences, Court of Auditors holds a specific mission to monitor environmental policy and, in consideration of its institutional role, it summarizes an optimal organizational choice for a precise analysis of environmental policy (and related expenditure) and climate management.

Specifically, monitoring activity focuses on investment expenditure to protect environment and territory, which comprises interventions for soil protection, water resources, waste disposal structures and infrastructures, environmental monitoring systems, actions for recovery of contaminated and degraded sites (see supra), and more generally, structures and infrastructures for protecting and enhancing environmental heritage, as underlined in recent published report[38].

Another new feature, crucial in terms of the economy of this survey, is the inclusion in the budget law for 2020 (l. 160/2019) of *'Green New Deal'* programme[39], which will be subject to control by Court of Auditors itself.

The shift in public resource use in line with sustainability objectives can only be gradual and necessarily requires prioritising interventions, especially in relation to environmental emergencies.

Accordingly, Court of Auditors contribution in this direction should aim, on giving priority to verifying coherence with specific regulations, and on the other hand, to monitoring overall redesign, which, in addition to resources, should include environmental and climate-sustainability measures.

---

[37] A. CRISMANI, *Per un sistema di controlli*, quoted, certain annual operating costs are environmental by type. For example, energy costs can be considered as environmental costs because using fossil fuels is a source of carbon dioxide and air pollution. Governments may need to acknowledge environmental obligations as liabilities in the financial statements.

[38] Cf. CORTE DEI CONTI, SEZIONI RIUNITE IN SEDE DI CONTROLLO, *Programmazione dei controlli e delle analisi della Corte dei Conti per il 2020*, avaiable at *www.corteconti.it*, 2020, p. 9 ff., Green New Deal objective must be verified according to the achievement of six objectives (mitigation of the effects of climate change; adaptation to climate change; sustainable use and protection of water and marine resources; transition to a circular economy, reduction of waste and recycling of materials; containment of pollution and protection of ecosystems).

[39] Cf. A. SOLA, *Sviluppo sostenibile e Green New Deal*, in *www.federalismi.it*, 2020, p. 462 ff., term 'Green New Deal' is used to refer to all state and supranational decisions aimed at protecting the environment through measures to reduce pollution Achieving a sustainable future, the Green New Deal, means placing protection of nature and biodiversity at its core not only in public investment, but also in private ones, encouraging socially responsible behaviour on the part of companies; E. FERRERO, *Decreto 'Clima': contrasto ai cambiamenti climatici e miglioramento della qualità dell'aria, in attesa del Green New Deal*, in *Amb. Svi.*, 2020, p. 103 ff.; EUROPEAN COMMISSION, *A European Green Deal. Striving to be the first climate-neutral continent*, avaiable at *www.ec.europa.eu*; UNITED NATIONS DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS, *A Global Green New Deal for Climate, Energy and Development*, 2009, avaiable at *www.sustainabledevelopment.un.org*.

The entire control structure of climate sustainability objectives and related public investment cannot disregard two main factors, an operational one and an organizational one: the use of technical criteria based on scientific evidence and active involvement of the Regional Control Sections, to make role of administrations effective in achieving these objectives.

4. *Climate change and Recovery Fund: new opportunities hovering in the balance.*

Detailed objectives outlined in the previous paragraphs must move in a long-term logic and the long process that led to the adoption of the Recovery Fund is a starting point for reflection as the economic situation imposed by the Covid-19 pandemic makes it possible to rethink the relationship between public funding and climate as a guiding criterion for spending at European level[40].

This aspect, however, is perfectly in line with planning activity, for which European guidelines are unavoidable and which will be taken into account in this paragraph.

The transition towards defining the Next Generation EU, a multi-annual plan to support the economy of states, which must also be taken into account for approving funds to tackle climate change, was not easy, and in fact only at the extraordinary meeting of the European Council, held in July 2020 in Brussels, was an agreement reached[41], thus overcoming the initial impasse that had found approval of the May proposal at the European Council in June 2020[42].

The current problem, at European programming level is that the current climate tracking does not really measure spending 'on' climate objectives as such

Beyond quantification of resources and their distribution, however, it is the concrete process of implementation of the Recovey Fund, which is structured according to a particular process of approval of the so-called national plans for recovery and resilience, an essential condition for actual disbursement of resources; this is strongly linked to the pursuit of a series of sensitive objectives, closely linked to the logic of the European Green Deal[43], which sees among its pillars precisely 'climate change' and public funding to guarantee and safeguard the process.

---

[40] Cf. V.M. SBRESCIA, *Politiche energetiche comunitarie e dinamiche socioeconomiche di sviluppo sostenibile. Possibili direttrici nell'era della pandemia*, in *Riv. giur. mezz.*, 2020, 449 ff.

[41] The agreement on the subject reached a compromise between the parties, since, on the one hand, it confirmed the total amount proposed by the European Commission in the NGEU (750 billion euros), on the other hand, it differed from the original proposal due to the different distribution of the sum between grants and loans; in this sense, notes J. Pisani Ferri, Europe's recovery gamble, in *www.projectsindacate.com*, 2020, that although the resources available are substantial, there are doubts about the actual monetary entity in relation to its ambitions, including the US response to the issue, "Although €390 billion in grants may look like a large sum of money, it actually amounts to less than 3% of *EU GDP*, to be spent over several years".

[42] On this subject, please refer to V. Manzetti, *Politiche monetarie e fiscali europee ai tempi del coronavirus. Riflessioni a margine*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, Napoli, III, 2020.

[43] M. DOLMANS, *A sustainable recovery for Europe: the EU's Green Deal*, avaiable at *www.clearygottlieb.com*, 2020.

Precisely for this reason, as well as the first stages of implementation, the Recovery Fund's logic represents an observatory of analysis to examine in depth the issue of the relationship between public funding and climate change, its evolution in the coming years and what obligations will be incumbent on Member States[44].

Drawing up the National Recovery and Resilience Plan, in Italian system in perspective of Recovery Fund, is not at all easy, as it is like an intertwining of competences between Government and Parliament[45]. The Government is responsible for drawing up the Plan, but Parliament seems to be given a key role, as it has to participate in various interlocutory phases prior to the adoption of the Plan, and thus to be able to evaluate, disagree with or direct and contribute to the choices proposed by the Government[46].

In view of launching an informal dialogue with the European Commission, starting from October 2020, the Government has drawn up Guidelines to define the National Recovery and Resilience Plan, to be submitted to Parliament for approval. This will have the task of formulating guidelines for Government, which should allow for creation of a more shared recovery and resilience plan, aimed at forecasting national investment projects and reforms, with a view to maintaining the balance about main issues, including the climate one.

It is precisely in these guidelines that the Government has to identify and isolate core of the National Plan, dictating its 'structure', which seems to follow a sequence that unravels through the individuation of challenges that Italy has to face, missions of this program, subdivided into clusters (namely *sets*) of projects aimed at carrying out six missions articulated according to the identified thematic areas of intervention, among which point #2, i.e. green revolution, ecological transition, takes prominence.

In relation to this aspect, that of green revolution and ecological transition, it is intended that national action should also be integrated with the objectives of climate neutrality by 2050 set by the European Green Deal[47]. In addition to this, it is also specified that Government will seek the implementation of an extensive investment programme functional to achieving compliance with objectives of the European Green Deal.

---

[44] L. MONTI, E. PINTORE, *Politica energetica*, in L. MONTI (ed), *Politiche dell'Unione Europea. La programmazione 2014-2020,* Roma, 2016, 193 ff.

[45] On the subject, in general terms, see N. RANGONE, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico tra piani e regole*, Bologna, 2007

[46] The Italian government, in the National Reform Programme 2020, has highlighted how Next generation EU represents a great step forward for Europe and for relaunching investment and reforms in Italy. This National Reform Programme was presented by the Government on 8 July 2020, included in the documents and procedures that makeup the European Semester, listing the reform priorities defined by the Government on the basis of the Specific Recommendations for Italy which, on a proposal from the Commission, were adopted by the EU Council in July 2019. Implementation of the Recovery plan depends on the elaboration of the national plan, and for this reason the Government seems to have adopted a very tight schedule.

[47] S. TRYPSTEEN, *How green is the EU budget and recovery deal?*, avaiable at *www.think.ing.com*, 2020.

As a consequence, proposed projects, at government level as a guideline and at administrative level as a concrete implementation, should be part of a coherent reform and investment package in order to be eligible. As already mentioned, such projects must also be in line with the Recommendations that are addressed by EU Council to Member States and with priorities identified by European Semester in particular for green transition.

Well, opportunity to receive public funding for Italy is more than ever conditioned by competence and professionalism of Italian administrations, and in climate sustainability the margin of error seems to be minimal[48].

Pending final plan, which will have to be constructed by collecting proposals made by administrations, local and regional authorities and potential co-investors, selecting them according to objective criteria such as to allow the achievement of fundamental missions and to ensure fair treatment to all proposals submitted, with need and awareness that health emergencies must not eclipse climate change, also in terms of funding.

On this aspect, precisely from a climate and so-called green competences point of view, risk is also due to widespread information asymmetries between central administrations and local authorities, typical and endemic of Italian administrative system, and to which the Plan would like to give an answer by expanding the system of digitization of administrative processes, proposed as a transversal solution for all administrative problems, although it is difficult to understand what kind of impact these solutions can have on climate sustainability.

The risk is therefore to enter into a 'vicious circuit' whereby administrative inefficiencies of Italian model are affecting the shortcomings of the Plan itself, thwarting climatic needs that are urgent and unavoidable because they are subject to continuous worsening.

It will then be possible to verify how the 'generic' missions have been translated into concrete projects, what role has been attributed to climate policies, and how they can contribute to providing a response to the process of environmental resilience, which seems to be based on ability of governments to demonstrate their expertise to make good use of funds that EU funds have made available to them and to assess how climate needs have been placed and what specific role has been envisaged for administrations.

At present, due to lack of a solid set of indicators in presenting Italian government guidelines, unlike that of the French government[49], which is already detailed also in

[48] See G. RUGGIERO, *I soldi ci sono, ora bisogna «correre»: cosa deve fare l'Italia per non perdere i 209 miliardi del Recovery Fund*, avaiable at *www.openonline.com*, 2020; K. ABNETT, *EU budget plan falls far short on climate goals, researchers say*, avaiable at *www.reuters.com*, 2020.

terms of resources allocated and number of projects, many cautions about the effectiveness of the objectives pursued have been raised, and intermediate and *ex-post* evaluations risk becoming a matter for political guidelines and, recent history teaches us, that climate needs are those that pay the highest price.

[49] Cf. F. BOSCO, *L'amaro confronto tra il piano italiano per Next Generation EU e quello francese: quando le idee non passano solo dal numero di progetti*, avaiable at *www.openonline.com*, 2020; S. TREYER, *France's recovery plan: will support for emissions-high sectors compromise a new Green economy?*, at *www.energypost.eu*, 2020.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Riflessioni brevi sulla perdurante vitalità del diritto d'accesso documentale alla luce del suo rapporto con il potere istruttorio del G.O.*

di Ambrogio De Siano

(Professore associato di diritto amministrativo, Università di Napoli "L. Vanvitelli")

e Federica Lombardi

(Dottore di ricerca in diritto amministrativo, Università di Napoli "L. Vanvitelli")

Sommario

1. Premessa. – 2. Il diritto d'accesso, un istituto in continua evoluzione. – 3. Il diritto d'accesso cd. difensivo: natura, funzione e differenze con quello partecipativo. – 4. Diritto d'accesso documentale potere istruttorio del G.O. – 5. Qualche considerazione conclusiva

Abstract

The paper aims to define the relationship between right of access *ex* l. n. 241/1990 and power to acquire documents as evidence of the Ordinary Judge according to the recent jurisprudence of the Council of State.

1. *Premessa*.

A dispetto della sua età – risale al 1984 lo schema del disegno di legge della Commissione Nigro[1] – il diritto d'accesso continua a mostrare la vitalità propria di un adolescente.

Ed invero, nonostante il legislatore non apporti alcun rimaneggiamento alla relativa disciplina da parecchio tempo – la circostanza merita di essere segnalata, considerata la forsennata andatura della regolazione contemporanea dell'attività amministrativa –, continuano a presentarsi occasioni per tornare a discuterne, ciò che in fondo non sorprende vista la sempre più pressante istanza di trasparenza proveniente dalla società contemporanea.

Di quanto si va sostenendo è prova, tra l'altro, il dibattito consumatosi nell'ultimo lustro in merito all'accesso documentale – per intendersi, quello della legge 7 agosto 1990, n. 241 –, il quale, per effetto delle pronunce di una parte della giurisprudenza amministrativa, si sta palesando come uno strumento di conoscenza sempre più penetrante, talora finanche più efficace dei poteri istruttori del G.O.

Obiettivo del presente studio è proprio quello di provare a delineare il rapporto tra l'accesso *ex* l. n. 241/1990 e il potere di acquisizione documentale in funzione probatoria del G.O. alla luce della recente giurisprudenza del Consiglio di Stato che, per il vero, come oramai non di rado purtroppo accade, ha fin qui faticato a trovare un orientamento stabilmente condiviso.

Al fine di risolvere la controversia ermeneutica insorta all'interno della medesima Sezione – la IV – è stato necessario l'intervento dell'Adunanza plenaria, la quale non ha perso l'occasione per provare a chiarire i confini definitori del diritto d'accesso documentale, il che verosimilmente renderà necessario riconsiderare alcune conclusioni teoriche che, per quanto possibile, sembravano aver assunto i connotati della definitività.

2. *Il diritto d'accesso, un istituto in continua evoluzione.*

È ben noto che il diritto di accesso ai documenti amministrativi si presenta come il principale strumento di realizzazione della trasparenza della P.A.[2].

---

[*] Nell'ambito di una riflessione comune, la Premessa è da attribuire ad Ambrogio De Siano, mentre i restanti paragrafi a Federica Lombardi. Le considerazioni conclusive sono da ascrivere ad entrambi gli Autori.

[1] Lo si trova pubblicato, compreso della premessa problematica che precedeva l'articolato normativo, in *Quaderni regionali*, 1984, n. 4, pp. 1349 ss.

[2] Vi è tuttavia chi, come C. CUDIA, *Pubblicità e diritto alla conoscibilità*, in B. PONTI (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Santarcangelo di Romagna, 2016, pp. 93 ss., p. 96, ritiene che il diritto di accesso *ex* l. n. 241/1990 «dovrebbe intendersi come strumento alternativo alla trasparenza: proprio laddove la conoscenza di un atto non rientra nel patrimonio informativo potenziale di un qualsiasi soggetto privato, è necessario predisporre strumenti che consentano di valutare la sussistenza di un interesse alla conoscenza che sia personale e idoneo a superare il segreto amministrativo».

Sono altrettanto noti gli interventi normativi che a far data dagli anni '90 lo hanno riguardato e che in parte ne hanno cambiato i connotati, rendendolo un istituto pluridimensionale, funzionalizzato a perseguire interessi di volta in volta diversi.
Per il vero, sempre uguale a sé stesso è rimasto l'accesso dell'art. 10, co. 1, lett. *a*), l. n. 241 (cd. endoprocedimentale), che si sostanzia nella facoltà di «prendere visione degli atti del procedimento» riconosciuta ai soggetti cui deve essere comunicato l'avvio del procedimento e a coloro che possono intervenirvi[3].
L'istituto è strumentale al miglior esercizio delle capacità partecipative di questi ultimi, recando una vocazione tanto difensiva delle situazioni soggettive coinvolte – il privato anticiperà il contraddittorio che solitamente si svolge nel processo –, quanto collaborativa – il privato apporterà eventualmente nuovi elementi conoscitivi per un'azione più imparziale[4]. Attraverso questo tipo di accesso, ai soggetti legittimati è attribuita dunque la possibilità di conoscere gli atti del procedimento, così da esercitare una partecipazione maggiormente piena e consapevole che permetta loro sia di curare i propri interessi, sia di restituire alla P.A. procedente una rappresentazione della fattispecie più aderente alla realtà.
Qualche mutamento nel corso del tempo ha riguardato l'altro accesso *ex* l. n. 241, quello disciplinato dagli artt. 22 ss. (c.d. 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» (co. 2)[5].
Esso è riconosciuto ai «soggetti privati»[6], compresi «quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso» (co. 1, lett. *b*)[7].

---

[3] Su questo tipo di accesso v. *ex multis* M.A. SANDULLI, voce *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi,* in *Enc. Dir.*, vol. Agg. IV, Milano, 2000, pp. 4 ss., p. 6.

[4] M.A. SANDULLI, voce *Accesso* cit., p. 6. In merito alla valenza garantistica e collaborativa della partecipazione S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale*, Torino, 2008, pp. 294 ss.

[5] 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 del principio di trasparenza nel testo novellato introdurrebbe «un'innovazione non significativa, anzi in qualche modo superflua. Una mera sottolineatura di un'impostazione preesistente». Si v. in questo senso anche F. ROTA, *Diritto di 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 ss., p. 93.

[6] L'art. 22, co. 1, lett. *b)*, letto in combinato disposto con l'art. 22, co. 5, esclude dal campo di applicazione della l. n. 241 l'ipotesi in cui il richiedente l'accesso sia una P.A. Sul punto v. S. FIORENZANO, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi dopo la legge 11 febbraio 2005 n. 15: nuove regole sostanziali e giustiziali*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, pp. 462 ss., p. 470.

[7] L'art. 22, co. 1, l. n. 241/1990 è stato sostituito – come ben noto – dall'art. 15, co. 1, legge 11 febbraio 2005, n. 15. Il legislatore del 2005, tra le varie modifiche apportate, ha in particolare sostituito la locuzione «situazione giuridicamente rilevante» con quella di «situazione giuridicamente tutelata». Secondo S. FIORENZANO, *Il diritto di accesso* cit., pp. 472- 473, «l'aver sostituito il termine "rilevante" con "tutelata" ripropone il rischio di interpretazioni restrittive della portata della situazione legittimante l'accesso, nel senso che tale semplice

La disposizione normativa è stata oggetto di un numero difficilmente commensurabile di pronunce, le quali, tra l'altro, hanno specificato che per ottenere l'accesso richiesto deve sussistere «un interesse giuridicamente *tutelato*, [che non può] identificarsi col generico e indistinto interesse di ogni cittadino al buon andamento dell'attività amministrativa». Interesse che però deve essere «valutato in astratto, prescindendo da qualsivoglia apprezzamento in ordine alla fondatezza o ammissibilità della domanda giudiziale che gli interessati potrebbero eventualmente proporre sulla base dei documenti acquisiti mediante l'accesso, essendo preclusa alla P.A., detentrice del documento, una penetrante indagine sulla "meritevolezza" dell'interesse sotteso alla richiesta di ostensione, operando, l'obbligo di consentire l'accesso, in termini pressoché automatici»[8]. Le valutazioni sulla legittimazione e sulla meritevolezza dell'interesse andranno compiute sulla scorta della motivazione che deve necessariamente essere presente nella istanza proposta alla P.A. Coerentemente ad una tale ricostruzione dell'interesse ad accedere, il legislatore ha altresì espressamente escluso che l'accesso possa essere strumentale ad un «controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni» (art. 24, co. 3). Il che ha consentito di ritenere che esso non possa essere «funzionalizzato ad una migliore realizzazione dell'interesse pubblico inteso in senso diffuso ed astratto»[9] e che l'asse portante dell'istituto vada spostato «dalla tutela dell'interesse pubblico alla protezione individuale dell'accedente»[10].

Accanto a quelle relative alla legittimazione/interesse, il diritto di accesso soffre altre limitazioni. A cominciare da quella per cui esso è esercitabile in riferimento alle sole

---

cambiamento terminologico potrebbe indurre a ritenere che soltanto situazioni protette dall'ordinamento in chiave processuale possano costituire il sostrato del diritto di accesso». In questo senso si v. anche G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Diritto di accesso e interesse pubblico*, Napoli, 2006, p. 97. Per quanto riguarda la questione dogmatica della natura della situazione giuridica soggettiva dell'accesso documentale, dopo l'intervento di Consiglio di Stato, Ad. Pl., sentenza 18 aprile 2006, n. 6, sebbene l'orientamento prevalente sostenga la tesi della qualificazione dello stesso in termini di diritto soggettivo (Tar Lombardia, Brescia, sez. I, sentenza 14 maggio 2018, n. 479; Tar Puglia, Bari, sez. III, sentenza 3 gennaio 2018, n. 2; Tar Lazio, Roma, sez. III *quater*, sentenza 13 novembre 2017, n. 11291), vi è giurisprudenza che continua a qualificare il diritto di accesso come interesse legittimo (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 10 febbraio 2009, n. 741). Sul tema si v. anche Consiglio di Stato, Ad. Pl., sentenza 25 settembre 2020, n. 21, che ha riportato «il fondamentale approdo al quale è pervenuto [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».

[8] Così Tar Campania, Napoli, sez. VI, sentenza 20 maggio 2015, n. 2821. Sul punto si v. anche Tar Veneto, Venezia, sez. II, sentenza 19 dicembre 2019, n. 1384 e Tar Lombardia, Brescia, sez. I, sentenza 6 ottobre 2017, n. 1200.

[9] Così G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il diritto di accesso dopo la legge 15/2005*, in M.P. CHITI (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, pp. 189 ss., p. 206.

[10] Così S. FIORENZANO, *Il diritto di accesso* cit., p. 472. In senso analogo si v. anche E. CARLONI, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2005, pp. 573 ss., pp. 580-581.

informazioni cristallizzate in documenti amministrativi[11]: il co. 4 dell'art. 22 dispone che «non sono accessibili le informazioni in possesso di una pubblica amministrazione che non abbiano forma di documento amministrativo», così restringendo il campo di applicazione dell'istituto.
Ulteriori limitazioni si sostanziano nelle quattro ipotesi di esclusione *ex* art. 24, co. 1. La prima riguarda i «documenti coperti da segreto di Stato» (lett. *a*), nonché quelli per i quali l'ordinamento prevede «espressamente» il «segreto» o il «divieto di divulgazione»[12]. La seconda concerne i procedimenti tributari (lett. *b*). La terza fa riferimento all'attività della P.A. diretta «all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione» (lett. *c*). La quarta, infine, attiene ai «documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relativi a terzi» nei procedimenti selettivi (lett. *d*)[13].
Ciò nondimeno, la legge stabilisce che «deve essere comunque garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici (art. 24, co. 7). Mentre però qualora riguardi documenti contenenti dati sensibili e giudiziari esso è consentito purché sia strettamente indispensabile[14], nell'ipotesi in cui si tratti di «dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale» l'accoglimento dell'istanza di accesso è subordinata non soltanto alla sussistenza del requisito della indispensabilità, ma anche alla ricorrenza delle condizioni indicate dall'art. 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196[15].

---

[11] La nozione di documento amministrativo è contenuta nell'art. 22, co. 2, l. n. 241/1990. Sul tema si v. Ad. Pl. 21/2020 cit. e, in dottrina, tra i vari, G. ARENA, voce *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, vol. XXXI, 1995, p. 3.

[12] In proposito, il co. 5 chiarisce che i documenti in parola «sono considerati segreti solo nell'ambito e nei limiti» della loro «connessione» con gli «interessi di cui al comma 1» dello stesso art. 24, e che a questo scopo le PP.AA. «fissano, per ogni categoria di documenti, anche l'eventuale periodo di tempo per il quale essi sono sottratti all'accesso».

[13] La legge consente alle PP.AA. di individuare altresì «le categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso» (co. 2). In particolare, riconosce poi al Governo la possibilità di adottare un regolamento nel quale prevedere ulteriori ipotesi di esclusione del diritto di accesso (co. 6).

[14] Sulla nozione di indispensabilità si v., tra i vari: G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Diritto di accesso* cit., p. 104; V. VENEZIANO, *La trasparenza dell'azione amministrativa tra tutela del diritto di accesso e tutela del diritto alla riservatezza: alla ricerca di un equilibrio*, in M.P. CHITI, G. PALMA (a cura di), *I principi* cit., pp. 251 ss., p. 255.

[15] L'art. 60, d.lgs. n. 196/2003 (di recente modificato dall'art. 5, co. 1, decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101) prevede che «Quando il trattamento concerne dati genetici, relativi alla salute, alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi, è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale». Sul significato da attribuire alla locuzione «situazione giuridica di rango almeno pari ai diritti dell'interessato» si v., *ex multis*, in dottrina, E. MENICHETTI, *La conoscibilità dei dati: tra trasparenza e privacy*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa* cit., pp. 283 ss., p. 302; in giurisprudenza, Tar Lombardia, Milano, sez. III, sentenza 3 febbraio 2015, n. 383; Tar Liguria, Genova, Sez. I, sentenza 29 marzo 2013, n. 568.

Dal diritto di accesso documentale va distinto quello civico, disciplinato dall'art. 5, decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, il quale regola, al co. 1, l'accesso civico *semplice* – corrispondente al diritto di «chiunque» di richiedere la pubblicazione (qualora la stessa non sia stata effettuata o non sia stata correttamente realizzata) di informazioni, dati o documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria –, e al co. 2 quello *generalizzato* – ossia il diritto di «chiunque» di ottenere l'ostensione di dati e documenti ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria[16].
Insomma, in seguito ai richiamati interventi legislativi, nell'ordinamento italiano attualmente convivono tre principali tipologie di accesso: l'accesso *ex* l. n. 241/1990, l'accesso civico *semplice* e quello *generalizzato*, ciascuno dei quali dimostra di avere una (almeno parzialmente) diversa vocazione.
L'accesso documentale, che non può essere preordinato ad un controllo generalizzato dell'operato della P.A., è funzionalizzato, per un verso, alla cura degli interessi del richiedente, e, per altro verso, alla realizzazione in concreto dei principi di trasparenza e imparzialità[17]; viceversa, l'accesso civico ha l'obiettivo di «promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa, favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche» (art. 1, co. 1, d.lgs. n. 33)[18].

3. *Il diritto d'accesso cd. difensivo: natura, funzione e differenze con quello partecipativo.*
Come accennato in premessa, il diritto di accesso documentale non smette di essere al centro dell'attenzione di dottrina e giurisprudenza, le quali continuano a dibattere

[16] Le due tipologie di accesso sembrerebbero essere differenti soprattutto in relazione all'oggetto. Sul punto si v., tra i vari: B. PONTI, *La trasparenza ed i suoi strumenti: dalla pubblicità all'accesso generalizzato*, in ID. (a cura di), *Nuova trasparenza* cit., p. 25 ss., p. 44; e, in giurisprudenza, Tar Puglia, Bari, sez. II, sentenza 16 giugno 2017, n. 647; Tar Campania, Salerno, sez. II, sentenza 5 maggio 2017, n. 850. Tuttavia, ad avviso dell'Anac (determinazione 28 dicembre 2016, n. 1309, p. 7), dall'art. 5 *bis*, d.lgs. n. 33/2013 si evincerebbe invece che oggetto dell'accesso *generalizzato* possano essere anche le informazioni.

[17] A tal proposito E. CARLONI, *Gli strumenti della trasparenza nel sistema amministrativo italiano e la sua effettività: forme di conoscibilità, quantità e qualità delle informazioni*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa* cit., pp. 349 ss., p. 354, mette in rilievo che «il diritto di accesso, dopo la l. n. 15 del 2005 ed il successivo d.P.R. n. 184 del 2006, appare […] essenzialmente quale strumento a tutela del singolo e solo secondariamente, se non marginalmente, meccanismo idoneo ad assicurare la trasparenza amministrativa».

[18] Sulle differenze esistenti tra accesso documentale e accesso civico si v., tra i vari: C. COLAPIETRO, *La "terza generazione" della trasparenza amministrativa. Dall'accesso documentale all'accesso generalizzato, passando per l'accesso civico*, Napoli, 2016, pp. 86-87; A. CORRADO, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, Napoli, 2018, pp. 147 ss. e 194 ss.; B. PONTI, *Il regime dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria: i tempi, le modalità e i limiti della diffusione; l'accesso civico; il diritto al riutilizzo (artt. 4, 5, 7-9, 52 commi 2 e 3, 53)*, in ID. (a cura di), *La trasparenza amministrativa* cit., pp. 75 ss., pp. 107-108; B. PONTI, *La trasparenza ed i suoi strumenti* cit., pp. 65-69. Sia consentito altresì rinviare a F. LOMBARDI, *Spunti di riflessione sulla problematica applicazione delle diverse tipologie di accesso. Il possibile insegnamento derivante dall'esperienza spagnola*, in www.federalismi.it, 22, 2018. In giurisprudenza, in merito a tale differenza, si v. invece, tra le varie: Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 5 ottobre 2020, n. 5861; Tar Campania, Napoli, sez. VI, sentenza 30 settembre 2020, n. 4130; Tar Lazio, Roma, sez. III *quater*, sentenza 8 marzo 2016, n. 3017.

anche per effetto di un dato normativo che funge per certi versi da ostacolo ad una ricostruzione che sia priva di dubbi.

Non a caso di recente è nuovamente intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (25 settembre 2020, n. 21), la quale ha anzitutto ribadito che l'accesso, per quel che attiene alla sua natura giuridica, costituisce un «principio regolatore dell'attività amministrativa», mentre, per quel che concerne l'aspetto funzionale, «soddisfa finalità di pubblico interesse», specificando che «favorisce la partecipazione e assicura l'imparzialità e la trasparenza».

E però il profilo funzionale non si esaurirebbe così, visto che l'art. 24, co. 7, dispone – come già segnalato in precedenza – che «Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici».

Ad avviso della Plenaria l'uso dell'avverbio 'comunque' «denota la volontà del legislatore di non 'appiattire' l'istituto dell'accesso amministrativo sulla sola prospettiva della partecipazione, dell'imparzialità e della trasparenza, e corrobora la tesi che esistano, all'interno della fattispecie giuridica generale dell'accesso, due anime che vi convivono, dando luogo a due fattispecie particolari»: l'accesso «partecipativo» – che sarebbe sempre consentito purché non ricorrano le esclusioni di cui all'art. 24, co. 1, 2, 3, 5 e 6, l. n. 241 – e quello «difensivo» – il quale, finalizzato alla cura e alla difesa (anche in giudizio) dei propri interessi, è giurisdizionalmente tutelato attraverso una specifica azione (art. 116 c.p.a.) e «trascende dalla dimensione partecipativa procedimentale e dalla logica della trasparenza della funzione amministrativa».

Quest'ultimo sembrerebbe addirittura in grado – secondo la Plenaria – di superare le esclusioni previste per quello partecipativo[19], purchè la parte interessata riesca a «dimostrare che il documento al quale intende accedere è *necessario* (o, addirittura, strettamente indispensabile se concerne dati sensibili o giudiziari) per la cura o la difesa dei propri interessi»[20].

L'Adunanza Plenaria parrebbe dunque individuare, nell'ambito del *genus* 'accesso documentale' due *species*: quella difensiva, di cui all'art. 24, co. 7, e quella

[19] A ben vedere in una ordinanza richiamata dalla stessa Adunanza Plenaria n. 21/2020 cit. (sez. VI, sentenza 7 febbraio 2014, n. 600), il Consiglio di Stato ha precisato «che (nonostante la non felice formulazione dell'art. 24, comma 7, come sostituito dall'art. 5 della legge n. 15 del 2005) la regola della prevalenza del c.d. accesso difensivo non riguardi tutte le ipotesi di esclusione di cui al medesimo art. 24, ma solo la particolare ipotesi di esclusione (contemplata dalla lettera d del comma 6) determinata dalla necessità di tutelare la riservatezza di terzi (persone, gruppi, imprese e associazioni)».

[20] Il Supremo Consesso prosegue evidenziando che «la conoscenza dell'atto non è destinata a consentire al privato di partecipare all'esercizio del pubblico potere in senso 'civilmente' più responsabile, ossia per contribuire a rendere l'esercizio del potere condiviso, trasparente e imparziale, ma rappresenta il tramite per la cura e la difesa dei propri interessi giuridici».

partecipativa, di cui agli art. 22 ss., i quali avrebbero non solo una differente funzionalizzazione, ma pure un parzialmente diverso regime giuridico.
A dirla tutta, la pronuncia lascia perplessi, soprattutto in considerazione del fatto che si pone in parziale discontinuità con quanto fin qui sostenuto dalla gran parte della dottrina e della giurisprudenza, che generalmente hanno collocato l'accesso partecipativo (o endoprocedimentale) nell'art. 10 – mai menzionato dalla Plenaria –, separandolo da quello informativo (o esoprocedimentale) previsto dagli artt. 22 ss., benché gli stessi condividessero (sostanzialmente) il medesimo regime giuridico[21].
I punti critici della decisione sono soprattutto due.
In primo luogo, come appena accennato, manca il richiamo all'art. 10, ove è pacificamente contenuto l'accesso partecipativo per definizione, ossia quello endoprocedimentale. Certo, potrebbe obiettarsi che il Collegio sia incorso in una mera dimenticanza, per cui, nel riferirsi a quello partecipativo, di fatto avrebbe voluto alludere all'accesso dell'art. 10.
Tuttavia, non può neppure escludersi che la Plenaria abbia rinvenuto nel dato normativo una nuova tipologia di accesso partecipativo (in parte differente da quello dell'art. 10), i cui connotati restano però piuttosto sfuggenti, in quanto per partecipazione di regola si intende quella procedimentale.
Per ciò delle due l'una: o l'accesso partecipativo al quale accenna la Plenaria costituisce una sorta di duplicazione dell'accesso dell'art. 10, il che avrebbe dell'inutile; oppure l'accezione di partecipazione utilizzata dal Collegio è più ampia di quella procedimentale[22]. Il che in effetti sembra potersi indurre da alcuni passaggi argomentativi della decisione[23], i quali potrebbero far pensare che la logica partecipativa sottesa alla sentenza in parola possa essere per certi versi assimilata a quella cui è vocato l'accesso civico *generalizzato*.

---

[21] Sul punto, tra i vari, si v. F. GIGLIONI, S. LARICCIA, *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. IV, 2000, pp. 943 ss., p. 963, i quali osservano che a quello endoprocedimentale si applica in ogni caso la disciplina contenuta nel Capo V della l. n. 241/1990.

[22] Sulla nozione di partecipazione si v. G. TERRACCIANO, *La trasparenza amministrativa da valore funzionale alla democrazia partecipativa a mero (utile?) strumento di contrasto della corruzione*, in *Amministrativamente*, 7-9, 2015, p. 6, il quale, dopo aver messo in rilievo come la trasparenza sia evidentemente prodromica alla partecipazione procedimentale, osserva che detto strumentario dovrebbe perseguire la finalità della «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».

[23] Il Collegio sostiene che l'accesso partecipativo si fonda «sul principio generale della *massima trasparenza possibile*, con il *solo* limite rappresentato dalle esclusioni elencate nei commi 1, 2, 3, 5 e 6 dell'art. 24 della medesima legge n. 241». Con tale accesso il legislatore avrebbe superato «l'idea dell'interesse privato 'occasionalmente protetto' in dipendenza dell'esercizio del potere, tracciando la strada, viceversa, per una tutela 'occasionalmente protetta' della legittimità amministrativa, divenendo – la conoscenza e la partecipazione del privato – momento fondante la trasparenza e l'imparzialità dell'amministrazione (v. l'art. 22, comma 2, della legge n. 241 cit.)». Corsivi di chi scrive.

Se così fosse, il 'nuovo' accesso partecipativo finirebbe appunto per tradursi in una sorta di accesso civico *generalizzato*, che – come noto – è atto a promuovere la partecipazione al dibattito pubblico (art. 5, co. 2, d.lgs. n. 33/2013) e che è espressamente sottoposto (art. 5 *bis*, d.lgs. n. 33/2013) ai limiti di cui all'art. 24, co. 1, l. n. 241[24].

Si tratterebbe dunque di una forma di accesso del tutto *sui generis*, che condividerebbe con quello tradizionale una parte del regime giuridico (legittimazione, oggetto e motivazione della istanza), ma che sembrerebbe avvicinarsi a quello civico *generalizzato* per quel che attiene alla funzionalizzazione, la quale verrebbe però contraddetta dall'esplicito divieto del suo utilizzo ai fini del controllo diffuso dell'operato della P.A.

Insomma, pare evidente che la ricostruzione dell'accesso documentale effettuata dalla Plenaria sia quantomeno di difficile lettura, non solo per effetto della non piena limpidezza di alcuni passaggi argomentativi, ma anche perché parzialmente eccentrica rispetto al quadro teorico che dottrina e giurisprudenza avevano fin qui definito.

In secondo luogo, la pronuncia del Consiglio di Stato appare 'eccessiva' nella parte in cui introduce una distinzione netta tra l'accesso difensivo e quello partecipativo, ritenendo che solo quest'ultimo sia funzionalizzato al perseguimento della trasparenza e della imparzialità della P.A.

La distinzione introdotta dalla Plenaria appare se non infondata, quantomeno priva di idoneo supporto argomentativo. Ed invero, il dato normativo corrobora la tesi opposta, ossia quella per cui ambedue le tipologie di accesso sono vocate a realizzare trasparenza e imparzialità amministrativa, permettendo di conoscere l'azione della P.A. nel corso del suo svolgersi (accesso endoprocedimentale) o allorché si sia già svolta (accesso esoprocedimentale)[25]. In entrambe, infatti, convivono tanto una componente 'egoistica' (difensiva), che costituisce giocoforza l'occasione della conoscenza, quanto una componente 'altruistica' (*latu sensu* partecipativa), rappresentata dalla realizzazione della trasparenza e dell'imparzialità, il che rende obiettivamente difficile tenerle distinte sotto il profilo teleologico.

---

[24] Sulle finalità dell'accesso civico *generalizzato* si v., tra i vari: A. CORRADO, *Conoscere per partecipare* cit., pp. 155 ss.; G. GARDINI, *L'incerta natura della trasparenza amministrativa,* in G. GARDINI, M. MAGRI (a cura di), *Il Foia Italiano: vincitori e vinti*, Santarcangelo di Romagna, 2019, pp. 17 ss., pp. 37 ss.; B. PONTI, *La trasparenza ed i suoi strumenti* cit., pp. 40 ss.

[25] Come osserva G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Diritto di accesso* cit., p. 18, dalla lettura dell'art. 22, l. n. 241, si ricava che l'intento del Legislatore del '90 fosse quello di garantire, attraverso il diritto di accesso, la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorire lo svolgimento imparziale di quest'ultima, la tutela della posizione individuale elevandosi «da mera rivendicazione dell'interesse privato, a mezzo per conseguire la realizzazione migliore dell'interesse pubblico, in una dimensione di confronto e contrapposizione tra prospettive antitetiche». Sul punto si v. anche M.A. SANDULLI, voce *Accesso* cit., p. 8.

4. *Diritto d'accesso documentale e potere istruttorio del G.O.*

Al fine di correttamente delimitare l'ambito di applicazione del diritto di accesso documentale, ma pure di comprendere il peso reale di altri strumenti presenti nell'ordinamento parimenti vocati – sebbene in maniera più indiretta – a realizzare (altresì) la trasparenza, è necessario definire i rapporti esistenti con gli altri mezzi di acquisizione documentale previsti dal diritto processuale.

Della definizione di tali rapporti è stata di recente investita l'Adunanza Plenaria, chiamata (da Consiglio di Stato, sez. IV, ordinanza 4 febbraio 2020, n. 888) a chiarire la relazione che intercorre tra la «disciplina generale riguardante l'accesso agli atti amministrativi (ai sensi degli artt. 22 e ss. della legge n. 241 del 1990) e le norme processuali civilistiche previste per acquisizione dei documenti amministrativi al processo (secondo le previsioni generali ai sensi degli artt. 210 e 213 del cod proc. civ; per la ricerca telematica nei procedimenti in materia di famiglia, ai sensi del combinato disposto di cui artt. 492-bis del cod. proc. civ. e 155-sexies delle disp. att. del cod. proc. civ.)»[26].

La necessità di coinvolgere l'organo nomofilattico è stata determinata dal contrasto interpretativo sorto proprio all'interno della Sezione remittente, che, con la sentenza n. 2472/2014, ha sostenuto la tesi secondo cui il diritto di accesso *ex* l. n. 241/1990 sarebbe «esercitabile indipendentemente dalle forme di acquisizione probatoria previste dalle […] norme processuali civilistiche, o anche – eventualmente – concorrendo con le stesse»[27]. Tuttavia, con la sentenza n. 3461/2017, la medesima Sezione ha mutato il proprio convincimento ritenendo che «la previsione da parte dell'ordinamento di determinati metodi di acquisizione, in funzione probatoria di documenti detenuti dalla Pubblica Amministrazione, escluda o precluda l'azionabilità del rimedio dell'accesso ai medesimi secondo la disciplina generale di

[26] È doveroso segnalare che l'Adunanza Plenaria era stata investita della stessa questione sempre dalla Sez. IV (ordinanza 4 febbraio 2020, n. 890), sulla quale si è espressa con la sentenza 25 settembre 2020, n. 19, enunciando i medesimi principi di diritto di cui alla successiva n. 21/2020 cit.

[27] Accedere a tale orientamento, si legge nell'ordinanza di rimessione, «equivarrebbe ad affermare tre principi: - il primo, che il diritto di accesso *ex lege* n. 241/1990 potrebbe essere esercitato […] prima ed indipendentemente dal fatto che il giudice del procedimento autorizzi la produzione di determinati documenti […]; - il secondo, che l'accesso *ex lege* n. 241/1990 potrebbe essere esercitato anche cumulativamente, rispetto alle previsioni sulle acquisizioni secondo la normativa processualcivilistica; - il terzo, che l'accesso *ex lege* n. 241/1990 potrebbe essere esercitato anche quando il giudice del procedimento civile non abbia disposto il deposito della documentazione a carico delle parti o non abbia autorizzato le istanze istruttorie formulate dalle parti». In questo senso si v. anche Tar Lazio, Roma, Sez. II *ter*, sentenza 3 aprile 2018, n. 3702: «il diritto alla trasparenza dell'azione amministrativa costituisce situazione attiva meritevole di autonoma protezione indipendentemente dalla pendenza e dall'oggetto di una controversia giurisdizionale o di una potenziale controversia tra i privati e non è condizionata al necessario giudizio di ammissibilità e rilevanza cui è subordinata la positiva delibazione di istanze a finalità probatorie, tanto che è rimesso al libero apprezzamento dell'interessato avvalersi della tutela giurisdizionale prevista dall'art. 25, l. n. 241 del 1990 ovvero di conseguire la conoscenza dell'atto nel diverso giudizio pendente tra le parti mediante la richiesta di esibizione istruttoria».

cui alla legge n. 241 del 1990»[28]. Nondimeno, nelle pronunce più recenti la Sezione IV è ritornata sui suoi passi, mostrando nuovamente preferenza per l'orientamento più risalente[29].

Insomma, perdurava il dubbio se il diritto di accesso *ex* l. n. 241 fosse esercitabile indipendentemente dai mezzi di acquisizione probatoria contenuti nel c.p.c. ovvero se questi ultimi ne inibissero l'utilizzo.

La Plenaria nella già richiamata sentenza n. 21/2020 ha concluso nel senso della complementarietà tra diritto d'accesso e strumenti processuali di acquisizione documentale, ritenendo che la l. n. 241, attraverso l'accesso (che il Collegio definisce) difensivo (ossia quello dell'art. 24, co. 7), abbia contribuito ad arricchire il paniere di strumenti di ricerca in funzione probatoria contenuti nel c.p.c.

L'iter argomentativo della Plenaria si presenta molto articolato. Essa ha principiato osservando che la situazione legittimante l'accesso è distinta da quella legittimante l'impugnativa giudiziale, con la conseguenza che il diritto di accesso difensivo «non è riducibile a un mero potere processuale». Ciò vale segnatamente in relazione al giudizio civile, in cui l'azione volta a far valere la pretesa sostanziale è autonoma rispetto a quella finalizzata a reperire la documentazione utile a sostenere la difesa.

Ne consegue che l'accesso difensivo non presuppone necessariamente l'instaurazione o la pendenza in concreto di un giudizio: la disposizione di cui al co. 7 dell'art. 24, nel garantire la cura e la difesa degli interessi giuridicamente rilevanti, lascerebbe intendere la priorità logica della conoscenza degli elementi che occorrono per decidere se instaurare un processo e come costruire una strategia difensiva, fermo restando che alla domanda di accesso non deve per forza seguire un contenzioso in senso tecnico.

Considerata la equivalenza sotto il profilo effettuale, la Plenaria non manca di sottolineare la differenza tra l'accesso e gli strumenti di acquisizione probatoria propri del c.p.c. Secondo il Collegio l'accesso difensivo «ha una duplice natura giuridica, sostanziale e processuale». Quella sostanziale si risolve nell'essere strumentale alla tutela di una situazione giuridica finale; quella processuale invece si sostanzia nel rafforzamento della pretesa di conoscenza tramite la previsione di un'azione giurisdizionale, rendendo giustiziabile l'eventuale illegittimo diniego o silenzio (v. l'art. 116 c.p.a.). Viceversa, gli strumenti di acquisizione probatoria si muovono esclusivamente sul piano del processo; sono assoggettati alla prudente valutazione del giudice; i rigetti non sono autonomamente impugnabili, gli eventuali vizi dell'istruttoria rilevando come motivi di gravame della sentenza.

[28] Nell'ordinanza di rimessione si mette in rilievo che sposare la tesi restrittiva «equivarrebbe a dire che il privato non potrebbe mai azionare il diritto di accesso agli atti richiesti, pur se qualificati in senso sostanziale come atti amministrativi, dovendosi sempre rimettere, per la tutela delle proprie situazioni giuridiche, all'esercizio dei poteri istruttori del giudice civile, quando dunque il procedimento civile già pende».

[29] Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 29 luglio 2019, n. 5347.

Sicché tra le disposizioni riguardanti l'acquisizione documentale non vi sarebbe contrasto, in quanto operanti su piani diversi: bisogna infatti tenere «distinti, da un lato, la pretesa all'ostensione del documento nei confronti della pubblica amministrazione, intesa quale protezione accordata all'interesse sostanziale alla conoscenza e, dall'altro lato, il diritto alla prova, inteso come protezione dell'interesse processuale della parte alla rappresentazione in giudizio, attraverso un determinato documento, dei fatti costitutivi della domanda, subordinato alla duplice valutazione giudiziale della concludenza e della rilevanza dello specifico mezzo di prova».

Del resto – prosegue la Plenaria – la natura giuridica dei metodi di acquisizione probatoria previsti dal c.p.c. e le relative norme di attuazione non porrebbero alcun ostacolo al fatto che la parte di un processo provi a procurarsi documenti in possesso della P.A. tramite il diritto d'accesso.

Ed invero, gli strumenti di cui agli artt. 210, 211 e 213 c.p.c. costituiscono solo uno dei possibili metodi di acquisizione delle prove nel processo civile, accanto a quello della produzione documentale ad opera della parte.

Al fine di comprendere il rapporto tra detti metodi la Plenaria ritiene decisivo il fatto che per ottenere l'ordine giudiziale di esibizione è necessario (*ex* art. 118, co. 1, c.p.c.) che il documento richiesto sia indispensabile per conoscere i fatti della causa. Proprio il requisito della indispensabilità renderebbe – secondo la lettura offerta dal Collegio – gli ordini di esibizione in parola la *extrema ratio*, potendo essere adottati solo qualora la parte non sia in condizione di acquisire il documento attraverso altri strumenti preposti dall'ordinamento[30].

Sicché, al potere istruttorio di ordinare la esibizione *ex* artt. 210, 211 c.p.c. oppure di formulare richieste di informazioni alla P.A. *ex* art. 213 c.p.c. dovrebbe «attribuirsi natura sussidiaria e residuale rispetto alla possibilità, pratica o giuridica, che la parte abbia di procurarsi da sé, fuori dal processo (quindi anche attraverso lo strumento dell'accesso documentale difensivo ex art. 24, comma 7, l. n. 241/1990), le prove precostituite idonee a dimostrare i fatti da essa allegati, né i menzionati poteri processuali possono essere esercitati per supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova a carico della parte istante»[31].

---

[30] Secondo la Corte di cassazione i poteri istruttori del giudice disciplinati agli articoli 210, 211 e 213 cod. proc. civ. hanno carattere residuale, non potendo essere esercitati per acquisire atti o documenti della P.A. che la parte è in condizione di produrre (v. Cassazione civile, sez. III, sentenza 12 marzo 2013, n. 6101; sez. II, sentenza 11 giugno 2013, n. 14656).

[31] Ad analoghe conclusioni il Collegio perviene indagando i poteri istruttori d'ufficio di acquisizione documentale attribuiti al G.O. nei procedimenti in materia di famiglia, nei quali «– specie nei casi in cui non vengano in questione interessi di minori, dove il regime dell'onere di allegazione e di prova è più attenuato in ragione del carattere tendenzialmente indisponibile dei diritti in contesa – il principio per cui l'esercizio dei poteri, anche officiosi, di indagine attribuiti al giudice civile nei procedimenti in materia di famiglia richiede, da un lato, che la parte abbia fatto tutto quanto è in suo potere per offrire la prova dei fatti che è interessata a dimostrare, non essendo i poteri d'ufficio esercitabili per supplire eventuali carenze probatorie addebitabili alla

Ad avviso della Plenaria, dunque, la disciplina processualcivilistica non solo non rappresenta un limite all'esperibilità dell'accesso documentale (c.d. difensivo), ma addirittura «sembra presupporre (e in qualche modo imporre) il suo previo esperimento».

D'altra parte – aggiunge il Collegio – a fronte del beneficio che ne trarrebbe l'effettività della tutela, non vi sarebbe alcun pregiudizio per il controinteressato, ciò almeno per due ragioni.

In primo luogo, ai fini del bilanciamento tra diritto di accesso difensivo e tutela della riservatezza troverebbe applicazione il criterio generale della necessità della cura di un interesse giuridicamente rilevante, ritenuto dal legislatore tendenzialmente prevalente rispetto alla riservatezza. In secondo luogo, il controinteressato ha comunque a disposizione tutti gli strumenti procedimentali e processuali per difendere la propria posizione contrapposta a quella del richiedente l'accesso[32].

Così l'Adunanza plenaria esprime il principio di diritto secondo cui l'accesso documentale difensivo può essere esercitato indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio dei poteri giurisdizionali di esibizione di documenti amministrativi e di richiesta di informazioni alla P.A.

Le ragioni che spingono la Plenaria a preferire l'orientamento meno restrittivo sono evidenti: se si seguisse la tesi opposta si finirebbe per incidere in modo pregiudizievole sul diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e su quello alla formazione della prova, la realizzazione dei quali passa per la possibilità di usare tutti gli strumenti offerti dall'ordinamento per influire sull'accertamento del fatto sia in sede stragiudiziale e nella fase preprocessuale, sia poi eventualmente in sede processuale.

Dunque, al fine di consentire la più ampia tutela giurisdizionale possibile (non limitandola però al solo momento processuale) il rapporto tra l'istituto dell'accesso difensivo e i menzionati istituti processualcivilistici non può che essere ricostruito in termini di complementarietà.

In questa prospettiva l'accesso in parola supera gli angusti limiti del rapporto procedimentale tra il privato e la P.A., divenendo strumento per dimostrare i fatti costitutivi, impeditivi, modificativi o estintivi delle situazioni giuridiche qualificate[33],

---

parte che ne solleciti l'esercizio, e, dall'altro, che la stessa fornisca elementi di fatto specifici e circostanziati, idonei a rendere la contestazione della documentazione prodotta dalla controparte sufficientemente specifica da imporre un approfondimento istruttorio».

[32] Peraltro, l'accoglimento dell'istanza di accesso non rende il documento acquisito liberamente trattabile dal soggetto richiedente, il quale è tenuto a utilizzarlo esclusivamente ai fini difensivi per cui l'ostensione è stata richiesta.

[33] Qualunque essa sia, purché sia 'azionabile' in caso di lesione. Ciò rende utilizzabile l'accesso difensivo a prescindere dall'autorità giudiziaria eventualmente adita (ordinaria, amministrativa, contabile o altro giudice speciale).

indipendentemente dal contesto entro il quale l'interesse dell'istante può essere curato o difeso, quindi anche fuori dal processo e finanche in una lite tra privati.

5. *Qualche considerazione conclusiva.*

È così giunto il momento di rassegnare qualche breve considerazione conclusiva.

Si è visto che il diritto di accesso documentale non smette di far parlare di sé. L'attualità delle 'vicende' che lo hanno riguardato è da ricollegare, tra l'altro, al fatto che – nonostante, per un verso, la sua disciplina sia piuttosto risalente e, per altro verso, sia stato affiancato nel corso del tempo da strumenti (quantomeno in apparenza) più penetranti – esso si conferma come uno degli alleati più fedeli, nel senso di efficaci, della trasparenza amministrativa e, più in generale, della conoscenza.

A dispetto dei numerosi limiti che lo connotano geneticamente, il diritto di accesso disciplinato dalla l. n. 241 ha infatti finito per prevalere in ogni 'braccio di ferro' consumatosi con altri istituti rivolti all'acquisizione documentale. Ciò è accaduto ad esempio quando è stato messo 'in competizione' con l'accesso civico *generalizzato*[34] e, di recente, con i poteri di acquisizione probatoria del G.O.

La natura difensiva che lo caratterizza, la tassatività dei casi di esclusione – i quali non sono così difficilmente superabili in presenza della dimostrata necessità di difesa e cura di interessi giuridici propri dell'accedente –, la versatilità derivante dal paradigma normativo – che gli permette di manifestare la propria *vis* espansiva anche in ambiti non convenzionali – confermano il suo ruolo di baluardo della conoscenza.

Emblematico è il caso posto all'attenzione dell'Adunanza Plenaria, che – al netto di un percorso logico non propriamente lineare e di classificazioni teoriche non del tutto condivisibili – ha perentoriamente affermato che l'accesso documentale, dalla stessa denominato difensivo, possa essere esercitato indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio dei poteri del G.O. di esibizione di documenti amministrativi e di richiesta di informazioni alla P.A.; poteri cui la parte processuale deve attingere in via residuale.

---

[34] Ed invero, come osservato da C. CUDIA, *Pubblicità e diritto alla conoscibilità* cit., p. 112, i casi di esclusione dell'accesso *generalizzato* appaiono «più ampi ed incisivi di quelli previsti dall'art. 24 della l. 241/1990». Non è di questo avviso S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) e il suo coordinamento con istituti consimili*, in *www.federalismi.it*, 23, 2016, pp. 12-13. La giurisprudenza, comparando i due istituti in parola, ha altresì messo in rilievo che diverso appare anche il bilanciamento tra gli interessi in gioco effettuato dalla P.A. Tar Campania, Napoli, sez. VI, sentenza 30 settembre 2020, osserva infatti che, mentre *ex* l. n. 241/1990 «la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti», ove si tratti di quello *generalizzato* «le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti), ma più esteso, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) dei dati, documenti e informazioni». In tal senso, si v. anche, tra le varie, Tar Lazio, Roma, sez. I *quater*, sentenza 31 gennaio 2018, n. 1126.

La Plenaria ha fondato la propria tesi su una insolita classificazione delle varie tipologie di diritto d'accesso contenute nella l. n. 241, distinguendo un (non ben definito) accesso partecipativo –vocato a realizzare trasparenza e imparzialità – da quello difensivo – del tutto sganciato dalla logica procedimentale, la cui unica finalità sarebbe quella di garantire la difesa degli interessi giuridici dell'accedente. E così, tutte le volte in cui quest'ultima finalità viene a configurarsi, il diritto d'accesso dovrebbe essere concesso, senza che sia necessario verificare se allo stesso siano sottesi anche fini di carattere partecipativo, i quali divengono del tutto irrilevanti[35].
Come già accennato a più riprese la sentenza è difficile da condividere, tra l'altro perché pure l'accesso rivolto solamente alla cura degli interessi giuridici del richiedente finisce giocoforza per realizzare – seppur indirettamente – la trasparenza e conseguentemente l'imparzialità. A ben riflettere, il processo civile, come qualsiasi altro ambito nel quale l'accesso viene esercitato, finiscono per costituire una ulteriore occasione per rendere visibile e comprensibile l'operato della P.A.
La trasparenza, dunque, benchè 'ammaliata' da metodi di conoscenza in apparenza più efficaci – quelli giurisdizionali, ma pure quelli nelle mani del *quisque de populo* – per essere garantita in maniera piena ed effettiva mostra di avere bisogno segnatamente dell'accesso documentale.
La rilevanza e l'autonomia di quest'ultimo, se da un lato rassicurano i 'frontisti' del potere amministrativo, dall'altro mettono ancor più in evidenza la presenza di un vero e proprio cortocircuito normativo: a ben vedere, la molteplicità di strumenti di conoscenza non corrisponde necessariamente ad un incremento di trasparenza e di tutela; anzi essi determinano più che altro confusione, che rappresenta l'anticamera della opacità.
Concludendo, l'Adunanza plenaria n. 21/2020 costituisce un'ulteriore occasione di riflessione. Essa segnala infatti che una semplificazione in materia non è più rimandabile. Anzitutto andrebbe ripensato il diritto d'accesso, il quale sarebbe opportuno venisse ricondotto ad unità normativa, ciò che non comprometterebbe affatto il perseguimento di più finalità; andrebbero poi regolati (anche solo in linea di principio) i rapporti con gli altri metodi di acquisizione di documenti e informazioni

[35] Ciò a differenza di quanto sostenuto dai precedenti orientamenti favorevoli alla tesi restrittiva. Tra questi, Tar Lazio, Roma, sez. II, sentenza 12 ottobre 2016, n. 10175, sposando appunto una tesi diversa da quella poi fatta propria dalla Plenaria, ha osservato come «un interesse eterogeneo rispetto all'oggetto dell'azione amministrativa» non può legittimamente supportare l'istanza di accesso, in quanto «è totalmente estraneo alle finalità, non solo di carattere partecipativo, ma anche di imparzialità e trasparenza dell'attività amministrativa, cui sono preordinate le norme sull'accesso ai documenti dell'amministrazione, per cui la definizione di "interessati" di cui all'art. 22 l. n. 241 del 1990 va intesa nel senso di interesse coinvolto dall'attività amministrativa cui inerisce il documento di cui è chiesta l'ostensione (cfr. TAR Lazio, I, 8 marzo 2011, n. 2083)». Secondo il Tar Lazio, dunque, la concorrenza dello strumento previsto dall'art. 210 c.p.c. esclude, a maggior ragione, la possibilità di utilizzare il diritto di accesso, in quanto la relativa richiesta «neppure può essere supportata da un'eventuale mancanza di altri strumenti previsti dall'ordinamento per ottenere l'esibizione di documentazione da utilizzare nel processo civile».

al fine di delimitare i relativi ambiti di applicazione così da sottrarli a quell'incertezza che finisce paradossalmente per ridimensionare la portata di ciascuno di essi.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Una rivoluzione fiscale green e Capabilities Approach-oriented per accelerare la transizione verso un'economia più sostenibile ed inclusiva

di Salvatore Villani

(Ricercatore e Professore Aggregato di Scienze delle Finanze, Università degli Studi di Napoli "Federico II")

Sommario

1. Introduzione. – 1.1. Transizione ecologica, teoria del benessere e sistemi tributari – 1.2. Obiettivi e struttura dell'articolo. – 2. Le misure fiscali anti-Covid e la causa climatica. – 3. Produzione di energia, mitigazione del cambiamento climatico e benessere umano – 3.1. Il cambiamento climatico ed i suoi possibili effetti di retroazione sul benessere. – 3.2. Il ruolo dell'ambiente e delle questioni ambientali nel Capabilities Approach. – 3.3. Il contributo del Capabilities Approach nella riformulazione della questione dei beni comuni. – 4. La struttura dei sistemi tributari nel terzo millennio e l'incremento delle disuguaglianze. – 5. Una rivoluzione fiscale per ridurre le disuguaglianze e rafforzare la resilienza dei sistemi tributari. – 6. Conclusioni e proposte di policy.

Abstract

This paper tries to verify to what extent a fuller integration of the theory of human well-being into strategic policies adopted to reduce the effects of climate change could help to accelerate a transition to a sustainable and inclusive economy. In particular, it aims to show how the enlargement of the tax area according to new criteria of distributive justice inspired by the *Capabilities Approach* could serve to increase the mobility of social assets and to increase the resilience of public finance systems.

1. *Introduzione.*

1.1. *Transizione ecologica, teoria del benessere e sistemi tributari.*

Gli effetti del cambiamento climatico sono sempre più tangibili ed interessano tutte le regioni del pianeta, spingendo quest'ultimo verso un punto oltre il quale i danni alle condizioni di esistenza dell'umanità potrebbero diventare gravissimi ed irreversibili[1]. Il livello dei mari continua, infatti, ad aumentare, i ghiacciai si stanno sciogliendo sempre più rapidamente e molte specie si stanno spostando dalle zone equatoriali, o prossime all'Equatore, verso le regioni polari alla ricerca di condizioni più adatte alla loro sopravvivenza.

Tale cambiamento, sostengono di comune accordo gli scienziati, è dovuto principalmente alle attività umane e ai sistemi attuali di produzione (basati su tecniche *capital-intensive* e *labour-saving*) e di consumo (che determinano l'esaurimento del capitale naturale disponibile, dal quale dipende il benessere della generazione attuale e di quelle future), palesemente in contrasto con le regole biologiche che caratterizzano gli ecosistemi terrestri[2]. Per definire i devastanti effetti sugli ecosistemi delle attività umane è stata coniata persino una nuova nozione, che è attualmente al centro di un vivo dibattito di natura interdisciplinare sulle sue caratteristiche e sulla sua periodizzazione[3]. Ci riferiamo alle attuali discussioni sul significato e sulle origini della nozione di Antropocène, termine coniato dal premio Nobel per la chimica dell'atmosfera, Paul Crutzen, per definire l'epoca geologica in cui l'ambiente terrestre, inteso come l'insieme delle caratteristiche fisiche, chimiche e biologiche in cui si svolge ed evolve la vita, è fortemente condizionato, a scala sia locale che globale, dagli effetti delle attività umane[4]. Non essendo un periodo accolto nella scala cronostratigrafica internazionale del tempo geologico (secondo i dettami dell'ICS, *International Commission of Stratigraphy*), l'Antropocène si fa coincidere con l'intervallo di tempo che collega il tempo presente all'epoca della rivoluzione industriale, il momento storico in cui è iniziato – secondo le misurazioni degli studiosi effettuate tra il 1958 e il 2017 nell'osservatorio di Mauna Loa nelle isole Hawaii – l'ultimo consistente aumento delle concentrazioni di CO^2 e CH^4 nell'atmosfera. A partire da questo periodo, infatti, l'impatto dell'uomo sugli ecosistemi sembra essere progressivamente aumentato, veicolato anche da un

[1] Secondo un recente studio internazionale pubblicato sul "Nature" (Lenton et al., 2019), la situazione climatica della Terra è davvero molto delicata: il pianeta avrebbe già raggiunto, sebbene non ancora oltrepassato, ben nove punti di non ritorno (*nine tipping points*). Se dovessero verificarsi interazioni tra essi o effetti dannosi a cascata, non è possibile escludere un *tipping point globale*, ovvero una minaccia esistenziale alla civiltà umana. In tal caso, nessuna analisi costi-benefici potrà aiutarci, ad eccezione di un radicale cambiamento di approccio al problema, basato su una strategia di cooperazione globale. Non è possibile, infatti, pensare di risolvere un problema mondiale senza un piano d'azione globale. Al riguardo, v. *amplius* Sachs (2008), cap. IV.

[2] Cfr. UNEP (2015), Pogutz-Micale (2011) e Lebel-Lorek (2008).

[3] Per un'ampia ed accurata ricostruzione di questo dibattito, v. Heikkurinen (2017), Mcneill-Engelke (2016), Lewis-Maslin (2018), Stewart (2018) e, più recentemente, Lai (2020).

[4] Cfr. Crutzen (2004).

aumento di 10 volte della popolazione mondiale, ed essersi tradotto in sostanziali alterazioni degli equilibri naturali, che gli scienziati consigliano vivamente di ripristinare prima che le condizioni dell'esistenza umana sulla Terra siano irreversibilmente compromesse.

Le organizzazioni internazionali – e fra queste, in particolare, l'OCSE (2005) – raccomandano da tempo di potenziare le politiche fiscali di tipo ambientale e di ridurre gradualmente il peso dei sussidi economici ai combustibili fossili, poiché incoraggiano gli sprechi, contribuiscono all'aumento delle emissioni ed ostacolano gli sforzi per una maggiore penetrazione delle fonti di energia pulita, penalizzando inutilmente i bilanci pubblici.

L'adozione di un modello di sviluppo economico sostenibile passa, dunque, inesorabilmente attraverso la realizzazione di riforme fiscali ecologiche, e cioè dirette ad incoraggiare la transizione verso la *green economy* e a perseguire il cd. «doppio dividendo» derivante dalle imposte ambientali. Tuttavia, le misure per ridurre gli effetti del cambiamento climatico sul *well-being* potrebbero confliggere con molte forme contemporanee di raggiungimento del benessere, ancora fortemente dipendenti dall'uso di energia derivata dai combustibili fossili. Per questa ragione, la questione principale che richiede urgentemente la massima attenzione dei *policy makers* riguarda gli effetti sul benessere delle varie forme di mitigazione e di adattamento al cambiamento climatico. Molte di esse comportano, infatti, il cambiamento dei processi di produzione, dei comportamenti di consumo e degli stili di vita. Tale cambiamento potrebbe avere, tuttavia, effetti sproporzionati su alcuni settori economici e sui gruppi sociali più vulnerabili da un punto di vista energetico, come le famiglie che, avendo un reddito insufficiente o affrontando improvvisi problemi economici, sociali o di salute, non riescono più a far fronte alle spese della vita quotidiana, a partire dal pagamento delle utenze energetiche, o vivono in abitazioni energeticamente inefficienti.

Le abitudini di consumo e gli stili di vita stanno cambiando, fra l'altro, anche a seguito della spaventosa crisi sanitaria che ha investito il pianeta e qualcuno ha iniziato a chiedersi se questo possa rappresentare l'inizio di una svolta significativa[5]. Tali cambiamenti nei comportamenti individuali stanno già determinando, infatti, a parere degli esperti, una imponente riduzione delle emissioni globali: entro la fine del 2020 è previsto un calo delle emissioni di gas serra del 4%, un fenomeno che non si verificava da decenni[6]. Le emissioni sono calate, infatti, anche durante la crisi finanziaria del 2008 e gli *shock* petroliferi degli anni Settanta, ma sono poi risalite una volta superata l'emergenza. Si teme, pertanto, che questi progressi nella lotta al cambiamento climatico possano poi essere vanificati dalle misure di stimolo

[5] Cfr. Crist (2020).
[6] Cfr. Evans (2020).

all'economia stabilite dai governi di tutto il mondo. Una ripresa dell'attività produttiva che implichi una repentina risalita del livello delle emissioni contribuirebbe indubbiamente a rilanciare l'economia, determinando un incremento del prodotto interno lordo. L'effetto sull'ambiente e sul benessere economico potrebbe essere, tuttavia, controproducente. L'attuale situazione, infatti, potrebbe sottrarre risorse ed impegno politico alla causa climatica, ritardando o addirittura bloccando la transizione energetica verso modelli di sviluppo più sostenibili ed inclusivi. In altri termini, e come mostreremo nel prosieguo di questo lavoro (v. § 2), i cambiamenti nelle abitudini personali causati dall'emergenza pandemica potrebbero risultare inutili a risolvere il "dilemma ambientale" se i governi del pianeta decidessero di aumentare gli investimenti nei tradizionali processi di produzione industriale, invece di proseguire verso una completa decarbonizzazione dell'economia globale[7].

È evidente che il discorso sulle strategie più idonee a fronteggiare il cambiamento climatico – oppure altri eventi disastrosi, come le crisi economiche e sanitarie – dovrebbe essere meglio integrato con gli assunti teorici della teoria del benessere[8]. Una più completa integrazione di quest'ultima nelle strategie adottate per ridurre l'impatto economico e sociale del cambiamento climatico potrebbe contribuire ad evitare i potenziali conflitti (tensioni) tra le misure di mitigazione concretamente applicate ed il consumo dell'energia derivata dai combustibili fossili. A tal fine, alcuni studiosi ritengono che le misure di mitigazione dei cambiamenti climatici ed i consumi di combustibili fossili non possono essere considerati separatamente dalle loro relazioni con il benessere e che, pertanto, è necessaria una nuova concezione filosofica ed economica, che sia capace di catturare le complesse relazioni tra i suddetti fenomeni contrastanti. Tale concezione dovrebbe ispirarsi al *Capabilities Approach* e consentire di inquadrare le potenziali implicazioni per il benessere dei «conflitti energetici» tra consumo dell'energia derivata dai combustibili fossili e mitigazione del cambiamento climatico come questioni di giustizia[9].

1.2. *Obiettivi e struttura dell'articolo.*

[7] Nicholas Stern, nel suo famoso rapporto del 2006 sul cambiamento climatico, illustrò per la prima volta la gravità dei rischi dell'inazione o di un intervento tardivo volto a fronteggiare il cd. "dilemma ambientale". È evidente che ulteriori investimenti nei tradizionali processi di produzione industriale, effettuati al fine di rilanciare l'economia dei paesi colpiti dall'emergenza sanitaria da *Coronavirus*, potrebbero produrre effetti ancor più gravi ed irreversibili rispetto a quelli che erano stati da lui originariamente prospettati. Cfr. ancora Evans (2020) e Sulistiawati-Linnan (2020).

[8] Anche altri studiosi del cambiamento climatico e delle sue conseguenze hanno espresso recentemente la stessa esigenza. Cfr., *infra alios*, Lamb-Steinberger (2017) e Wood-Roelich (2019).

[9] Wood-Roelich (2019).

Il presente lavoro si muove all'interno del percorso tracciato da Wood e Roelich[10](v. § 3), ma mira a svilupparlo ulteriormente da un punto di vista operativo, mostrando come le riforme fiscali ecologiche contemporanee, se ispirate al *Capabilities Approach*, potrebbero più efficacemente contribuire a realizzare un sistema energetico globale inclusivo, sostenibile, accessibile e sicuro, che fornisca soluzioni alle sfide energetiche e, nel contempo, crei valore per le imprese e per l'intera società civile, senza compromettere l'equilibrio fra i tre elementi fondamentali del *tensions triangle* descritto da Wood e Roelich (consumo dell'energia derivata dai combustibili fossili, mitigazione del cambiamento climatico e *well-being attainment*).

È da alcuni decenni ormai che si rileva come i suddetti cambiamenti in corso nell'ambiente hanno ripercussioni di natura economica e sociale che mettono a dura prova la sostenibilità non solo del settore finanziario, ma anche dei sistemi di finanziamento pubblici intesi nel loro complesso. In diversi paesi, sono in corso dibattiti sull'impatto economico e sociale dei suddetti cambiamenti e sono state progettate e/o realizzate riforme per rendere i moderni sistemi tributari più resilienti, ovvero più idonei ad affrontare adeguatamente le nuove sfide economiche, sociali e tecnologiche del XXI secolo (v. § 4). Questo lavoro intende mostrare come l'allargamento dell'area impositiva secondo nuovi criteri di giustizia distributiva ispirati al *Capabilities Approach* potrebbe servire ad aumentare la mobilità degli assetti sociali e a sviluppare strategie di adattamento dei sistemi di finanza pubblica ai cambiamenti prodotti non solo dalle emergenze ambientali, ma anche da altri fenomeni improvvisi ed avversi, come le crisi economiche e le significative perdite di gettito causate dall'adozione di pratiche fiscali non trasparenti o dannose.

Il lavoro affronta, pertanto, la delicata questione dell'ammissibilità di tributi correlati al benessere degli individui, misurato sulla base di indicatori e parametri non monetari, come le *capabilities*[11], e prende in esame la proposta di istituire imposte sui cosiddetti «beni comuni globali» – come l'atmosfera, il clima, la salubrità dell'ambiente, gli oceani, il bagaglio di conoscenza umana e tutti quei beni, come Internet, che sono frutto della creazione collettiva[12] – e di redistribuirne il gettito per

[10] Ci riferiamo all'impianto teorico descritto in Wood-Roelich (2019).

[11] L'opportunità di utilizzare indicatori della capacità contributiva correlati alle *capabilities* è stata sostenuta con forza, in una prospettiva redistributiva, da Gallo (2007, 2012a, 2012b, 2013a, 2013b, 2013c, 2014 e 2015). In seguito, tuttavia, anche altri autori ne hanno condiviso l'impostazione di fondo. Per una valutazione critica di questa proposta v., invece, Lanzi (2010) e Stevanato (2014), pp. 419-429.

[12] Solitamente, in letteratura, si individuano tre categorie di beni comuni:

a) una prima categoria comprende i *beni comuni materiali naturali*, legati ai quattro elementi naturali essenziali alla vita individuati da Empedocle nel IV sec. a.C. (acqua, aria, terra e fuoco), definiti anche *beni comuni naturali*, o *locali*, in riferimento non solo e non sempre alla risorsa materiale su cui insistono, ma anche alla comunità che se ne serve o li gestisce; si tratta dei beni di sussistenza da cui dipende la vita, in particolare quella degli agricoltori, dei pescatori e dei nativi che vivono grazie alle risorse naturali; a questa categoria di beni comuni appartengono anche i saperi e i semi selezionati nei secoli dalle popolazioni locali, il patrimonio genetico dell'uomo e di tutte le specie vegetali e animali e la biodiversità;

ridurre le disuguaglianze economiche e la povertà (v. § 5). La rapacità del capitalismo è responsabile, infatti, del progressivo esaurimento di queste risorse destinate a soddisfare interessi della collettività e perciò meritevoli di tutela. È oggi più che mai urgente una seria riflessione su come difenderli, obbligando coloro che ne dispongono, o che si trovano in situazioni di particolare vantaggio rispetto ad essi, a sopportarne i costi, evitando che essi vengano poi a ricadere sull'intera collettività sotto forma di danni.

In particolare, l'articolo si struttura come segue. Nel secondo paragrafo sono esposte alcune delle questioni con cui molti dei paesi più avanzati dovranno cimentarsi nei prossimi anni, per accompagnare il processo di transizione della loro economia verso modelli di sviluppo più sostenibili ed inclusivi, all'indomani della recessione globale scatenata dal nuovo *Coronavirus* noto col nome di *Covid-19*. Dopo una breve descrizione dei pacchetti di stimolo fiscale varati, o in corso di approvazione, in molti di questi paesi, sono presentate alcune valutazioni di massima sull'efficacia delle misure adottate e sulla loro compatibilità con la causa climatica. Le politiche *green* sono risultate le più desiderabili in assoluto, perché adatte sia a ridurre l'impatto ambientale dei sistemi energetici sia a stimolare la crescita economica nei paesi colpiti dalla pandemia. Nel terzo paragrafo sono analizzate le relazioni tra le diverse forme di utilizzo/produzione dell'energia, la mitigazione climatica, ed il benessere umano. Questa parte dell'articolo è diretta, in particolare, ad evidenziare come il dibattito sulle politiche pubbliche più idonee a ridurre l'impatto economico e sociale del cambiamento climatico debba essere integrato con gli assunti teorici del *Capabilities Approach* ideato da Amartya Sen e da Martha Nussbaum. Tale approccio, infatti, oltre ad essere utile per la progettazione di politiche ambientali che favoriscano la transizione ecologica dell'economia globale, potrebbe diventare determinante per la comprensione e la risoluzione dei conflitti energetici tra le misure di mitigazione ambientale ed il consumo di energia derivante dai combustibili fossili. Nel quarto e nel quinto paragrafo, alla luce delle più recenti tendenze nell'evoluzione dei sistemi tributari e delle profezie sulla fiscalità del terzo millennio, formulate alla fine del secolo scorso da Giulio Tremonti, è presa in considerazione l'idea di creare sistemi di

---

b) una seconda categoria comprende i *beni comuni globali*, come l'atmosfera, il clima, gli oceani, la sicurezza alimentare, la pace, ma anche la conoscenza, i brevetti e Internet, cioè tutti quei beni che sono frutto della creazione collettiva; tali beni solo recentemente sono stati inclusi nella categoria dei beni comuni, dal momento cioè in cui sono sempre più invasi ed espropriati, ridotti a merce, recintati od inquinati, ed il loro l'accesso è sempre più minacciato;

c) una terza categoria è quella dei *beni pubblici globali*, vale a dire i beni e i servizi pubblici forniti dai governi in risposta ai bisogni essenziali dei cittadini, bisogni che ovviamente variano nel tempo; si tratta di servizi quali l'erogazione dell'acqua e della luce, il sistema dei trasporti, la sanità, il controllo delle malattie infettive, la sicurezza alimentare e sociale, la stabilità finanziaria, gli aiuti umanitari e l'amministrazione della giustizia; i processi di privatizzazione di alcuni di questi servizi ne mettono a rischio l'accesso universale.

Sulla definizione di bene comune globale e sulle diverse forme di classificazione dei beni comuni, cfr. Bizzarri (2005), Rosser Jr. (2009), Ricoveri (2010) e, più recentemente, Termini (2016).

tassazione più equi e più attenti alle questioni ambientali, oltreché alle esigenze delle persone economicamente o socialmente svantaggiate. È discussa, in modo particolare, la delicata questione dell'ammissibilità di tributi correlati al benessere degli individui, misurato sulla base di indicatori e parametri non monetari, come le *capabilities*, ed è presentata l'idea di realizzare un sistema tributario fondato sull'impianto concettuale proposto da Sen e dalla Nussbaum e diretto a: 1) limitare lo sfruttamento dei cosiddetti "beni comuni globali"; 2) superare i summenzionati conflitti energetici tra le misure di mitigazione ambientale ed il consumo di energia prodotta dai combustibili fossili; 3) rafforzare la resilienza dei sistemi economici, finanziari e previdenziali, riducendo le disuguaglianze nella distribuzione della ricchezza, nelle dotazioni di capitale umano e nella fornitura di servizi pubblici ed infrastrutture, che congiuntamente ostacolano il pieno sviluppo della persona umana. Nel sesto paragrafo sono esposte le conclusioni del lavoro ed alcune proposte di *policy* volte a contrastare il cambiamento climatico, come quella di istituire una tassa multilaterale e coordinata sulle emissioni di gas serra o di prevedere agevolazioni fiscali a favore dei cosiddetti *fuel poors* ("poveri di energia"), vale a dire dei soggetti che non riescono ad acquistare nemmeno quel livello minimo di energia che servirebbe a garantire loro uno *standard* di vita dignitoso ed una buona salute.

2. *Le misure fiscali anti-Covid e la causa climatica.*

La pandemia da *Coronavirus* (*Covid-19*) ha generato, come si è detto, per moltissimi paesi, una gravissima emergenza sanitaria e sta già producendo una non meno grave crisi economica[13]. In risposta al peggioramento delle prospettive di crescita e all'incremento della volatilità dei mercati, le autorità di molti paesi hanno deciso di adottare forti misure espansive a sostegno dei redditi di famiglie e imprese, del credito all'economia e della liquidità sui mercati[14]. La maggior parte dei paesi OCSE coinvolti nell'emergenza sanitaria ha messo in campo una serie di provvedimenti straordinari, unici per ambito estensione e per rapidità di azione. Le risorse poste a disposizione non sono state, tuttavia, in molti casi all'altezza della situazione e l'erogazione diretta di denaro ai soggetti più vulnerabili e alle imprese è stata sinora limitata a pochi paesi. La maggior parte dei paesi è intervenuta per sostenere la liquidità delle imprese, stabilendo differimenti nel pagamento delle imposte e dei contributi, facilitando l'accesso al credito e con strumenti di prestito specifici. Due terzi dei paesi OCSE ha istituito o rafforzato misure di sostegno al reddito dei

[13] L'OCSE, nel suo ultimo rapporto sull'impatto economico della pandemia (cfr. OCSE, 2020), ha previsto che la crescita del PIL globale annuo scenderà al 2,4% nel 2020, da un già debole 2,9% nel 2019, e ritornerà a crescere ad un ritmo più sostenuto (3,3%) nel 2021, ammesso sempre che non si assista ad una probabilissima risalita dei contagi nella seconda parte del corrente anno.

[14] Per un confronto dettagliato tra le misure di emergenza adottate finora nei 32 paesi che il FMI considera "economie avanzate" per rispondere alla crisi economica causata dal Coronavirus, v. Angei *et al.* (2020).

lavoratori (dipendenti e autonomi) ed introdotto od ampliato forme di cassa integrazione per consentire alle imprese di ridurre l'orario di lavoro senza licenziare. Pochissimi paesi hanno, invece, adottato misure a tutela dell'ambiente o deciso interventi finalizzati a mitigare il cambiamento climatico e a favorire l'adattamento ai mutamenti del clima. Questi ultimi, infatti, sono spesso considerati costosi e visti come un ulteriore peso per l'economia. Pertanto, le politiche ambientali ed i risultati raggiunti sinora dai governi nella lotta al cambiamento climatico rischiano di essere vanificati dagli effetti economici della pandemia di *Coronavirus*.

Un esempio è emblematico. In Cina, la Banca centrale, prevendendo un drastico calo del PIL ed una probabile recessione, ha adottato diverse misure di sostegno all'economia e ai mercati finanziari. Alcune di esse hanno segnato, tuttavia, se non un'inversione di rotta, almeno un rallentamento nell'attuazione delle norme sulla protezione dell'ambiente contenute nei più recenti documenti di pianificazione socio-economica varati dal governo cinese[15]. Pechino ha rivisto, infatti, i suoi obiettivi sulla mobilità pulita riclassificando i veicoli ibridi benzina-elettrici e rendendo, in questo modo, più agevole alle case automobilistiche il rispetto delle quote di produzione di veicoli NEV (*Neighborhood Electric Vehicles*), ossia di veicoli elettrici che non producono emissioni di scarico. Si tratta ovviamente di un cambiamento mirato a dare respiro a tutta la filiera dell'auto, colpita duramente dalla pandemia, e ad apportare benefici alle imprese *leader* del settore. Tale cambiamento, tuttavia, se il governo cinese dovesse continuare a prevedere ulteriori misure di questo genere nel tentativo di rilanciare la sua economia, potrebbe cancellare i progressi faticosamente compiuti in passato da Pechino verso un modello di sviluppo più sostenibile[16].

Un rischio analogo si ravvisa nel caso di un'altra delle più importanti economie emergenti maggiormente responsabili dei livelli di gas serra presenti oggi nell'atmosfera, e cioè l'India. Questo paese ha registrato infatti, nel primo quadrimestre del 2020, un calo delle emissioni di CO_2 senza precedenti, invertendo un *trend* di crescita che resisteva da oltre 37 anni. Una iniziale riduzione delle emissioni dell'1% era stata prodotta, a quanto risulta da alcuni recenti studi[17], da tre concause: 1) un rallentamento dell'economia indiana verificatosi nei primi mesi del

[15] Dal 1° gennaio 2015, in Cina è entrata in vigore la nuova legge per la protezione ambientale, che manifesta la volontà del Governo cinese di incorporare la protezione ambientale nella pianificazione socio-economica.

[16] La questione delle conseguenze causate dall'alto livello di inquinamento atmosferico, della terra e dell'acqua nella maggior parte della Cina, soprattutto nelle grandi città, ha portato gradualmente il Governo cinese ad adottare nuove leggi, decreti e standard nazionali in materia di tutela ambientale. Ricordiamo alcuni degli interventi legislativi più rilevanti in materia di prevenzione e controllo dell'inquinamento atmosferico: la *Law on Prevention and Control of Atmospheric Pollution*, la *Environmental Impact Assessment Law*, la *Cleaner Production Promotion Law*, la *Renewable Energy Law*, la *Energy Conservation Law*, la *Water Pollution Control Law*, la *Circular Economy Promotion Law* e la *Vehicles and Ships Tax Law*.

[17] Il miglioramento della qualità dell'aria prodotto dal blocco forzato della produzione è stato confermato da numerose analisi effettuate mediante l'utilizzo di svariati strumenti di misurazione. Per una sintetica rassegna, v. Chandrashekhar (2020).

2019; 2) la crescita della produzione di energie rinnovabili; 3) il diffondersi della pandemia da nuovo Coronavirus SARS-CoV-2, iniziata nel 2019 e non ancora esauritasi. È stato, tuttavia, l'improvviso blocco della produzione deciso a marzo dal governo nazionale ad aver invertito il suddetto *trend* di crescita delle emissioni indiane. Le emissioni di anidride carbonica del paese sono così diminuite del 15% durante il mese di marzo e del 30% ad aprile. Se però l'emergenza sanitaria ha costretto le autorità indiane (e mondiali) a tirare il freno, rallentando le attività economiche e di conseguenza la produzione di emissioni inquinanti, il governo indiano in piena pandemia ha continuato ad approvare una serie di importanti progetti industriali e ad allentare le norme per la valutazione dell'impatto ambientale delle grandi opere, rischiando così di annullare gli effetti di riduzione dell'inquinamento prodotti durante il *lockdown*[18].

L'impegno dei paesi europei in questo campo sembra, invece, più concreto. L'Unione europea ha previsto, in particolare, di dedicare un quarto del proprio bilancio alla lotta ai cambiamenti climatici e ha istituito un Piano di investimenti per un'Europa sostenibile (COM(2020)21) ed un *Fondo per la transizione giusta* (COM(2020)22), con una dotazione davvero consistente (7,5 miliardi di euro) che rappresenta uno dei pilastri del *Meccanismo per una transizione giusta*, volto a mobilitare investimenti a favore delle regioni più esposte alle ripercussioni negative della transizione a causa della loro dipendenza dai combustibili fossili o da processi industriali ad alta intensità di gas a effetto serra.

La Commissione europea ha inoltre annunciato la presentazione di:

1) una strategia industriale basata sulla digitalizzazione e le nuove tecnologie per decarbonizzare e modernizzare le industrie ad alta intensità energetica;
2) una proposta per la produzione di acciaio a zero emissioni di carbonio (entro il 2020);
3) il rilancio del piano d'azione strategico sulle batterie del 2018, anche in vista della prevista maggiore diffusione dei veicoli elettrici.

Ulteriori misure sono state preannunciate, infine, per realizzare in modo compiuto l'economia circolare e per promuovere cicli produttivi e prodotti sostenibili.

Il 21 luglio, superando le resistenze dei paesi "parsimoniosi" del Nord Europa, è stata persino raggiunta una storica intesa sullo stanziamento di 1.074 miliardi per il bilancio 2021-27 (il cosiddetto *Quadro Finanziario Pluriennale*) e di altri 750 miliardi per le misure del fondo *Next Generation Eu* contro l'impatto del Covid-19 (il cd. *Recovery Fund*). Questi interventi segnano, tuttavia, un accordo al ribasso sul fronte della lotta al cambiamento climatico e della sostenibilità. Il rispetto degli obiettivi del *Green Deal europeo*, proposto prima della pandemia dalla presidente della

[18] Cfr. ancora Chandrashekhar (2020).

Commissione Ursula von der Leyen, resta in buona sostanza dipendente dalla buona volontà dei governi e dai piani di sostenibilità delle finanze pubbliche nazionali.
È vero, inoltre, che almeno il 30% degli stanziamenti di bilancio a lungo termine e del *Recovery Fund* saranno dedicati a raggiungere gli obiettivi climatici, in virtù dei quali l'Unione si è impegnata ad attuare l'Accordo di Parigi e le intese sullo sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite, ma l'accordo ha comportato tagli alla spesa pubblica per il clima e a programmi ambientali. Ad esempio, il Fondo per la transizione energetica equa (*Just Transition Fund*, Jtf) ha subìto una riduzione a 17,5 miliardi dai 40 proposti inizialmente.
Tra i paesi dell'UE, la Germania sta svolgendo il ruolo di apripista nella svolta *green* del Vecchio Continente. L'anno scorso ha infatti annunciato un importante piano di tutela ambientale (il cd. *Klima Paket*) da ben 54 miliardi, spalmati in 4 anni, con l'obiettivo di favorire la mobilità sostenibile, l'utilizzo di sistemi per il riscaldamento domestico più ecologici e la creazione di un sistema di certificati per l'emissione di CO_2 in quei settori non inclusi nel mercato europeo ETS (*Emissions Trading Scheme*)[19].
L'impatto economico della pandemia è stato tuttavia dirompente per il Paese e, nonostante l'approvazione dell'ambizioso piano di riforma, la Germania non è riuscita a centrare l'obiettivo di riduzione delle emissioni fissato dall'UE.
Il caso tedesco ha suscitato molto clamore mediatico. Si tratta, infatti, di un caso emblematico, avendo la Germania presentato il suo piano mentre era sull'orlo della recessione tecnica, con lo scopo di conciliare l'obiettivo dello sviluppo economico con quello della lotta al cambiamento climatico. È interessante notare, tuttavia, come all'esperienza di questo paese si siano ispirati anche altri Paesi europei (Polonia, Francia, Belgio, Lituania, Irlanda e Paesi Bassi) che, in risposta alle sfide poste dagli *environmental dilemmas*, sono già da alcuni anni impegnati per rendere il proprio modello di crescita e di sviluppo sempre meno dipendente dal carbonio. Alcuni di essi (i paesi dell'Europa orientale, per esempio) sono oggi preoccupati per i costi economici e sociali della transizione energetica, dal momento che la loro economia è improntata ad un modello fortemente inquinante. Un problema non di poco conto in questo senso è costituito dalla drastica riduzione, prevista in conseguenza della pandemia da *Coronavirus*, del Jtf, il fondo istituito nell'ambito delle negoziazioni sul *Recovery Fund* per favorire la transizione energetica di quelle aree europee maggiormente legate a produzioni inquinanti.
Difficile dire se il *Green Deal* lanciato dalla presidente della Commissione Ursula Von der Layen sarà implementato, in quanto tempo, e quale sarà il suo grado di incidenza

[19] Il *Klima Paket* dovrebbe essere finanziato per una parte modesta mediante i ricavi provenienti da questo schema di certificati e, in misura più ampia, attraverso la costituzione di un veicolo privato *ad hoc*, operante al di fuori del perimetro della pubblica amministrazione, il cui capitale sarebbe raccolto principalmente presso gli investitori attraverso l'emissione di maxi-obbligazioni *green* e sostenuto da una partecipazione statale *una tantum*. Il veicolo concederebbe prestiti per finanziare progetti conformi a determinati requisiti di sostenibilità ambientale.

a livello mondiale. Negli Stati Uniti, intanto, il presidente in carica Donald Trump e Joe Biden, il suo avversario alle presidenziali (ancora in corso nel momento in cui si scrive), hanno mantenuto posizioni radicalmente diverse sulla politica climatica e su altre problematiche ambientali, come ad esempio le infrastrutture per l'energia pulita e la tutela del territorio. Essenzialmente, tuttavia, la visione del presidente americano non è cambiata dal 2016. Egli fin da subito si è mostrato ben poco sensibile ai problemi ambientali e ha più volte espresso il suo scetticismo sulla realtà dei cambiamenti climatici e della loro origine. Biden, dal canto suo, per quanto concerne le questioni ambientali, ha dichiarato di voler procedere in una direzione completamente opposta rispetto a quella di Trump e di voler impostare una rigida scadenza temporale entro la quale gli Stati Uniti dovranno avere zero emissioni. Se ne deduce che la scelta degli elettori americani su quale inquilino mandare alla Casa Bianca nei prossimi quattro anni potrebbe avere un effetto decisivo sulle sorti della decarbonizzazione e del settore petrolifero statunitense, e quindi anche sulla rapidità della transizione energetica mondiale.

Nel frattempo, la crescita economica globale risulta gravemente compromessa e, stando alle previsioni del Fondo Monetario Internazionale (cfr. FMI, 2020), l'economia globale dovrebbe tornare a crescere (del 5,8%) solo nel 2021. I rischi per esiti ancor più gravi restano, tuttavia, considerevoli. Le simulazioni del FMI mostrano, infatti, che le prospettive economiche di medio termine dipendono dalla capacità di paesi ed istituzioni internazionali di agire efficacemente e con tempestività per evitare che l'impatto della pandemia abbia effetti persistenti sulla fiducia, sugli investimenti e sulla solidità dei sistemi finanziari.

La questione che a questo punto si pone è: una recessione globale potrebbe rallentare, o addirittura fermare, il processo di transizione dell'economia globale verso modelli di sviluppo più sostenibili ed inclusivi? E, più in particolare, il dilemma cruciale con cui i governi del mondo dovranno cimentarsi è il seguente: i programmi di salvataggio e di stimolo fiscale varati o in corso di approvazione in molti dei paesi colpiti dal *virus* riusciranno a rilanciare in modo efficace la crescita economica senza sottrarre risorse ed impegno politico alla causa climatica?

Alcuni studiosi hanno già tentato di fornire una risposta a queste domande. Una ricerca realizzata nel mese di maggio 2020 da un gruppo di esperti di fama internazionale coordinato dal Prof. Hepburn dell'Università di Oxford[20] sono stati esaminati circa 700 pacchetti di stimoli fiscali, classificabili in 25 tipologie di interventi, ed è stato intervistato un cospicuo numero (231) di analisti e studiosi di tutto il mondo (tra cui, funzionari di banche centrali e di ministeri delle Finanze, accademici ed esponenti di numerosi *think thank*), cui è stato chiesto di valutare l'efficacia relativa delle misure prese in esame, in base alla loro velocità di attuazione,

[20] Cfr. Hepburn *et al.* (2020).

all'effetto moltiplicatore, al potenziale impatto sul clima e alla loro "desiderabilità complessiva". I dati hanno mostrato che le misure a favore del clima sono da ritenere più vantaggiose rispetto a quelle "tradizionali" non solo nel rallentare il riscaldamento globale, ma anche in termini di impatto economico complessivo. Le politiche *green*, infatti, avrebbero la capacità di produrre maggiore occupazione, offrire rendimenti più elevati nel breve termine e generare maggiori risparmi sui costi nel lungo termine. Esse, inoltre, produrrebbero – attraverso la diminuzione dei costi reali dell'energia – una serie di altri benefici, come la riduzione delle disuguaglianze sociali e sanitarie.
Tali conclusioni si rivelano estremamente interessanti se considerate nella prospettiva di analisi che intendiamo proporre in questo scritto: in un mondo globalizzato ed iper-connesso, dominato dall'incertezza e segnato dal cambiamento climatico – che è determinato all'eccessiva dipendenza delle nostre economie dai combustibili fossili ed influisce sul funzionamento degli ecosistemi, favorendo anche la diffusione di agenti patogeni e l'insorgere di nuove epidemie – le politiche economiche *green* possono essere considerate come le più desiderabili in assoluto, essendo contemporaneamente adatte a ridurre l'impatto ambientale dei sistemi energetici e a stimolare la "resilienza trasformativa" del sistema socioeconomico.

3. *Produzione di energia, mitigazione del cambiamento climatico e benessere umano.*
L'energia rappresenta, com'è noto, il motore dell'economia moderna e gioca un ruolo essenziale per lo sviluppo ed il benessere dell'uomo, soprattutto nel mondo contemporaneo, che appare sempre più globalizzato ed interconnesso, ma anche sempre più inquinato e malsano. La produzione ed il consumo di energia hanno, infatti, un significativo impatto sul clima, che costringe i governi di tutti i paesi a ripensare le loro politiche economiche e sociali, prima che determinino la distruzione degli ecosistemi da cui dipende la vita stessa dell'uomo sulla Terra.
L'assenza di energia può, d'altra parte, contribuire a ridurre il benessere e la libertà delle persone. La difficoltà di accedere ad essa, o di averne un'adeguata fornitura, è considerata, infatti, un importante indicatore di deprivazione materiale, che rivela talvolta la presenza di una condizione di povertà generale[21].
Vi è dunque una chiara relazione tra le diverse forme di utilizzo dell'energia ed il benessere umano. L'utilizzo sistematico dei combustibili fossili per produrre energia risale alla fine del XVIII secolo ed è considerato vantaggioso per alcune importanti caratteristiche che contraddistinguono notoriamente tali materiali. Dall'utilizzo di questo tipo di energia dipendono, inoltre, diverse forme di raggiungimento (e/o mantenimento) del benessere umano ed il miglioramento della qualità della vita. Il ricorso sistematico e massiccio a questa forma di produzione dell'energia comporta,

[21] Cfr. Voltaggio (2018), pp. 23-24.

tuttavia, come è stato mostrato in alcune importanti ricerche sul tema, un aumento della concentrazione dei gas serra nell'atmosfera che produce, a sua volta, l'innalzamento della temperatura media globale e pericolosi effetti sul clima. Mitigazione, adattamento, ricerca, sviluppo e sperimentazione di nuove tecnologie "verdi" sono le soluzioni indicate, già dalla primavera del 2005, per risolvere questo problema.
Fra tali soluzioni, la mitigazione del cambiamento climatico è indubbiamente prioritaria, perché punta a ridurre l'impatto ambientale delle attività antropiche e a rallentare il descritto processo di surriscaldamento dell'atmosfera terrestre. Le diverse strategie ed azioni di mitigazione ambientale possono, tuttavia, contrastare con molte delle attuali forme di raggiungimento del benessere, in particolare con quelle che dipendono significativamente dall'utilizzo di energia derivante dai combustibili fossili. Questo aspetto del problema non è preso molto spesso in considerazione. Eppure l'impatto sul benessere delle diverse azioni e strategie di mitigazione non dovrebbero essere trascurato. Esso potrebbe costituire un indicatore molto importante per la scelta delle azioni e strategie da mettere in campo.

3.1. *Il cambiamento climatico ed i suoi possibili effetti di retroazione sul benessere.*
Da un'analisi minuziosa del problema descritto (annoverabile fra i molteplici *environmental dilemmas* capaci di condizionare sensibilmente i processi decisionali individuali e collettivi[22]) discende, dunque, la necessità di intervenire attraverso la mitigazione dei cambiamenti climatici, ma senza incidere sul benessere effettivo degli esseri umani e sulla loro salute. In molte società e paesi, infatti, ridurre o eliminare l'utilizzo dell'energia fossile potrebbe comportare modifiche dei comportamenti di consumo e degli stili di vita su cui oggi gli individui fanno normalmente affidamento per raggiungere il benessere.
Questo particolare aspetto della lotta al cambiamento climatico e dei suoi possibili effetti di "retroazione" sul benessere sono stati colti e rappresentati, in modo molto efficace, in un recente lavoro scritto da due ricercatori dell'Università di Leeds. Secondo la loro ricostruzione dei descritti effetti di retroazione, le relazioni tra mitigazione climatica e consumo dell'energia derivante dai combustibili fossili possono essere rappresentate sotto forma di "tensioni" derivanti sostanzialmente da due processi in conflitto tra loro, che "tirano" in direzioni opposte, dando luogo ad una sorta di "triangolo delle tensioni"[23]: il primo di questi due processi è attivato dalla dipendenza dell'uomo contemporaneo dall'utilizzo dell'energia derivante dai combustibili fossili, che porta a eccessive emissioni di gas serra e, conseguentemente, al cambiamento climatico; il secondo, invece, è connesso agli effetti del

[22] Sul punto cfr. Mugerauer e Manzo (2008).
[23] Cfr. Wood e Roelich (2009), p. 115 e 116.

surriscaldamento globale e ai problemi di benessere su larga scala che ne derivano e che richiedono, per essere ridotti o eliminati, un notevole impegno nello svolgimento delle attività di mitigazione.
L'analisi di Wood e Roelich implica una concezione robusta ed olistica del benessere, che permetta di comprendere e superare i conflitti incorporati nel descritto triangolo delle tensioni. Le misure per ridurre gli effetti del surriscaldamento globale potrebbero confliggere, infatti, con molte forme contemporanee di raggiungimento del benessere, ancora fortemente dipendenti dall'uso dell'energia che deriva dai combustibili fossili. È evidente che il discorso sulle strategie più idonee a fronteggiare il cambiamento climatico dovrebbe essere meglio integrato con gli assunti teorici della teoria del benessere. Una più completa integrazione di quest'ultima nelle strategie adottate per ridurre l'impatto economico e sociale del cambiamento climatico potrebbe contribuire ad evitare i potenziali conflitti (tensioni) tra le misure di mitigazione concretamente applicate ed il consumo dell'energia derivata dai combustibili fossili.
A tal fine, Wood e Roelich ritengono che le misure di mitigazione dei cambiamenti climatici ed i consumi di combustibili fossili non possono essere considerati separatamente dalle loro relazioni con il benessere e che, pertanto, è necessaria una nuova concezione filosofica ed economica, che sia capace di catturare le complesse relazioni tra i suddetti fenomeni contrastanti. Tale concezione dovrebbe ispirarsi al *Capabilities Approach* e consentire di inquadrare le potenziali implicazioni per il benessere dei conflitti energetici tra consumo dell'energia derivata dai combustibili fossili e mitigazione climatica come questioni di giustizia ambientale o ecologica.

3.2. *Il ruolo dell'ambiente e delle questioni ambientali nel Capabilities Approach*.
In realtà, le potenziali implicazioni per il benessere delle questioni ambientali sono state affrontate, seppure in parte ed in modo incompleto, anche nella teoria politica liberale dal filosofo statunitense John Rawls[24]. L'approccio delle capacità di Martha C. Nussbaum[25] permette, tuttavia, di riconoscere più facilmente, rispetto alla teoria di Rawls, come le variazioni ambientali, nelle circostanze individuali, pongano ostacoli alle tipologie di protezione che la giustizia richiede e si rivela più sensibile nel comprendere come le ingiustizie ambientali molto spesso creano conflitti che minacciano la giustizia sociale[26].
Già Sen aveva individuato il ruolo che lo *Human Development Approach* (locuzione perfettamente sovrapponibile a quella di *Capabilities Approach*, in ragione del contesto nel quale viene espressa e del modo in cui viene sostanziata) può offrire per comprendere il rapporto tra sviluppo umano e tutela delle risorse naturali (cfr. Sen,

[24] Cfr. Rawls (1971 e 2001).
[25] Cfr. Nussbaum (2000 2 2011).
[26] Cfr. Maestri (2016).

2007: p. 28). Basandosi sull'impianto teorico proposto da Amartya Sen (1995, 1999, 2009), Martha Nussbaum ha individuato un elenco di dieci capacità centrali (o basilari) che dovrebbero essere tutelate come materie primarie di giustizia da tutti i governi del pianeta: 1) Vita; 2) salute corporea; 3) integrità fisica; 4) sensi, immaginazione e pensiero; 5) sentimenti; 6) ragion pratica; 7) appartenenza; 8) altre specie; 9) gioco; 10) controllo del proprio ambiente (politico e materiale) (Nussbaum, 2006, p. 76). L'idea di base della filosofa statunitense, rispetto a ciascuna delle capacità sopra menzionate, è che una vita vissuta senza l'opportunità di sviluppare le capacità in questione non è una vita degna di essere considerata umana (Nussbaum, 2006, p. 78).

Nel pensiero della Nussbaum la qualità dell'ambiente ricopre dunque un ruolo importante, anche perché da essa dipende in misura significativa il benessere presente e futuro dell'umanità. Ne deriva che, prima di definire le politiche più adeguate a garantire la salvaguardia dell'ambiente e del benessere dell'umanità, occorre chiarire bene in che misura contino gli interessi delle generazioni successive. Inoltre, le stesse capacità centrali, necessarie per qualificare una vita come all'altezza della dignità umana, oltre ad essere strettamente interconnesse tra loro, dipendono da fattori ambientali.

È utile ricordare anche il contributo di Holland[27], che ha portato ad un'interessante estensione del *Capabilities Approach*, attraverso l'elaborazione di un approccio puramente antropocentico all'impianto teorico proposto da Sen e dalla Nussbaum, attraverso cui si individua uno specifico legame tra *human capabilities* ed *environment* e si giunge così a proporre il concetto di *environmental capacity* (o *capability*).

Analogamente al modo in cui Nussbaum sostiene che la tradizione del contratto sociale ignora diversi problemi irrisolti di giustizia, Breena Holland sostiene che questa tradizione, che vede in Rawls il suo principale rappresentante, non considera affatto le questioni ambientali come problemi di giustizia, perché le risorse ambientali non sono soggette ad iniquità nella loro distribuzione (cfr. Holland 2008, p. 319). Dal punto di vista di Rawls, pertanto, non sembra esserci alcuna ragione immediatamente ovvia per affrontare gli *environmental dilemmas* come questioni di giustizia di primaria importanza. Holland, al contrario, sostiene che questo punto di vista è sbagliato, in quanto le conseguenze delle calamità naturali si ripercuotono sulle persone in misura sproporzionata, dando luogo a problemi di giustizia (cfr. ancora Holland, 2008, p. 319).

Holland utilizza questi casi per sostenere che le questioni di protezione ambientale e di distribuzione delle risorse sono degne di essere prese in considerazione e dovrebbero esser trattate come parte del complesso delle rivendicazioni fondamentali di giustizia. L'approccio di Holland considera, in particolare, le

[27] Cfr., in particolare, Holland (2005, 2008, 2014 e 2017).

condizioni ambientali come strumentali alle capacità umane. Siccome infatti il "funzionamento ambientale" (*environmental functioning*) ad un certo livello è richiesto per produrre qualsiasi cosa, Holland definisce le suddette condizioni ambientali come una sorta di "meta-capacitazione" (*meta-capability*) indipendente, che è necessaria per ottenere tutte le capacitazioni comprese nella lista della Nussbaum (cfr. Holland, 2008, p. 328).

Un altro concetto delineato da Holland (Holland, 2014), mutuato dall'approccio filosofico della Nussbaum, sono i "conflitti di capacità" (*capability conflicts*). Questi sono conflitti che si verificano tra diversi mezzi di ottenimento del benessere. Si pensi ad una famiglia che vive vicino ad un fiume ricavandone l'acqua necessaria alla fruizione di servizi igienico-sanitari (mediante l'utilizzo del fiume come mezzo di smaltimento dei rifiuti), e quindi alla salute del corpo. Gli interessi di questa famiglia potrebbero venire a confliggere con quelli di un'altra famiglia che vive a valle e che utilizza il fiume come fonte di acqua potabile. Questo effetto, infatti, si potrebbe produrre perché l'utilizzo del fiume fatto dalla famiglia a monte potrebbe aver reso l'acqua sporca, imbevibile e nociva per la salute.

Le nozioni di "conflitti di capacità" (*capability conflicts*) e di "meta-capacità" (*meta-capabilities*) possono aiutare a comprendere e a risolvere i conflitti tra l'uso dell'energia derivante da combustibili fossili, la mitigazione dei cambiamenti climatici e la privazione del benessere. Essi sono determinati dal fatto che l'uso dell'atmosfera come serbatoio per le emissioni di gas serra può consentire ad una persona di ricavare benessere da processi che richiedono la combustione di combustibili fossili, ad esempio la combustione di carburante per alimentare il trasporto. Tuttavia, tale forma di utilizzo dell'atmosfera su una scala sufficientemente ampia contribuirà a far aumentare il surriscaldamento della stessa che è causa del cambiamento climatico[28].

È evidente, dunque, come l'approccio alla giustizia basato sulle capacitazioni degli esseri umani abbia enormi potenzialità in relazione agli effetti prodotti dal cambiamento climatico e alle questioni ambientali in generale. Le teorie elaborate da Holland hanno mostrato, peraltro, come esso possa essere efficacemente utilizzato per la progettazione di politiche ambientali che spingano la società verso una maggiore equità e giustizia sociale. Riteniamo, pertanto, che se l'originario impianto teorico proposto da Sen e dalla Nussbaum fosse ripensato ed esteso secondo le indicazioni fornite da ricerche più recenti (cfr. per tutti Schlosberg, 2012 e 2013),

[28] Molte persone e società (e in effetti le stesse persone e società) possono conseguire capacitazioni tramite i servizi ambientali (o meta-capacità ambientali) che sono favoriti dall'esistenza di un'atmosfera con temperatura stabile. Ad esempio, modelli meteorologici e cicli di temperatura stabili favoriscono la produzione agricola, consentono di ottenere una quantità adeguata di acqua potabile e quindi il raggiungimento di capacitazioni di salute fisica e di gioco. Tuttavia, l'uso estensivo dell'atmosfera per il primo scopo (produzione agricola) è in conflitto con il secondo (salute fisica e gioco).

potrebbe diventare determinante per la comprensione e la risoluzione dei conflitti energetici tra consumo dell'energia derivata dai combustibili fossili, mitigazione del cambiamento climatico e forme di conseguimento del benessere, perché fornirebbe un criterio ideale per escludere politiche pregiudizievoli alla giustizia ecologica e per realizzare un sistema energetico globale maggiormente sostenibile, inclusivo, accessibile e sicuro.

In tale quadro generale – e allo scopo precipuo di proporre una via concreta per sfruttare le suddette potenzialità insite nell'approccio teorizzato da Nussbaum – riteniamo che possa essere utile e confacente, in questa sede, una seria riflessione sulla delicata questione dell'ammissibilità di tributi correlati al benessere degli individui misurato sulla base di indicatori e parametri non monetari, come le *capabilities*, e prendere in esame l'idea di istituire imposte sui cosiddetti «beni comuni globali» in un'ottica redistributiva e conservativa, volta per l'appunto a limitarne l'accesso e a disincentivarne il consumo[29].

3.3. *Il contributo del Capabilities Approach nella riformulazione della questione dei beni comuni.*

Come ben evidenziò Stefano Rodotà in una delle sue ultime lezioni pubbliche, tenutasi a Napoli il 21 febbraio del 2017, la questione dei beni comuni[30] non si risolve nella mera creazione, più o meno astratta, di una nuova categoria di beni[31]. Essa si sostanzia, piuttosto, nella riconosciuta rilevanza di talune categorie di bisogni cui si sceglie di attribuire adeguate garanzie di effettività e di tutela. La questione dei beni comuni si collega, in questo modo, alla questione delle garanzie che impone, da una parte, l'individuazione dei soggetti capaci di gestire i beni suddetti e di regolamentarne l'utilizzo e, dall'altra, la necessità di definire l'insieme dei rapporti fra beni e soggetti considerati meritevoli di essere sottratti alle logiche proprietarie, nonché alle norme che disciplinano l'esercizio della sovranità, per consentire il pieno sviluppo della personalità umana.

Siamo dunque all'interno di una logica nuova, rivoluzionaria, che ci spinge al di là del mondo dei beni e ci riporta alla persona nella sua integralità, o meglio, all'insieme delle libertà e dei diritti fondamentali della persona, che l'ordinamento giuridico riconosce e si impegna a garantire. Si tratta della stessa logica che anima l'approccio

[29] Sull'utilizzo del prelievo fiscale quale strumento di tutela dei beni comuni, v. Chironi (2018), pp. 57-76.

[30] Negli ultimi anni la questione dei beni comuni ha assunto un grande rilievo nel dibattito politico e scientifico, con importanti implicazioni sia in ambito economico che giuridico. Il dibattito in corso sulla possibilità di configurare una teoria dei beni comuni rivitalizza, infatti, la questione più ampia della democrazia e del soddisfacimento dei diritti fondamentali della persona. Per approfondimenti sullo svolgimento del dibattito in Italia, cfr. Reviglio (2008), Franzini (2011), Marella (2011), Rodotà (2008 e 2011), Pennacchi (2012), Gambaro (2013), Maddalena (2013), Marotta (2013), Massarutto (2013), Mattei (2012 e 2013), Lucarelli (2013), Micciarelli (2014a e 2014b), D'Andrea (2015) e Foroni (2020).

[31] Cfr. Rodotà (2018), pp. 31-89.

delle capacità e che determina uno spostamento dell'asse concettuale dai beni ai soggetti che li detengono e ne dispongono. Seguendo questa logica, la problematica dell'individuazione del "bene comune" va ricompresa nella più generale cornice di un progetto condiviso di società, all'interno del quale va costruito e mediato il consenso alla promozione di beni determinati[32], perché considerati essenziali alla vita delle persone e, in quanto tali, meritevoli di essere tutelati (garantiti) dall'ordinamento.

Siamo di fronte ad un nuovo modo di intendere il rapporto tra le persone ed il mondo esterno, che conduce – come si è detto – non alla definizione di una nuova categoria di beni, ma ad una «ridefinizione complessiva della collocazione della persona in una organizzazione sociale globalmente intesa, identificata appunto attraverso le caratteristiche dei beni da tutelare come comuni»[33].

Tali beni non sempre sono risorse in senso proprio, e cioè beni fisici o materiali. Sono sempre, tuttavia, risorse collettive condivise, amministrate o autogestite da comunità locali, che incarnano un sistema di relazioni sociali fondato sulla cooperazione e sulla dipendenza reciproca. Siamo dunque in presenza di un sistema in cui dominano non le leggi del mercato e dell'economia, ma vincoli morali di reciprocità e solidarietà. Un sistema in cui coloro che gestiscono o producono quei beni – o ne traggono i frutti – non ne possono disporre escludendo gli altri, come se ne fossero proprietari. Essi non hanno il diritto di escludere gli altri soggetti dall'uso o dal godimento di quei beni, ma hanno anzi l'obbligo (morale) di collaborare per consentire anche ad altri di poterne godere o fare uso[34] e di partecipare alle decisioni attinenti alla gestione degli stessi. Siamo insomma di fronte ad una istituzione che si caratterizza per l'appartenenza collettiva e che si sottrae alle regole del mercato, riguardando propriamente risorse materiali ed immateriali indispensabili per garantire il godimento delle libertà e dei diritti fondamentali, nonché il libero sviluppo della persona umana.

Se analizziamo attentamente le caratteristiche di questa istituzione non possiamo non individuare i molteplici punti di contatto tra la teoria dei beni comuni e l'interpretazione dell'approccio delle capacità fornita da Martha Nussbaum (2011): un buon ordinamento politico dovrebbe garantire un godimento minimo generalizzato di almeno 10 capacitazioni fondamentali. Fra queste, con riferimento ai temi trattati in questo scritto, assumono particolare rilievo quelle relative alla "salute" e al "controllo del proprio ambiente", politico e materiale, ma pure rilevano

[32] Sul punto, cfr. Chironi (2018), p. 55.

[33] Cfr. ancora Rodotà (2008), p. 76.

[34] Alcuni studiosi, guardando proprio alla natura e alle caratteristiche dei beni comuni, hanno coniato il termine "consumo collaborativo", che definisce un modello economico ibrido, concepito come alternativo al consumismo "classico", e basato su di un insieme di pratiche di scambio e condivisione di beni materiali, servizi o conoscenze. Per ulteriori approfondimenti, cfr. Botsman-Rogers (2010), Kostakis-Bauwens (2014), Perren-Grauerholz (2015) e, più recentemente, Petropoulos (2017).

le "capacitazioni dei gruppi" (*capability of groups*) o di particolari comunità, che rivendicano il diritto di partecipazione alla vita politica del proprio paese o all'amministrazione condivisa dei beni comuni. L'assunzione dell'ambiente come bene comune globale, meritevole di essere posto al centro delle scelte politiche dei governi, induce oggi a definire uno statuto giuridico generale dei beni comuni[35] e a ripensare la struttura dei sistemi tributari alla luce degli assunti teorici del *Capabilities Approach*, al fine di regolamentare l'accesso a queste risorse e di limitarne il più possibile lo sfruttamento.

4. *La struttura dei sistemi tributari nel terzo millennio e l'incremento delle disuguaglianze.*
Alla fine del secolo scorso Giulio Tremonti scrisse due saggi molto interessanti sui sistemi fiscali "moderni" e sulla loro possibile evoluzione verso la fiscalità del terzo millennio[36]. Comparando la struttura del "mondo" contemporaneo con quella del mondo medievale, egli formulava due "profezie" 1) sulla migrazione fiscale dei capitali, causa di effetti sostanziali di regressività a carico soprattutto del lavoro dipendente e 2) sulla regressione necessaria dei sistemi fiscali moderni verso forme di imposizione empirica "medioevale". In particolare, egli sosteneva che fenomeni di portata globale (come la globalizzazione della ricchezza, la crescente integrazione delle economie a livello internazionale, la dematerializzazione e la finanziarizzazione) avrebbero «modificato radicalmente la struttura economica e sociale dell'esistente» e che gli schemi fiscali del terzo millennio avrebbero dovuto progressivamente *adattarsi* alla realtà[37].
Nello scenario politico del XXI secolo i nuovi corpi ed enti sovranazionali (come l'OCSE, il FMI, le Nazioni Unite e l'Unione europea), da Tremonti denominati *Quangos* (*Quasi autonomous non governmental organizations*), otterranno gradualmente un ruolo politico crescente e, di riflesso, aumentando anche il loro "bisogno finanziario", accamperanno un crescente titolo *morale* alla tassazione. Tuttavia, proprio a causa della loro struttura "sovranazionale", i *Quangos* dovranno anche misurarsi con enormi difficoltà tecniche di riscossione. Per superare queste difficoltà e procacciarsi le necessarie risorse finanziarie, essi dovranno assumere gli Stati-

[35] Nello stesso senso, cfr. Lucarelli (2013), p. XIII: «il modello pubblicistico, per accelerare e valorizzare il processo di integrazione europeo, senza sacrificare i diritti sociali a vantaggio delle libertà individuali, va ripensato. O, meglio, rafforzato. Non appare sufficiente il riconoscimento – peraltro debole – nella Carta europea, dei diritti sociali, né il richiamo alle tradizioni comuni delle Costituzioni europee; occorre fondare le politiche pubbliche intorno a nuovi principi in grado di fronteggiare e reagire a modelli *privatistici* e *neo-contrattualistici* di gestione della cosa pubblica. È necessario porre le basi per uno Statuto europeo dei *beni comuni*, che parta da iniziative partecipate e poste dalla cittadinanza attiva».

[36] Cfr. Tremonti (1991 e 1998).

[37] Per ulteriori approfondimenti sul processo di adattamento dei sistemi tributari alle conseguenze della globalizzazione e dell'integrazione economica internazionale, v. Fedeli-Forte (1999), Fichera (2003), Grabowski (2005) e Vitaletti (2010).

nazione come *propri diretti contribuenti* e costringerli, contemporaneamente, ad applicare per *proprio* conto ritenute e/o imposte sostitutive sui *loro* contribuenti.
Per questa ragione, sempre secondo Tremonti, gli Stati-nazione saranno costretti a reinventare le proprie politiche fiscali allo scopo di:
1) difendere i bilanci nazionali dalle perdite di gettito dovute alla pianificazione fiscale aggressiva delle imprese multinazionali e al riciclaggio di denaro;
2) impedire che la ricchezza sfugga al loro dominio territoriale, attratta dai cosiddetti "paradisi fiscali" e dai Paesi a basso livello di tassazione;
3) accrescere la loro competitività a livello internazionale, non necessariamente diventando paradisi fiscali, ma evitando almeno di presentarsi come dei veri e propri "inferni fiscali".
In estrema sintesi, la "profezia" fiscale di Tremonti per il terzo millennio comprendeva:
1) un alto grado di *standardizzazione della tassazione* prodotta dalla *concorrenza fiscale*;
2) un ruolo crescente della *tassazione alla fonte*, di più semplice applicazione rispetto alla tassazione in base al principio di residenza;
3) uno spostamento graduale dalla *tassazione diretta* a quella *indiretta*, con conseguente incremento della *regressività* dei sistemi tributari nazionali;
4) un grande sviluppo dell'*innovazione fiscale* volto ad individuare *le nuove forme della ricchezza* e ad elaborare nuove tecniche per misurarla ed assoggettarla ad imposizione.
L'attendibilità di questa profezia è oggi provata da numerosi studi e rapporti sulle proprietà che contraddistinguono i "moderni" sistemi tributari. È agevole notare, infatti, come le tendenze in atto di fronte agli avanzamenti tecnologici (come lo sviluppo di Internet e delle reti di telecomunicazione), ai mutamenti sociali (come il rapido processo di invecchiamento della popolazione, tipico delle economie più sviluppate) e alle trasformazioni delle strutture economiche (come la globalizzazione dell'economia e la crescente integrazione dei mercati internazionali) abbiano condotto i sistemi tributari verso:
1) una discriminazione fiscale qualitativa a favore dei redditi da capitale;
2) l'estensione della tassazione indiretta a scapito di quella diretta, motivata dalla maggiore certezza degli imponibili;
3) la riduzione delle ambizioni redistributive del prelievo tributario, con la conseguente attenuazione della progressività dei sistemi di tassazione e l'incremento delle disuguaglianze economiche.
La struttura dei sistemi tributari dovrebbe oggi essere rivista tenendo nella massima considerazione tali fenomeni e soprattutto i modi in cui le politiche redistributive dei governi possono incidere sulle disuguaglianze di ricchezza e di opportunità. Tali aspetti, assieme alla questione dei molteplici fattori che contribuiscono a determinare

l'incremento delle disuguaglianze, sono tuttora oggetto di un vivo dibattito fra gli studiosi[38] e si presume che lo saranno anche in futuro. Recenti studi hanno evidenziato, infatti, come una maggiore capacità redistributiva del sistema tributario è condizione necessaria ma non sempre sufficiente a determinare una effettiva riduzione delle disuguaglianze. Al riguardo è da considerarsi determinante anche il livello di diffusione dell'evasione fiscale[39] ed altre caratteristiche intrinseche del sistema tributario, come la pressione fiscale complessiva[40]. Sebbene dunque esistano molti studi, teorici ed empirici, sulla relazione tra struttura dei sistemi tributari e disuguaglianze, molta strada sembra che ci sia ancora da fare per comprendere in che modo sia possibile arrestare la preoccupante crescita delle disuguaglianze attraverso le riforme fiscali.

5. *Una rivoluzione fiscale per ridurre le disuguaglianze e rafforzare la resilienza dei sistemi tributari*.

Come diceva dunque Tremonti: «non è questione di riforma fiscale, ma di rivoluzione fiscale». Si impone un cambiamento di approccio alla progettazione ed implementazione delle politiche pubbliche, un cambiamento che coinvolga anche i moderni sistemi di tassazione attraverso:

1) l'introduzione di nuove e più avanzate forme di comunicazione tra l'amministrazione fiscale ed il contribuente, allo scopo di semplificare gli adempimenti, stimolare l'adempimento degli obblighi tributari e favorire l'emersione spontanea delle basi imponibili;

2) il recupero della funzione redistributiva, attraverso l'identificazione delle "nuove" disuguaglianze[41] e dei mezzi più appropriati per ridurle;

---

[38] Una prima interpretazione dei meccanismi socio-economici attraverso i quali le forze immanenti nel capitalismo spingono verso un incremento delle disuguaglianze è stata fornita da Piketty nel 2014 (Cfr. Piketty, 2014), ma già prima di lui erano intervenuti sul tema, fornendo un contributo originale, Milanović (2010), Bourguignon (2012) e due economisti del Fondo monetario internazionale, Kumhof e Rancière (2010), che avevano analizzato in modo più approfondito la relazione tra instabilità finanziaria e sperequazione dei patrimoni. Nel dibattito sono poi intervenuti molti altri studiosi, ma i contributi principali sono da ascrivere ad Atkinson (2015), Stiglitz (2015), Watson (2015) e Milanović (2016).

Lo stesso Piketty è tornato recentemente sul tema analizzandolo non soltanto da un punto di vista sociale ed economico, ma anche in una prospettiva politico-ideologica, ovvero cercando di fare luce, questa volta, sull'evoluzione delle narrative e delle ideologie finalizzare a legittimare la disuguaglianza (Cfr. Piketty, 2020).

[39] Per ulteriori approfondimenti sulla relazione tra progressività del sistema tributario, evasione fiscale e disuguaglianze, vedasi Freire-Serén e Panadés (2005), Duncan-Peter (2008) ed Alstadsæter et al. (2019).

[40] Sul ruolo giocato dai sistemi di imposizione e trasferimento nella riduzione delle disuguaglianze di ricchezza cfr. Immervoll-Richardson (2011), Joumard et al. (2013), Verbist-Figari (2014) e Caminada et al. (2017).

[41] Dopo i decenni dell'egemonia liberista iniziata negli anni del thatcherismo e del reaganismo, anche le istituzioni economiche mondiali hanno "scoperto" che le disuguaglianze possono compromettere le stesse prospettive di sviluppo dell'economia. Ma le disuguaglianze, specialmente oggi, non si esauriscono sul piano dell'economia. Esse coinvolgono la libertà, l'identità culturale e religiosa, i rapporti tra i generi, l'accesso ai servizi fondamentali e tanti altri aspetti che incidono sullo stesso funzionamento dei processi democratici. Più in particolare, su tali aspetti cfr. Ippolito (2017).

3) la sperimentazione di nuovi modelli di prelievo diretti ad aumentare la resilienza dei sistemi economici, fiscali e previdenziali[42] alle conseguenze delle profonde trasformazioni intervenute nelle modalità di produzione della ricchezza (come i cambiamenti climatici, l'inquinamento dell'aria, dei mari, del suolo e del sottosuolo, i traffici illeciti di rifiuti, l'incremento dei tumori provocati dalla diffusione nell'ambiente naturale di sostanze cancerogene o da cattive abitudini alimentari) e, più in generale, dei sistemi economici e sociali (come le crisi economiche e finanziarie, la particolare rapidità del processo di invecchiamento, i flussi migratori internazionali).

La *resilienza dei sistemi tributari*, in particolare, può essere considerata come la condizione imprescindibile per garantire la realizzazione di *obiettivi fondamentali per il benessere e la crescita* di un paese, come la fornitura di servizi pubblici di qualità, l'organizzazione di una rete di servizi di trasporto pubblico e di infrastrutture efficace ed efficiente, il finanziamento di attività pubbliche volte a tutelare l'ambiente e a fronteggiare le emergenze ambientali, la promozione di pari opportunità e parità di trattamento per tutti i cittadini, a prescindere dal genere, dalla razza, dalla religione, dalla residenza e dalla loro condizione sociale.

Accrescere la resilienza dei sistemi tributari non è, tuttavia, una cosa semplice. Essa presuppone:

1) la capacità di *adattamento* dei sistemi tributari alle suddette trasformazioni che intervengono nella società, nell'economia e nell'ambiente;

2) la disponibilità di *risorse adeguate* a sostenere gli sforzi (o costi) di adattamento dei sistemi;

3) la *redistribuzione delle risorse*, nel caso in cui la loro eccessiva concentrazione impedisca uno *sviluppo economico sostenibile*.

Ma com'è possibile progettare sistemi tributari che rispondano contemporaneamente a tutti questi requisiti? Senza alcuna pretesa di fornire una soluzione certa né esaustiva al problema, vorremmo semplicemente far notare come le tendenze in atto si inquadrano in una *dinamica* che spinge inevitabilmente verso un drastico *cambiamento di approccio ai problemi della tassazione*. L'adozione di nuovi criteri di indicatori di capacità contributiva correlati al benessere degli individui, misurato sulla base di indicatori e parametri non monetari, come le *capabilities*, potrebbe servire, a nostro avviso, a perseguire tutti questi obiettivi contemporaneamente.

La proposta di allargare il novero dei fatti imponibili assoggettando a tassazione anche le *capabilities*, od altre situazioni o posizioni di vantaggio economicamente valutabili, fu avanzata per la prima volta da Franco Gallo in un saggio del 2007 sulla giustificazione etica del tributo e sulla relazione che intercorre tra giustizia fiscale e

[42] Sulla resilienza dei sistemi economici, fiscali e previdenziali, sulle metodologie per misurarla e sulla questione delle loro determinanti, v. Villani (2017 e 2019).

giustizia sociale[43]. In quel saggio l'autore iniziò a sostenere la necessità di riformare il sistema fiscale, integrandolo con l'introduzione di nuovi «indici di potenzialità economica rappresentati da posizioni e valori – "capacitazioni" direbbe Amartya Sen[44] – solo socialmente rilevanti, purché espressivi, in termini di vantaggio, di una capacità differenziata economicamente valutabile»[45].

In alcuni scritti successivi Gallo ebbe modo di illustrare meglio la sua proposta. In particolare, egli suggeriva di *ripensare radicalmente*, soprattutto sul *piano etico*, *la missione dello Stato*, sottolineando l'importanza fondamentale della *funzione redistributiva*, condotta secondo una *forte direzione morale* e bilanciando i *diritti proprietari* con i *diritti di cittadinanza*: «se ci sono disuguaglianze endemiche, la loro riduzione deve essere al primo posto tra gli obiettivi etici che lo Stato deve perseguire nel rispetto dei diritti fondamentali dei suoi cittadini sanciti dalla Costituzione»[46]. Richiamando questi "obiettivi etici" rilevava, inoltre, che i mercati hanno una naturale inclinazione a sottovalutare i valori morali e a dare rilevanza unicamente a quei bisogni che sono riconducibili a calcoli economici. I mercati tendono, infatti, a valorizzare solo i beni materiali, finanziari e patrimoniali e non danno alcuna importanza alle libertà fondamentali dell'individuo, o – come le chiamava Sen – alle sue "capacità di funzionamento" (*human functioning*). Eppure vi sono «*beni fondamentali* ed universalmente riconosciuti che costituiscono condizione necessaria affinché vi sia *giustizia sociale*, come la longevità, l'integrità fisica, l'*ambiente*, la salute, l'accesso sia ai servizi sanitari di qualità sia alla conoscenza nel corso di un'intera esistenza, il tenore di vita, la vita personale, famigliare e sociale, l'identità, compresa quella religiosa. Ed è evidente che le *disuguaglianze* derivanti dalla carenza o insufficienza di tali *beni pubblici "base"* e di tali *beni "comuni"* trasferiscono direttamente in capo allo Stato e agli enti territoriali decentrati la responsabilità nella garanzia dei beni stessi; come dire, la responsabilità delle politiche di spesa e fiscali dirette a rimuovere le cause di ingiustizia distributiva socialmente e moralmente inaccettabili, oltre che a rimediare alle situazioni estreme di esclusione, di assenza di opportunità e di perdita della speranza. Per la maggioranza delle persone la garanzia di detti beni da parte di uno Stato efficiente è

[43] Cfr. Gallo (2007). Per ulteriori interessanti approfondimenti sulla giustificazione etica della tassazione in un mondo globalizzato, v. Forte (2007) e Gaisbaure *et al.* (2015).

[44] Cfr., in particolare, Sen (1973, 1999 e 2009).

[45] Cfr. Gallo (2007), pp. 86 e 87. A sostegno della sua tesi lo studioso cita numerosi esempi di tributi aventi come presupposto «qualificate situazioni di vantaggio economicamente valutabili»: 1) i tributi ambientali in senso stretto, che gravano su chi utilizza beni ambientali scarsi o emette sostanze nocive alla salute dell'uomo deteriorando l'ambiente; 2) le imposte sul valore aggiunto economico o le cosiddette *business taxes*, che colpiscono la capacità organizzatore dell'operatore o del produttore; 3) le accise, che gravano sulla produzione organizzata di beni; 4) tutti quei tributi che hanno come presupposto indici di capacità contributiva che non garantiscono la disponibilità di un saldo patrimoniale attivo sufficiente ad adempiere all'obbligazione tributaria.

[46] Cfr. Gallo (2012b e 2014).

più importante del profitto o della crescita complessiva e crea, perciò, delle aspettative che solo uno "Stato sociale" può dare»[47].

Gallo peraltro faceva notare come la carenza o insufficienza dei beni suddetti sia ormai pacificamente assunta come un criterio fondamentale per la valutazione del benessere e del grado di giustizia sociale. Quando tali beni mancano o sono carenti, dovrebbe intervenire lo Stato, nella sua qualità di "assicuratore e garante di ultima istanza", avvalendosi del suo potere impositivo per redistribuire le risorse e garantire a tutti la disponibilità delle condizioni minime necessarie ad assicurare il pieno sviluppo della persona umana. In coerenza con questo ragionamento, come indicatori di capacità contributiva cui commisurare il prelievo tributario, egli suggeriva di prendere in considerazione non i beni "base" o "fondamentali", che lo Stato ha l'obbligo/responsabilità di garantire a tutti, ma i cosiddetti "beni-capacità" (*capability-goods*), intesi come «posizioni e situazioni attuali di vantaggio non necessariamente di natura patrimoniale, ma pur sempre valutabili economicamente»[48].

Sul piano dei principi, la "ricetta" di Gallo è dunque molto chiara e può essere sintetizzata, come in un sillogismo, in tre principi o postulati:

1) occorre ripensare radicalmente la missione dello Stato, sottolineando l'importanza fondamentale della funzione redistributiva, condotta secondo una forte direzione morale e bilanciando i diritti proprietari con i diritti di cittadinanza;

2) accanto ai beni primari esistono "beni-capacità" che, pur non essendo beni economici tradizionali come il reddito o il patrimonio, se economicamente valutabili, possono costituire, al pari di essi, valide e significative unità di misura di situazioni di vantaggio o di benessere degli individui;

3) lo Stato, nel perseguire gli obiettivi etici racchiusi nella sua missione, deve evitare di tassare ancor di più i tradizionali cespiti di natura reddituale o patrimoniale, già così pesantemente gravati dai tributi vigenti, e spostare l'onere del prelievo su diverse entità, che denotino l'esistenza di specifiche situazioni di vantaggio e di soddisfazione di bisogni valutabili economicamente e più adatte a concorrere all'equo riparto dei carichi pubblici.

Tuttavia, le modalità di applicazione pratica di quei principi non sono state finora chiarite, neppure dallo stesso Gallo. Per questa ragione la sua "ricetta", pur essendo

[47] Cfr. ancora Gallo (2012b e 2014).

[48] Sulla distinzione tra beni "base" o fondamentali (*basic or fundamental goods*) e "beni-capacità" (*capability-goods*), v. Gallo (2012b e 2014). Nel pensiero di questo studioso, i beni fondamentali ed universalmente riconosciuti costituiscono la condizione necessaria affinché vi sia giustizia sociale, come la longevità, l'integrità fisica, l'ambiente, la salute, l'accesso ai servizi, la vita personale, famigliare e sociale, il tenore di vita e l'identità, compresa quella religiosa. Accanto a tali beni, ne esistono altri, che egli definisce "beni-capacità", cioè beni (ma anche posizioni, condizioni e situazioni) che sebbene non siano scambiabili sul mercato, rappresentano una potenzialità contributiva a partire dalla quale lo Stato potrebbe fondare, a certe condizioni, il prelievo tributario sui soggetti che ne hanno la disponibilità.

logicamente ben strutturata, è divenuta oggetto di critiche e polemiche. Si rileva, in particolare, come un cambio di focalizzazione nella logica del prelievo fiscale dagli indicatori economici tradizionali (reddito, patrimonio e consumo) alle capacità o *capabilities* degli individui possa ampliare il *deficit* informativo sofferto dalle pubbliche autorità a vantaggio dei soggetti passivi d'imposta e, conseguentemente, produrre effetti di incentivo perversi (disincentivo a rivelare le proprie capabilities e ad investire in esse), in quanto diretti unicamente ad occultare la base imponibile del tributo e ad ottenere un guadagno fiscale[49]. A supporto di questa critica, si richiamano gli studi in materia di *endowment taxation*, e cioè di tassazione rapportata alle "dotazioni" e alle potenzialità di guadagno degli individui[50], mostrando come non abbia senso concepire una imposta sulla "buona sorte" (*brute luck*), in mancanza di una ricchezza tangibile che ne consenta il pagamento[51]. Coerenza vorrebbe, infatti, «che si teorizzino tributi strettamente ancorati a presupposti dotati di patrimonialità, e non certo a "capacità" o "valori sociali", a doti personali o situazioni di vantaggio legate alla salute dell'individuo, all'accesso ai servizi sanitari, alla salubrità dell'ambiente e ad altri fattori provi di un sostrato economico-patrimoniale»[52].

6. *Conclusioni e proposte di policy.*

La proposta di Gallo possiede, a nostro avviso, enormi potenzialità, ancora oggi non adeguatamente colte né sviluppate. In questa sede non ci è possibile spiegare dettagliatamente come sia possibile farlo, traducendo nella pratica quei principi etico-filosofici su cui essa si basa. Non possiamo, tuttavia, esimerci dal segnalare come il *Capabilities Approach* potrebbe costituire la base ideale per una riforma dei sistemi tributari nazionali volta a recuperare elementi di progressività e di giustizia sociale che la globalizzazione ed il dominio incontrastato del pensiero unico neoliberista hanno concorso a mettere in crisi. Recenti ricerche[53] hanno infatti evidenziato come tale approccio potrebbe consentire di realizzare sistemi di tassazione più equi e più attenti alle esigenze delle persone economicamente o socialmente svantaggiate, come i più poveri, i disabili, le donne e coloro che vivono in famiglie numerose o monoparentali. Partendo dal delicato tema della tutela dell'ambiente si potrebbe poi puntare a realizzare qualcosa di più. Per esempio, si potrebbe iniziare a pensare alla costruzione di un sistema tributario globale che, avvalendosi di un impianto concettuale comune ispirato ai principi del *Capabilities Approach*, punti a:

1) limitare lo sfruttamento dei cosiddetti "beni comuni globali";

[49] In questo senso, v. Lanzi (2010).
[50] Su questo tema, cfr. per tutti Zelenak (2006).
[51] Cfr. sul punto Stevanato (2014) e Gaffuri (2013).
[52] Così Stevanato (2014), pp. 419-429.
[53] Cfr. Stewart (2009 e 2017).

2) superare i potenziali conflitti energetici descritti dal "triangolo delle tensioni" di Wood e Roelich;
3) rafforzare la resilienza dei sistemi economici, finanziari e previdenziali[54];
4) ridurre le "vecchie" disuguaglianze nella distribuzione del reddito, o della ricchezza in generale, e le "nuove" disuguaglianze nelle dotazioni di capitale umano, servizi pubblici ed infrastrutture, che congiuntamente ostacolano il pieno sviluppo della persona umana[55].

Un sistema tributario di questo tipo dovrebbe, però, escludere categoricamente la possibilità di tassare qualità personali, capacità sociali o relazionali degli individui e contemplare l'assoggettamento a tassazione delle sole posizioni di vantaggio nella disponibilità e nell'accesso a beni e servizi che dovrebbero essere garantiti a tutti. Pensiamo, in particolare, all'istituzione di istituzioni sovranazionali di garanzia e all'applicazione di imposte sull'uso ed abuso dei beni comuni dell'umanità, che costituiscono risorse collettive, cui tutte le specie hanno uguale diritto e sono pertanto il fondamento della ricchezza reale[56]. Questi beni sono sempre più invasi ed espropriati, ridotti a merce, recintati o inquinati ed il loro accesso è sempre più minacciato.

Potremmo dunque immaginare istituzioni che ci permettano di valorizzarli, di governare il processo di transizione ecologica in atto e di rafforzare la resilienza dei nostri sistemi di produzione. All'interno di un'area economica integrata, quale quella dell'Unione europea, si potrebbero, per esempio, riformare i trattati istitutivi per creare un sistema di principi e di regole condivise sulla gestione dei beni comuni. I Trattati europei hanno impresso, infatti, al progetto iniziale dei Padri fondatori una direzione che lo allontana dall'ideale di costruzione dei beni collettivi europei e ne istituzionalizza, al contrario, la privatizzazione extraterritoriale. Le istituzioni europee non hanno dato vita, cioè, ad un sistema di regole condivise di gestione dei *commons*, ma ad un processo di privatizzazione di beni privati extraterritoriali, che rischia di generare situazioni di equilibrio economicamente e socialmente sub-ottimali. Nel detto contesto, invece, una riforma dei trattati istitutivi ispirata ai principi di reciprocità, di solidarietà e di sussidiarietà, potrebbe condurre ad una riorganizzazione delle istituzioni europee che lasci agli Stati membri la gestione dei beni pubblici e trasferisca all'Unione la governance dei beni comuni[57].

Potremmo, inoltre, immaginare il ricorso ad imposte "pigouviane", istituite ed applicate sulla base di accordi globali od internazionali, dirette ad eliminare o ridurre le esternalità negative prodotte dall'aumento della concentrazione dei gas serra

[54] Per ulteriori approfondimenti su questo tema, v. Aiginger (2009) e Villani (2017 e 2019).
[55] In questo, cfr. Sen (1999).
[56] Sul valore dei beni comuni globali e sul contributo fondamentale degli stessi al benessere della società nel mondo globalizzato di oggi, v. Deneulin-Townsend (2007), Ricoveri (2010) e Riordan (2014).
[57] Nello stesso senso, v. già Giraud (2012), pp. 107 e ss. e Giraud (2020), pp. 60 e ss..

nell'atmosfera. Gli studi più recenti sulle *environmental taxes* rilevano che il livello attuale di tassazione sui prodotti inquinanti è estremamente basso e non rispecchia in maniera adeguata il danno ambientale e sociale che questi beni comportano[58]. L'applicazione multilaterale e coordinata di una *carbon tax*[59] produrrebbe, secondo alcune analisi, un importante dividendo fiscale che potrebbe essere sfruttato per perseguire altri obiettivi a sostegno non solo dell'ambiente, ma anche della salute e del lavoro[60]. Il mercato delle quote di CO_2 di cui l'Europa si è dotata a partire dal 2005 aveva in verità una finalità simile, ma non ha svolto adeguatamente la sua funzione, non avendo fornito il benché minimo incentivo ad investire in infrastrutture industriali a basso contenuto di carbonio.

Pensiamo, infine, al ruolo chiave che può svolgere la fiscalità nella lotta alla povertà energetica. È noto, infatti, che una delle determinanti della povertà energetica è costituito dal costo dell'energia e che tale costo è spesso pesantemente influenzato da componenti fiscali e parafiscali, le quali si aggiungono alle altre componenti di costo delle bollette. In questo contesto, come suggerito anche dall'OCSE, è fondamentale intervenire in senso restrittivo sui sussidi ai combustibili fossili per tenere sotto controllo la volatilità dei prezzi e per migliorare la competitività delle energie rinnovabili e delle tecnologie energetiche efficienti. È importante, tuttavia, nella stessa logica, intervenire sia attraverso la previsione di agevolazioni fiscali a favore dei *fuel poors* sia tramite la riduzione della pressione fiscale complessiva sul "bene-energia"[61]. L'ulteriore passo verso la decarbonizzazione del sistema economico globale potrebbe poi contemplare una riforma coordinata dei sistemi tributari che stimoli l'autoconsumo collettivo di energia rinnovabile attraverso la previsione di incentivi alla costituzione di "comunità energetiche locali", e cioè di comunità di individui, imprese ed enti territoriali finalizzate alla condivisione dell'energia auto-prodotta mediante l'utilizzo di fonti rinnovabili[62]. L'utilizzo in questo senso della

[58] Cfr. OCSE (2005 e 2019).

[59] Un approccio "multilaterale" e "coordinato" consentirebbe, secondo alcuni, di superare le difficoltà che normalmente determinano il fallimento dei tentativi unilaterali di applicazione di una *carbon tax*. Cfr. Falcão (2019).

[60] Cfr. al riguardo anche Bird (2015 e 2018).

[61] Cfr. al riguardo Supino-Voltaggio (2018), pp. 310-327.

[62] La condivisione di energia da fonti rinnovabili attraverso l'autoconsumo collettivo e la costituzione di comunità energetiche è stata disciplinata in Europa dalla Direttiva UE 2018/2001 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili e dalla Direttiva UE 2019/944 relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, che abroga la precedente Direttiva 2009/72/CE sul mercato elettrico e modifica la Direttiva 2012/27/UE in materia di efficienza energetica. Nel testo della prima Direttiva (cfr. considerando n. 66) è stata sancita, in particolare, per la prima volta, la necessità di stabilire un quadro normativo che consentisse agli "autoconsumatori di energia rinnovabile" di produrre, utilizzare, immagazzinare e vendere energia elettrica senza incorrere in oneri sproporzionati. In Italia, in attesa del recepimento della Direttiva, con la conversione in legge del D.L. 162/2019 (*Milleproroghe 2020*) è stata avviata una sperimentazione che ne anticipa i tempi e prevede progetti pilota per l'attivazione dell'autoconsumo collettivo e per la costituzione delle cosiddette "comunità energetiche rinnovabili".

leva fiscale si inquadra perfettamente, a nostro avviso, in un sistema di tassazione ispirato ai principi del *Capabilities Approach*, in quanto presuppone il riconoscimento dell'energia come bene primario e fondamentale per la vita e per lo sviluppo sociale della persona[63].

Queste considerazioni rappresentano ovviamente solo una prima rozza riflessione sulle riforme da realizzare per procedere verso la decarbonizzazione dell'economia globale. Ulteriori approfondimenti sarebbero necessari per trasformarla in una proposta di *policy* più matura, ma si tratta in ogni caso di questioni che meritano considerazione nel momento in cui si cerca di integrare il discorso delle misure di contrasto al cambiamento climatico con quello delle forme contemporanee di raggiungimento del benessere, ancora fortemente dipendenti dall'uso di energia derivata dai combustibili fossili.

[63] In questo senso, v. già Blancet (2019), che in un recente saggio sulla giustizia climatica, come soluzione per realizzare una transizione energetica democratica ed equa, suggerisce di combinare il modello tedesco delle cooperative energetiche con l'inclusività delle aziende municipalizzate.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Reti di imprese e innovazione tecnologica

di Giuseppe Doria

(Ricercatore e Professore Aggregato di Diritto Commerciale, Università degli studi di Napoli "Federico II")

Sommario

1. Il collegamento funzionale fra reti di imprese e start up innovative: la promozione della innovazione tecnologica. – 2. Un'analisi statistica del ricorso al contratto di rete in rapporto alla componente della innovazione tecnologica. – 3. I profili critici, nell'applicazione normativa, del ricorso a reti di imprese per la promozione tecnologica. – 4. Il problema della disposizione dei beni di proprietà industriale ed intellettuale, attratti al regime di comunione in assenza di convenzione contraria. – 5. Il ruolo centrale dell'autonomia negoziale, strumenti governativi di incentivo e crisi dell'economia.

Abstract

There is a functional connection between business networks and technological innovation. Infact, the network contract can be made up of innovative start-ups and the program may include the promotion of technological innovation. The question is inherent in the purchase and management of intellectual – industrial property rights possibility created in the implementation of the network program. Criticalities emerge that can be overcome with recourse to statutory autonomy. In this way, a reflection is requested in order to eliminate the potential difficulties in applying the network tool, in a sector –such as that of the promotion of technological innovation- wich, especially in the contingency of the current health and economic emergency, seems destined to enhance the competitive environment.

1. *Il collegamento funzionale fra reti di imprese e start up innovative: la promozione della innovazione tecnologica.*

Fra reti di imprese ed innovazione tecnologica[1], sembra potersi affermare l'esistenza di un rapporto di *complementarietà*. Infatti il contratto di rete può essere concluso da *start up* (ciò che può in fondo apparire come un dato scontato, in effetti anche il consorzio può essere destinato a questo tipo di regolazione), ed il legame con l'innovazione è espressamente sancito nell'art. 3, comma 4-*ter*, d.l. 10 febbraio 2009 n. 5 (e s.m.i.) tanto che il programma di rete è istituzionalmente diretto (I co.) allo "scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria *capacità innovativa*…" anche tramite lo scambio di "informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o *tecnologica*…".

E' dunque assolutamente naturale che si possano costituire reti di *start up*, ed anzi i due istituti sono stati in fondo concertati dal legislatore secondo un medesimo filo conduttore: nell'ottica di reagire alla crisi dell'economia invero, l'introduzione del contratto di rete (mai finita di criticare in dottrina, secondo cui avrebbe potuto procedersi alla riforma dei consorzi, invece di provocare una relativa sovrapposizione fra gli istituti) si inserisce per l'appunto nel quadro di agevolare –secondo modelli di particolare elasticità- le unioni fra imprese secondo uno scopo (latamente consortile) di rafforzamento del gruppo, al quale tuttavia si può abbinare la *promozione della innovazione tecnologica*.

Trattasi dunque di un legame di complementarietà di carattere *funzionale*, perché entrambi gli istituti sono *ex lege* creati per fronteggiare la crisi dell'economia, ed appaiono in fondo strumentali entrambi a promuovere l'innovazione tecnologica: profili che appaiono forieri di un rinnovato interesse a fronte dell'aggravarsi dell'attuale emergenza sanitaria che si è abbattuta su di un tessuto economico che stava per l'appunto iniziando a dare i primi segnali di una timida ripresa.

Già, perché in un'economia oramai globalizzata, contraddistinta da una forte competitività fra imprese (ed ordinamenti), la spinta all'innovazione tecnologica appare come il fattore propulsivo principe se si considera che –secondo gli esperti-

[1] Il presente articolo si inserisce nel solco di una serie di studi dedicati all'argomento dei consorzi e delle reti di imprese, fra le monografie: DORIA, *L'attività consortile fra interessi dei consorziati e danno ai creditori*, Napoli, 2011, ID. *Gestione rappresentativa e gestione associativa nella rete di imprese*, Napoli 2012, ID., *Impresa ed insolvenza nella rete priva di soggettività giuridica*, Napoli, 2015; fra i saggi, ID., *L'insolvenza delle organizzazioni costituite per il rafforzamento delle imprese partecipanti al gruppo*, in *Riv.dir.impr*. 2014, 51, ID., *La resilienza delle reti di imprese e dei consorzi*, in *Foro nap*. 2015, 673, ID., *La partecipazione alle gare di appalto pubblico da parte delle "aggregazioni" fra le imprese partecipanti al contratto di rete*, in questa *Rivista* n. 5-6/2016, ID., *Consorzi (con attività esterna ed interna), reti (con o senza soggettività giuridica), e responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Riv.dir.impr*. n.3/2016; cui si rinvia per gli aspetti già trattati ed i relativi riferimenti di dottrina e giurisprudenza, in modo da potersi limitare ad evidenziare soltanto i profili che possano risultare di interesse rispetto specificamente alla capacità di promozione della innovazione tecnologica: un argomento che appare di estrema attualità e che forse andrebbe affrontato in ambito comunitario, quale strumento strategico di ripresa dell'economia e difesa della concorrenzialità delle imprese.

nell'arco di circa un decennio la robotica approderà a risultati tali da generare tecnologie di *Artificial Intelligence*, capaci anche di creare nuove opere dell' ingegno tecnologico (dunque in diretta concorrenza con quelle di origine umana), e con un impatto rispetto al diritto della proprietà intellettuale (industriale e d'autore) ancora tutto da verificare[2].

E' evidente allora che, l'innovazione tecnologica non solo può rappresentare un valore aggiunto per la crescita delle imprese (e dell'economia), ma si accinge a determinare una trasformazione *reale* del mercato (e della società) rispetto alla quale le tradizionali categorie giuridiche devono andare alla ricerca di un nuovo punto di equilibrio. Ed anche il concetto di avviamento è destinato ad una rivisitazione, visto che il peso specifico dei valori immateriali (industriali ed intellettuali, brevetti, *software*, *design*, opere di *Artificial Intelligence*) che può derivare da un proficuo sfruttamento della capacità innovativa, è destinato presumibilmente a crescere ed a determinare una rivalorizzazione della componente immateriale del valore dell'azienda, in una nuova dimensione tecnologica.

In quest'ambito dunque, reti di imprese e *start up* innovative, insieme, possono di certo giocare un ruolo propulsivo.

2. *Un'analisi statistica del ricorso al contratto di rete in rapporto alla componente della innovazione tecnologica.*

I dati statistici dimostrano (il rapporto è evidenziato nel *Report* di Retimpresa al I semestre 2019) uno scarso ricorso al collegamento fra gli istituti: infatti, soltanto n.114 *start up* innovative risultano aver preso parte a contratti di rete. Viceversa, le reti di imprese in generale hanno riscontrato una crescita esponenziale nel tempo: si parla al I semestre del 2019, in base al medesimo *Report* di Retimpresa, di n.5.557 reti con addirittura n.33.275 imprese coinvolte[3].

[2] Nel diritto della proprietà intellettuale la dottrina è chiamata ad interrogarsi sull'impatto che è destinato a provocare l'espansione della componente tecnologica nella produzione dell'opera dell'ingegno e che perviene ad un punto di massima rottura con la sostituzione soggettiva dell'agente robotico all'uomo. Sull'argomento, SPEDICATO, *Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale*, in *Riv.dir.ind*. 2019, 253 ss., OLIVIERI, *Dal mercato delle cose al mercato delle idee*, in *Riv.soc*. 2017, 815 ss., MUSSO, *L'impatto dell'ambiente digitale su modelli e categorie dei diritti d'autore o connessi*, in *Riv.trim.dir.proc.civ*. 2018, 471 ss., LAVAGNINI, *Intelligenza artificiale e proprietà intellettuale: proteggibilità delle opere e titolarità dei diritti*, in *Dir.aut*. 2018, 360 ss., nonché per ulteriori osservazioni sia consentito rinviare a DORIA, *Tecnologia e proprietà intellettuale*, in *i-lex* 2019, f. 12 1-3, p. 83 ss.: in questo ambito deve essere tenuto in debita considerazione il profilo concorrenziale, per l'appunto legato alla capacità innovativa delle imprese; e così si rinviene il legame funzionale che può svolgere il ricorso alla rete di imprese come strumento di promozione della innovazione tecnologica in una fase così delicata quale quella di perfezionamento dell'industria robotica, in una prospettiva comparativa che deve tener conto a livello globale degli sviluppi quanto meno delle principali economie ed *in primis* di quella cinese.

[3] Al 1 luglio 2020 invece, su 6.211 contratti di rete le reti-contratto sono 5.317 (86%) e le reti-soggetto 894 (14%) ed è da determinare il rapporto con le *start-up*.

Al successo delle reti di imprese deve sicuramente aver contribuito anche la fruibilità degli incentivi ed agevolazioni fiscali, consentite dalla legislazione speciale. E vedi di recente il decreto Min. sviluppo ec. 30 agosto 2019 (G.U. n. 244 del 17 ottobre 2019) di revisione della disciplina attuativa degli interventi agevolativi per le aree di crisi industriale ai sensi della l.n. 181 del 1989: ove sono ammesse fra i soggetti beneficiari anche le reti di imprese (art. 4, II co.) e sono concesse agevolazioni sia per i progetti di "innovazione dell'organizzazione" (art. 5, I co.) che per la realizzazione di nuove unità produttive "tramite l'adozione di soluzioni tecniche, organizzative e/o produttive innovative rispetto al mercato di riferimento" (art. 5, II co., lett. *a*). Nonché il decreto dir. Min. sviluppo ec. 25 settembre 2019, che riconosce in attuazione dell'art. 1, co. 228, l. n. 145 del 2018, un contributo in forma di *voucher* per l'acquisto di consulenze specialistiche in caso di adesione ad un contratto di rete avente nel programma comune "lo sviluppo di processi innovativi in materia di trasformazione tecnologica e digitale…".
Sarebbe riduttivo offrire una interpretazione influenzata dall'aspetto tributario, che pure esiste ma accede rendendo di certo più appetibile il ricorso allo strumento di rete il cui sviluppo però si deve alla speciale elasticità contrattuale, che consente di spaziare dalla gestione organica del contratto associativo (come la rete-soggetto, sostanzialmente quanto meno in parte sovrapponibile al consorzio con attività esterna) a quella ben più snella della gestione rappresentativa del mandatario comune[4] (diversa perciò da quella consortile, come nelle reti-contratto che peraltro stando ai Report di Retimpresa rappresentano la forma prescelta in assoluta e dunque la vera novità ed il reale fattore di sviluppo dell'istituto).
Quanto alle reti di imprese costituite per la realizzazione di un programma comune strumentale alla promozione della innovazione tecnologica, merita di essere segnalato l'accordo quadro stipulato fra il Min. sviluppo ec. e Retimpresa del 19 ottobre 2018, di durata biennale, con cui le parti si sono impegnate (art. 2) a "favorire lo scambio e la diffusione di informazioni in merito alle normative, agli strumenti operativi e agli incentivi esistenti per un corretto e proficuo utilizzo della proprietà industriale, a titolo esemplificativo nei seguenti ambiti: innovazione scientifica e tecnologica, trasferimento tecnologico, protezione del *design* e dei brevetti, utilizzo dei principali incentivi fiscali, come ad esempio il *patent box*, e delle misure agevolative disponibili".

3. *I profili critici, nell'applicazione normativa, del ricorso a reti di imprese per la promozione tecnologica.*

[4] Su questi profili sia sotto l'ambito gestorio che nella prospettiva dell'insolvenza, con riferimenti di dottrina e giurisprudenza, sia consentito rinviare a *Gestione rappresentativa e gestione associativa nella rete di imprese*, cit., *Impresa ed insolvenza nella rete priva di soggettività giuridica*, cit..

E veniamo così all'argomento specifico della indagine: qual è la disciplina applicabile, e quali profili si segnalano –se del caso, anche critici- in ordine all'utilizzo di reti di imprese per lo sviluppo di un programma diretto alla promozione tecnologica?

Come noto, la rete di imprese può essere dotata o non di soggettività giuridica, e questa circostanza viene a dipendere dalla osservanza di condizioni di forma e di pubblicità stabilite dalla legge. E' evidente pertanto che laddove si sia in presenza di una rete-soggetto l'attuazione del programma diretto alla promozione della capacità innovativa delle imprese aggregate è interamente rimesso alla struttura associativa che a mezzo dei propri organi ne potrà disporre. In tal modo il risultato della attività svolta nella promozione della innovazione (brevetti, *softwar*e ed in generale, tutti i diritti di proprietà immateriale, industriale e –laddove consentito- autoriale) non potrà che rientrare nella titolarità della rete in quanto soggetto distinto dai suoi compartecipi e dotata di un proprio patrimonio.

Ma la possibilità di uno svolgimento di un'attività reale all'esterno non viene qui a dipendere esclusivamente dall'acquisto della soggettività giuridica (secondo la dicotomia tradizionale consorzi con attività interna – consorzi con attività esterna) bensì può derivare anche dalla sussistenza di un "fondo patrimoniale comune e di un organo comune destinato a svolgere attività, anche commerciale, con i terzi": in tal caso, in base al n.2 comma 4-*ter*, "al fondo patrimoniale si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 2614 e 2615, secondo comma, del codice civile; in ogni caso, per le obbligazioni contratte dall'organo comune in relazione al programma di rete, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo comune".

E' così evidente che l'assenza di soggettività giuridica non impedisce lo svolgimento di un'attività rilevante nei confronti dei terzi, ricorrendo alla figura di un mandatario con rappresentanza, al quale è demandato il ruolo di compiere tutti gli atti rientranti nel programma comune e così adottare nell'interesse comune di tutti i compartecipi al gruppo le iniziative rivolte allo sviluppo della capacità innovativa secondo quanto previsto nel contratto costitutivo: in particolare, ivi devono essere specificamente indicati (n. 2 lett.*b*, del medesimo comma 4-*ter*) gli "*obiettivi strategici di innovazione* e di innalzamento della capacità competitiva dei partecipanti e le *modalità concordate* con gli stessi per misurare l'*avanzamento verso tali obiettivi*".

E' stato ampiamente osservato come in tal caso, il rapporto fra il rappresentante comune e gli imprenditori aggregati, non sia di carattere organico ma vada inquadrato nell'ambito del mandato (con rappresentanza); con la conseguenza, che gli effetti dell'attività gerita sono a carico del fondo patrimoniale comune laddove si tratti di atti svolti nell'interesse di tutti gli aggregati, viceversa sono imputati di regola direttamente nella sfera giuridica dei singoli aggregati se l'attività è svolta nel

loro interesse particolare (secondo dunque la disciplina ordinaria della rappresentanza)[5].
E si è osservato, come il ricorso al mandato con rappresentanza, serva in fondo proprio ad evitare l'accentramento nella gestione organica tipica della funzione associativa, laddove si è in presenza in fondo di una attività di mero rafforzamento (individuale e collettivo) di gruppo ove le imprese possano conservare integra la propria indipendenza.

4. *Il problema della disposizione dei beni di proprietà industriale ed intellettuale, attratti al regime di comunione in assenza di convenzione contraria.*
Ovviamente la conseguenza, in ambito patrimoniale, dello svolgimento di un'attività nell'interesse di tutti i compartecipi ma non associativa, è che i contributi eventualmente versati ed i beni che sono acquistati ovvero ottenuti mediante l'impiego delle risorse comuni –una volta esclusa l'ammissibilità ovvero la rilevanza di una impresa "comune"- restino assoggettati alla disciplina ordinaria della comunione.
E tuttavia proprio nell'ambito dello sfruttamento e della disposizione dei *beni* di *proprietà industriale ed intellettuale*, che la rete-contratto venga ad acquisire nel corso dello svolgimento della attività comune (nell'esecuzione del programma di sviluppo della *innovazione* delle imprese), sono state giustamente evidenziate in dottrina le difficoltà relative ad un *co*-uso di questi valori immateriali rispetto alla esclusiva che normalmente segue alla loro titolarità (ex art. 1102 e 1105 c.c.)[6].
Il risultato naturale dell'attuazione del programma di innovazione stabilito in contratto di rete, può essere infatti l'acquisto (mediante brevetto, ovvero a titolo originario per effetto della semplice creazione, a seconda dei sistemi –industriale o autoriale- di riferimento) dei diritti di proprietà immateriale da parte del gruppo di rete. Questa conseguenza è peraltro consentita anche dall'utilizzo del regime di *co*datorialità dei dipendenti ingaggiati secondo le regole stabilite nello stesso contratto di rete, per quanto disposto dall'art. 30 d.lgs. 276/2003 come modificato dalla l. 9 agosto 2013 n. 99 di conv. con mod. del d.l. n. 76/2013, con imputazione dei

[5] Vedi DORIA, *Gestione rappresentativa e gestione associativa nella rete di imprese*, cit., ID., *Impresa ed insolvenza nella rete priva di soggettività giuridica*, cit., ove riferimenti.
[6] In tal senso la segnalazione di SPOLIDORO, *Reti di imprese e diritti di proprietà industriale*, in *Riv.dir.ind*. 2014, 245 ss., che evidenzia il legame fra contratto di rete e diritti di proprietà intellettuale ed industriale, e pone la questione della *governance* delle esclusive da proprietà immateriale nelle reti: la difficoltà non si intravede laddove si sia in presenza di reti-soggetto, ovviamente verificandosi in tal caso (come per il consorzio con attività esterna) l'acquisto in capo all'organizzazione dotata di soggettività giuridica; bensì nella fattispecie diversa della rete-contratto ove si sarebbe in presenza di una comunione dei relativi diritti di proprietà industriale, ma l'applicazione dell'art. 1102 c.c. viene ritenuta alquanto problematica rispetto all'effetto antimonopolistico dell'esclusiva trattandosi di un brevetto per invenzione ovvero di una registrazione di marchio etc.

diritti –salvo diversa pattuizione nel contratto di lavoro- in comunione al gruppo di imprese.

5. *Il ruolo centrale dell'autonomia negoziale, strumenti governativi di incentivo e crisi dell'economia.*

In effetti, una volta che il programma comune di innovazione tecnologica sia pervenuto a dei risultati significativi, sorge il problema di stabilire a quale regolamentazione questi ultimi debbano essere assoggettati. Proprio perché, se da un lato è fisiologico che l'utilizzo del bene di proprietà immateriale acquista un significato (ed un valore) che è direttamente proporzionale all'effetto di esclusiva che ne consegue e dunque alla possibilità dell'impresa di impedire lo sfruttamento da parte di altri, dall'altro però non sembra nemmeno agevole un ricorso (necessariamente per analogia, atteso che il predetto comma 4-*ter* dell'art. 3 d.l. n. 5/2009 sul punto nulla prevede) alla disciplina consortile di cui agli art. 2606 e 2607 c.c.. Invero, quanto meno per l'art. 2606 c.c. sussiste la difficoltà di autorizzare alla maggioranza di gruppo "l'attuazione dell'oggetto" che nella fattispecie si risolve nella esecuzione del programma contrattuale; ed in tal modo, la conseguenza non sarebbe altro che tornare alla gestione associativa (di stampo consortile) attribuendo al potere della maggioranza una capacità dispositiva che il legislatore ha inteso evitare creando l'alternativa della gestione di rete(contratto); così in fondo tradendo quella che può identificarsi come la vera *ratio* dell'intervento normativo, di semplificazione della funzione di gruppo.

Non resta dunque che affidarsi alla disciplina della comunione, che peraltro è espressamente richiamata sia dal codice della proprietà industriale (art. 6 c.p.i.)[7] che dalla legge sul diritto d'autore (art. 10 l.a.)[8]. Viceversa, per l'"attuazione del contratto" nella disciplina del consorzio si può applicare l'art. 2606 c.c. che tuttavia attribuisce al potere della maggioranza (in termini ben più circoscritti e non invadenti i poteri individuali) semplicemente il compimento degli "atti di ordinaria amministrazione".

A fronte di questi dati normativi, se si vuole dare uno slancio competitivo all'organizzazione di rete in questo ambito ed evitare l'inciampo in questioni interpretative (che peraltro sembrano incombere sia nella disciplina consortile che nella comunione), un ruolo centrale sembra doversi riservare alla autonomia negoziale[9].

[7] "Se un diritto di proprietà industriale appartiene a più soggetti, le facoltà relative sono regolate, *salvo convenzioni in contrario*, dalle disposizioni del codice civile relative alla comunione in quanto compatibili".

[8] In presenza ovviamente di un contributo "indistinguibile ed inscindile" imputato al gruppo di rete non soggettivizzato, e così acquisito al patrimonio del relativo "fondo comune".

[9] SPOLIDORO, *Reti di imprese e diritti di proprietà industriale*, cit., 245 ss, secondo cui "il contratto di rete, quando preveda o dia luogo a una comunione di diritti di proprietà industriale, deve dunque regolamentare i diversi

E' infatti opportuno che il contratto di rete regolamenti dettagliatamente sia l'utilizzo (in termini sia di uso singolo, che comune) che la disposizione (licenza d'uso, alienazione, etc.) dei diritti di proprietà immateriale derivati dall'attuazione del programma di innovazione, da parte degli aggregati al gruppo; diversamente, la gestione da parte del rappresentante non potrà che riferirsi alla disciplina del mandato collettivo, mentre sul piano patrimoniale non potrà che applicarsi la disciplina ordinaria della comunione.

In questo ambito e vista la rilevanza dello sviluppo della capacità innovativa delle imprese anche ai fini della concorrenzialità fra i mercati, è da verificare il ruolo propulsivo eventualmente svolto dalla collaborazione sancita con il citato accordo quadro fra Ministero dello sviluppo economico e Retimpresa del 19 ottobre 2018, che essendo di durata biennale è in scadenza. E ciò sia al fine di prendere in considerazione una eventuale proroga, che di vagliare ulteriori misure –anche normative- da adottare per rilanciare la competitività innovativa delle imprese a fronte della grave contingenza economica e sanitaria tuttora in corso.

aspetti dell'acquisto della conservazione, dell'estensione, della gestione e della licenza d'uso di diritti. Pena, il caos più assoluto".

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'elaborazione dottrinale sull'autotutela decisoria ad esito eliminatorio nei confronti del provvedimento nullo.

di Roberto Musone

(Laurea magistrale in Scienze delle pubbliche amministrazioni, Università di Roma "La Sapienza" - "Grado" in "Derecho", Università "Antonio de Nebrija" di Madrid)

Sommario

1. Premessa. – 2. L'opinione negatrice dell'ammissibilità della rimozione in autotutela del provvedimento nullo. – 2.1. Le tesi. – 2.2. Osservazioni critiche. – 3. Natura giuridica dell'atto di autotutela e schemi interpretativi. – 4. La tesi dell'applicabilità analogica dell'art. 21-nonies della legge n. 241/1990. – 5. La tesi dell'inapplicabilità analogica dell'art. 21-nonies della legge n. 241/1990. – 6. La tesi della natura dichiarativa. – 7. La tesi dell'eliminazione automatica degli effetti materiali del provvedimento nullo. – 8. La tesi della natura vincolata. – 9. Conclusioni.

Abstract

The increased interest of the legislator in administrative self-defense, particularly shown by ll. nos. 164/2014 and 124/2015 and spilled over to the same doctrine, in which the idea of a re-elaboration of the institute in general terms is widespread, brings to the attention of the scholar of the administrative procedure a renewed stimulus for the issue of self-protection against of the null measures, on which no dedicated study has been found so far.
In fact, while the doctrine has dealt extensively with the theme of administrative self-protection since the Benvenutian reorganization of the late fifties, the legislator has only addressed it in the twenty-first century starting from l. n. 15/2005, with respect to which the reforms of 2014 and 2015 represent a further advance in the countertrend to break away from the substantial lack of interest shown towards the institute in the last century.

1. *Premessa.*

L'accresciuto interesse del legislatore per l'autotutela amministrativa, mostrato particolarmente dalle ll. nn. 164/2014 e 124/2015 e riversatosi sulla stessa dottrina[1], nella quale è diffusa l'idea di una rielaborazione dell'istituto in termini generali[2], pone all'attenzione dello studioso del procedimento amministrativo un rinnovato stimolo per la tematica dell'autotutela nei confronti dei provvedimenti nulli, sulla quale non è dato riscontrare finora alcuno studio dedicato.

In effetti, mentre la dottrina ha trattato diffusamente il tema dell'autotutela amministrativa fin dalla risistemazione benvenutiana della fine degli anni Cinquanta[3], il legislatore lo ha affrontato solo nel ventunesimo secolo a partire dalla l. n. 15/2005, rispetto alla quale le riforme del 2014 e 2015 rappresentano un ulteriore avanzamento nella controtendenza a distaccarsi dal sostanziale disinteresse mostrato verso l'istituto nel secolo scorso.

Nella tematica *de qua* emerge anzitutto il risultato in qualche modo «paradossale»[4] della riforma del 2005, che ha previsto la revoca degli atti inopportuni e

[1] Ancor prima delle riforme in oggetto è dato rilevare una rinnovata attenzione dottrinale per il tema in esame, significativamente attestata dal numero impressionante di studi monografici usciti nell'ultimo decennio, sia sull'istituto in generale che sulle singole figure, tra i quali, senza pretese di esaustività, cfr. M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, II ed., Napoli, 2018; A. ARDITO, *Revoca e nuovi modelli amministrativi di rivedibilità*, Bari, 2008; F. ASTONE, *Nullità* e annullabilità del provvedimento amministrativo. Profili sostanziali e tutela giurisdizionale, Soveria Mannelli, 2009; J. BERCELLI, *La teoria degli atti confermativi. Tra interesse legittimo del richiedente e interesse legittimo del controinteressato*, Napoli, 2012; C. BIONDI, *L'autotutela. Profili giuridici e aspetti applicativi. Autotutela amministrativa, autotutela tributaria, procedimento e fasi, autotutela sostitutiva, limiti, autotutela in contenzioso, ipotesi di responsabilità, autotutela e istituti deflativi*, Santarcangelo di Romagna, 2013; G. CATALDO SALERNO, *La revoca dei provvedimenti amministrativi ed i principi della funzione*, Torino, 2014; R. CIFARELLI, *L'autotutela amministrativa dopo la riforma Madia e il nuovo codice dei contratti pubblici*, Roma, 2016; P. COTZA, *Dell'interesse pubblico e di altri incidenti nell'annullamento d'ufficio e nella convalida delle fattispecie precettive di diritto amministrativo*, Napoli, 2012; S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015; B.E.G. FUOCO, *Manuale dell'autotutela decisoria nei procedimenti di evidenza pubblica. Guida all'annullamento e alla revoca degli atti di gara*, Santarcangelo di Romagna, 2009; G. GALLONE, *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto*, Bari, 2016; G. GALLONE, *Annullamento d'ufficio e risoluzione del contratto pubblico. Nuove prospettive alla luce del codice dei contratti pubblici e del correttivo del 2017*, Roma, 2017; P. GIANNITI (a cura di), *La disciplina dell'autotutela. Nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, Padova, 2010; A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2017; G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, 2013; A. LUPO, *Premesse per uno studio sulla revoca degli atti amministrativi*, Milano, 2013; B. MAMELI, *L'istituto dell'annullamento tra procedimento e processo alla luce delle recenti novità normative*, Torino, 2017; E. MICHETTI, *La motivazione del provvedimento amministrativo impugnato. La convalida e l'integrazione*, Milano, 2012; [omissis]; [omissis]; C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018; P. POZZANI, *L'attività amministrativa sostanziale negli atti confermativi*, Napoli, 2012; F. PUBUSA-S. PUDDU (a cura di), *Procedimento, provvedimento e autotutela. Evoluzione e involuzione*, Napoli, 2019; A. RALLO-A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, 2016.

[2] Sul punto cfr. partic. NAPOLITANO, *op. cit.*, pp. 1-11.

[3] Cfr. F. BENVENUTI, voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, pp. 537 ss.

[4] L'espressione è di A.D. CORTESI, *Interruzione del rapporto organico e nullità del provvedimento*, in *Urb. e app.*, 2008, pp. 1303 ss., p. 1307.

l'annullamento d'ufficio degli atti illegittimi senza però contemplare alcuna forma di autotutela nei confronti di atti affetti da vizi ancora più gravi ed evidenti, diversamente da quanto previsto espressamente dagli ordinamenti amministrativi di altri Stati membri dell'Unione europea[5].

In realtà, il paradosso è solo apparente, se tiene presente che il rinnovato interesse per l'autotutela amministrativa ha lambito solo marginalmente la questione in esame, della quale vi è traccia per lo più in parti isolate di trattazioni manualistiche o monografiche. In effetti, come è stato constatato, il tema in esame praticamente non è stato quasi mai studiato dalla dottrina[6], le cui ricerche in proposito sono tuttora scarse, non esaustive e, soprattutto, assolutamente incomparabili con quelle relative all'annullamento d'ufficio e alla revoca, su cui si sono polarizzati gli interessi della letteratura rispetto alle quattro forme di autotutela fornite di una disciplina positiva.

Inoltre, nel codificare tale istituto, come è noto, la l. n. 15/2005 ha essenzialmente trasposto a livello legislativo le conclusioni alle quali era già arrivata la giurisprudenza. Ora, alla luce della formulazione dell'art. 21-*septies* della l. n. 241/1990, che si limita ad una mera enumerazione delle ipotesi di nullità, resta totalmente indeterminata la possibilità per la pubblica amministrazione di eliminare in via di autotutela il provvedimento nullo mediante strumenti, modalità e forme diverse da quelle dell'annullamento d'ufficio. La decisione di non specificare nell'art. 21-*septies* le conseguenze giuridiche che l'ordinamento attribuisce alla nullità del provvedimento non ha quindi facilitato l'obiettivo degli organi giurisdizionali e amministrativi, deputati all'applicazione della disposizione in esame, di separare dall'annullabilità questa forma di invalidità, una scelta che anzi sembra quasi evidenziare lo scarso peso assegnato dal legislatore ad essa nell'ordinamento amministrativo[7].

Del resto, la giurisprudenza ha affermato sempre che, mentre nel sistema delle invalidità civili la nullità è la regola e l'annullabilità l'eccezione, in quello delle invalidità amministrative l'annullabilità è la regola e la nullità l'eccezione[8]. Inoltre,

---

[5] Si veda, ad esempio, l'art. 106 della *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas,* relativo alla *revisión de oficio* dei provvedimenti e dei regolamenti nulli, in rapporto alla disciplina via via sempre meno garantista e procedimentalizzata relativa della *declaración de lesividad* dei provvedimenti illegittimi (art. 107), alla *revocación* dei provvedimenti inopportuni (art. 109, co. 1), alla *suspensión* (art. 108) e alla *rectificación* (art. 109, c. 2). Si veda, ad esempio, l'art. 106 della *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*. In precedenza, di tenore quasi analogo all'art. 106 *della Ley 39/2015*, si veda l'art. 102 della *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*.

[6] In tal senso cfr. A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, p. 324.

[7] Cfr. M. DELSIGNORE, *L'ordinaria rilevanza dell'atto nullo*, in *Dir. amm.*, 2015, pp. 851 ss., p. 873.

[8] Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 8 maggio 2018, n. 2727, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*; id., sez. IV, 3 gennaio 2018, n. 28, *ivi*; id., 2 aprile 2012, n. 1957, in *www.dejure.it*; id., 28 ottobre 2011, n. 5799, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr; sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983, *ivi*; id., sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498, *ivi*; id., sez. VI, 13 giugno 2007, n. 3173, *ivi*; id., 28 febbraio 2006, n. 891, *ivi*.

l'imprescrittibilità della nullità civile è stata sempre considerata difficilmente compatibile con le esigenze di certezza del diritto che si impongono nell'ordinamento amministrativo e che invece l'annullabilità garantisce in misura maggiore, dato che l'azione di annullamento è soggetta al breve termine decadenziale di sessanta giorni previsto dall'art. 29 c.p.a.[9].

Nonostante i progressi realizzati nella regolamentazione degli effetti e degli aspetti processuali della nullità provvedimentale con l'introduzione del codice del processo amministrativo, quantunque tardivi e parziali, e le importanti modifiche che hanno conosciuto le disposizioni del titolo IV-*bis* della l. n. 241/1990 a partire dalle riforme del 2014 e del 2015, a tutt'oggi non risulta che il legislatore abbia mai preso in considerazione l'ipotesi di introdurre nella legge sul procedimento amministrativo una specifica disposizione relativa all'autotutela nei confronti della più grave delle forme di invalidità. La conseguenza di questa lacuna normativa è che la regolamentazione di tale tipologia di autotutela è tuttora rimessa solo all'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale.

Ragioni di economia del lavoro ci inducono poi ad escludere dall'analisi l'autotutela decisoria ad esito conservativo, tenuto conto anche che da sempre maggiori sono le riflessioni sia dottrinali che giurisprudenziali su quella ad esito eliminatorio. In tal senso, se da un lato è evidente che l'autotutela amministrativa trova le maggiori occasioni per poter essere esercitata negli atti di ritiro, dall'altro può osservarsi che con la l. n. 80/2005 il legislatore ha inserito per la prima volta il termine «autotutela» nella l. n. 241/1990 solo con riferimento alla revoca e all'annullamento d'ufficio, rispettivamente, all'art. 19 per la dichiarazione di inizio attività (d.i.a.), e all'art. 20 per il silenzio-assenso, prevedendo in entrambi i casi il potere dell'amministrazione di «assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*». Nella versione attuale dell'art. 19, in relazione alla segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.), il termine è stato soppresso dalla l. n. 124/2015, ma è stato comunque doppiamente previsto da ultimo dal d.lgs. n. 127/2016 nell'art. 14-*quater* in relazione alla decisione della conferenza di servizi, il quale contempla il potere delle amministrazioni, i cui atti siano sostituiti dalla determinazione motivata di conclusione della conferenza, di sollecitare l'amministrazione procedente ad assumere «determinazioni in via di autotutela ai sensi dell'articolo 21-*nonies*», previa indizione di una nuova conferenza o, qualora esse vi abbiano partecipato, di assumere direttamente «determinazioni in via di autotutela ai sensi dell'articolo 21-*quinquies*». In tal modo, dunque, sin dalla riforma del 2005, il legislatore mostra di aderire ad una concezione dell'autotutela, già sviluppata da una lunga tradizione pretoria, riferita essenzialmente alla tipologia decisoria ad esito eliminatorio, dato

[9] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 8 maggio 2018, n. 2727, cit. e T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 12 aprile 2012, n. 1006, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

che la giurisprudenza si è sempre focalizzata sulla nozione di autotutela intesa come potere di ritiro dei provvedimenti, dunque incentrata sull'annullamento d'ufficio e sulla revoca[10].
Per contro, non è possibile invece trattare la problematica in esame in relazione all'autotutela esecutiva perché per l'opinione largamente prevalente questa è inammissibile nei confronti del provvedimento nullo, dato che un atto *ab origine* improduttivo di effetti a maggior ragione non può essere portato ad esecuzione coattiva, la quale costituisce senz'altro un illecito[11]. Se ciò avviene, va garantita al privato entro termini prescrizionali la tutela giurisdizionale ed in specie la tutela risarcitoria piena, previa declaratoria di nullità dell'atto. Del resto, anche la tesi che ritiene esperibile l'esecuzione coattiva di un provvedimento nullo – distaccandosi dalla dottrina classica per la quale l'esecutorietà è un carattere che discende direttamente dall'esercizio di un potere esistente, imperativo e presuntivamente legittimo, dalla quale ne è quindi escluso il provvedimento nullo[12] – dà ampio spazio alle garanzie del privato circa il diritto a richiedere la reintegra nello *status quo ante* anche in via cautelare e il risarcimento dei danni subiti, come ammesso pacificamente dalla giurisprudenza[13].

2. *L'opinione negatrice dell'ammissibilità della rimozione in autotutela del provvedimento nullo.*

2.1 *Le tesi.*

Nell'ambito della posizione che nega apertamente la configurabilità di tale forma di autotutela, secondo una prima tesi, che parte dal presupposto teorico dell'identità tra le nozioni di nullità ed inesistenza dell'atto amministrativo, ovvero dell'inutilità della relativa distinzione[14], l'annullamento in autotutela di un provvedimento nullo sarebbe inammissibile in senso sia tecnico che normativo. Infatti: a) il provvedimento nullo è *ab origine* privo di effetti giuridici, per cui non è possibile ipotizzarne un annullamento consistente invece in una rimozione di effetti giuridici; b) esso può

[10] Cfr. G. LIGUGNANA, *I percorsi dell'autotutela tra discrezionalità e certezza delle situazioni giuridiche*, in G. SALA-G. SCIULLO (a cura di), *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, Napoli, 2017, pp. 127 ss., p. 130.

[11] Cfr., fra i tanti, F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, VI ed., Milano, 2011, tomo II, p. 2104; F. CARINGELLA-M. PASTORE, *Manuale di diritto amministrativo*, tomo V, *L'invalidità del provvedimento*, Roma, 2014, p. 197; G. CARLOTTI, *Il nuovo provvedimento amministrativo. Leggi n. 15 e n. 80 del 2005*, Padova, 2005, p. 434; D. PONTE, *La nullità dell'atto amministrativo. Procedimento e processo*, Milano, 2015, p. 245; A. SUSCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo la legge n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2005, p. 137.

[12] Cfr. E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, p. 210; G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936, pp. 102 e 105, nt. 2; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, VIII ed., Milano, 1958, p. 297.

[13] Cfr. BARTOLINI, *op. cit.*, pp. 333-338.

[14] Cfr. S. VINTI-D. CAPOTORTO, *L'azione di nullità nel processo amministrativo*, Milano, 2008, p. 7.

eventualmente produrre solo effetti materiali, che il mero annullamento in autotutela è quindi incapace di rimuovere, occorrendo a tal fine comportamenti attivi di ripristino della situazione *qua ante*; c) ai fini della rimozione degli effetti materiali l'annullamento in autotutela è superfluo, in quanto non vi è alcun rapporto giuridico tra il provvedimento nullo e tali effetti, che costituiscono la conseguenza di meri comportamenti privi di copertura giuridica, atteso che l'esecuzione dell'atto nullo o inesistente costituisce un comportamento a sé stante non riconducibile all'atto[15]; d) dal punto di vista normativo, l'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990 limita chiaramente la sua portata applicativa alle ipotesi di illegittimità di cui all'art. 21-*octies*, con implicita esclusione delle ipotesi di nullità di cui all'art. 21-*septies*, per cui il provvedimento nullo può essere liberamente ritirato dall'amministrazione senza la necessità di rispettare i rigidi requisiti fissati dall'art. 21-*nonies*. Si tratterebbe, insomma, di un regime di «libera rimovibilità»[16].

Alternativamente, secondo un'altra posizione, l'assenza di un'espressa previsione del potere di annullamento in autotutela nei confronti dei provvedimenti nulli nella l. n. 15/2005, sarebbe verosimilmente dovuta all'inefficacia stessa dell'atto nullo, inidoneo a modificare l'altrui sfera giuridica. L'impossibilità di prefigurare un effetto di affievolimento delle situazioni giuridiche soggettive che vengono a contatto con il provvedimento nullo renderebbe quindi non necessario né possibile un intervento di secondo grado. In tal senso, la nullità, come intesa dal legislatore del 2005, dovrebbe intendersi come inesistenza/inqualificazione piuttosto che come nullità/qualificazione negativa[17]. Non si tratterebbe cioè di un'invalidità operante di diritto, nel senso che l'atto venuto in essere sarebbe oggetto di una qualificazione negativa da parte dell'ordinamento conseguente ad uno scrutinio da parte dell'organo giurisdizionale – o amministrativo – in quanto titolo presuntivamente valido. Al contrario, poiché non vi è stata alcuna spendita di potere ma si è in presenza di un *quid facti* giuridicamente irrilevante ed inqualificabile come provvedimento, la domanda giudiziale dovrebbe essere rigettata per carenza di interesse all'azione *ex* art. 100 c.p.c. Ciò almeno in relazione alla nullità per difetto assoluto di attribuzione e per carenza degli elementi essenziali dell'atto, dovendo

[15] Si richiama, in tal senso, l'opinione di E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria dei cittadini verso la pubblica amministrazione*, II ed., Milano, 1964, p. 171 (*id.*, p. 6, nt. 15).

[16] *Id.*, p. 7.

[17] È noto infatti che mentre la nullità è una qualificazione negativa, l'inesistenza, anche come categoria giuridica, è una inqualificazione giuridica, in quanto appartenente ad un ordinamento pregiuridico, cioè a quello sociale, diverso da quello giuridico (cfr. BARTOLINI, *op. cit.*, pp. 94, 129-130 e P. ADAMI, La nullità del provvedimento amministrativo. Considerazioni sostanziali e processuali, in *Riv. amm.*, 2007, pp. 747 ss., p. 752). In senso critico verso tale distinzione concettuale cfr. PONTE, *op. cit.*, p. 35, per il quale la distinzione fra piano sociale pregiuridico e piano giuridico esprime una visione ormai superata, in luogo della quale propone di definire l'atto inesistente come un «*quid facti*, giuridicamente irrilevante». In realtà, di «*quid facti inutilis*» parla anche la giurisprudenza a proposito del provvedimento nullo (cfr. T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 4 maggio 2012, n. 178, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*).

invece propendersi per la nullità/qualificazione negativa in caso di violazione o elusione del giudicato, perché in tale ipotesi è comunque rinvenibile a monte un provvedimento emanato nell'esercizio di un potere attribuito all'amministrazione da una norma di legge. Tuttavia, anche da tale ipotesi di nullità non discende alcun effetto giuridico, perché la fattispecie che è stata oggetto della tentata regolamentazione amministrativa risulta disciplinata dalla fonte di un altro potere dello Stato, per cui il principio di separazione dei poteri non tollera che una fattispecie già definita in via giurisdizionale si vada a sovrapporre ad un'altra definibile in via amministrativa[18].

Una terza posizione, basata invece sulla distinzione fra nullità ed inesistenza dell'atto amministrativo[19], non esclude in termini generali che l'amministrazione abbia il potere di riesaminare un proprio precedente provvedimento della cui nullità essa dubiti, perché la giurisprudenza stessa ritiene che l'amministrazione abbia il dovere di accertare la nullità dei propri atti[20]. Il problema resta però l'individuazione dello strumento che essa può utilizzare per rimuovere un provvedimento nullo. In sostanza, esclusa la possibilità di ricorrere in via analogica all'art. 21-*nonies*, perché la disposizione in parola si riferisce solo ai provvedimenti illegittimi, e preclusa *a fortiori* la possibilità di invocare l'art. 21-*quinquies* della stessa legge, che àncora la revoca ai provvedimenti inopportuni ma legittimi, la tesi dell'ammissibilità dell'autotutela si basa sull'erronea premessa che l'amministrazione avesse il potere di adottare il provvedimento originario invalido, che è appunto il presupposto teorico mancante nell'ipotesi della nullità, perché «l'amministrazione non può avere il potere di incidere su un atto che non aveva il potere di adottare», ammettendosi al massimo la sua convertibilità in applicazione analogica dell'art. 1424 c.c.[21].

Infine, un'altra posizione, più di scetticismo che di aperta negazione dell'ammissibilità di tale forma di autotutela, pur propendendo per la tesi dell'applicabilità analogica *in parte qua* dell'art. 21-*nonies*[22], solleva comunque dubbi sulla sua configurabilità sia perché la l. n. 241/1990 non la contempla espressamente sia perché essa pare avere accolto una nozione di autotutela come esercizio di un potere diverso da quello di cui è espressione l'atto adottato in primo grado. Infatti, nel dettare una disciplina completa dell'autotutela solo per determinate categorie di provvedimenti e nel prevedere regole rigide per la loro adozione, la riforma del 2005 ha ancorato implicitamente la facoltà della pubblica amministrazione di incidere unilateralmente sui propri atti ad una espressa disposizione di legge. In virtù quindi

[18] Cfr. L. D'ANGELO, *L'improduttività di effetti del provvedimento amministrativo nullo*, in *LexItalia.it*, n. 4/2005.

[19] Cfr. M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012, p. 186.

[20] *Id.*, p. 264, nt. 247, che richiama, Cons. Stato, sez. VI, 5 luglio 2000, n. 3708, cit.

[21] *Id.*, p. 265, nt. 247.

[22] Cfr. F. VETRÒ, *L'azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo*, Napoli, 2012, pp. 75 s.

del principio di legalità dell'azione amministrativa i provvedimenti di secondo grado volti a ritirare un atto nullo mancherebbero di fondamento giuridico[23].
D'altra parte, anche ammettendo la possibilità dell'amministrazione di eliminare in via di autotutela i propri atti nulli, questa facoltà deve comunque essere coordinata con la disciplina dell'azione amministrativa di nullità. Ora, la circostanza che l'amministrazione possa opporre in giudizio *sine die* la nullità dell'atto amministrativo che essa stessa ha emanato, in base all'art. 31, co. 4, c.p.a., rende evidente la natura residuale della figura del ritiro dell'atto nullo, dal momento che attraverso la propria difesa in giudizio essa può sempre determinarne la rimozione senza soggiacere a termini decadenziali o dover ricorrere a tale controversa figura di autotutela[24].
Ad ulteriore riprova di tale residualità si osserva poi che la nullità dell'atto amministrativo riguarda più il giudice che la pubblica amministrazione, dato che anche a tale forma di invalidità è applicabile la regola che vale per l'annullabilità secondo cui l'amministrazione deve eseguire l'atto amministrativo indipendentemente dalla sua eventuale invalidità, la quale solo successivamente può essere fatta valere davanti all'autorità giudiziaria. In altri termini, è principalmente in sede giurisdizionale che la legge affronta il problema degli effetti indiretti dell'esecuzione del provvedimento nullo, stabilendo se quello che è stato realizzato *sine titulo* deve essere conservato o se deve prevalere l'inefficacia. Però, appunto, quando l'esecuzione ha già avuto luogo[25].

2.2 *Osservazioni critiche.*
Volendo svolgere già in questa sede alcuni rilievi critici che si rivelano funzionali alla disamina delle successive riflessioni dottrinali, può osservarsi anzitutto che la prima posizione intercetta indubbiamente un limite all'effettività dell'autotutela sul provvedimento nullo quale strumento di garanzia delle situazioni giuridiche soggettive di cui il privato è titolare nei confronti dell'amministrazione che lo ha emanato.
Si tratta però di un limite che contraddistingue anche l'effettività della tutela giurisdizionale. In effetti, in presenza di un interesse legittimo pretensivo, una pronuncia che riconosca la nullità di un provvedimento di diniego elimina ogni incertezza in merito all'efficacia dello stesso, ma non per questo riveste per il privato natura pienamente satisfattiva del proprio interesse. Infatti, se si eccettua la nullità per carenza di potere, il conseguimento del bene della vita richiede comunque un operato attivo da parte dell'amministrazione il cui esito sia l'emanazione del

[23] *Id.*, p. 63.
[24] *Id.*, p. 76.
[25] Cfr. F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2010, p. 152.

provvedimento richiesto. Parimenti, in presenza di un interesse legittimo oppositivo la cui lesione sia conseguenza dell'esecuzione materiale del provvedimento, la pronuncia dichiarativa della relativa nullità, che si limiti ad accertare l'inefficacia giuridica originaria dell'atto, non assicura di per sé la rimozione degli effetti materiali che nel frattempo esso possa aver prodotto. In definitiva, la declaratoria giudiziale di nullità è necessaria ma non sufficiente, perché determina solo il venir meno del presupposto giuridico dell'attività compiuta dall'amministrazione e quindi la fonte da cui scaturiscono gli effetti materiali che si intendono rimuovere. I quali però, una volta divenuti *sine titulo*, possono e debbono essere eliminati, in maniera spontanea o coattiva[26]. Non si vede dunque in che modo possa negarsi tale rilievo – necessario ma non sufficiente – anche alla declaratoria di nullità in autotutela, che ove disposta produce lo stesso effetto, per quanto – ed è questo il *punctum dolens* – la sua attuazione non sia coercibile in sede giurisdizionale.

Inoltre, al di là del fatto che l'improduttività assoluta di effetti giuridici dell'atto nullo è stata contestata da una parte della giurisprudenza più recente[27], va chiarito cosa si intenda per «libera rimovibilità», perché la giurisprudenza maggioritaria ritiene imprescindibile la possibilità dell'amministrazione di accertare la nullità di un precedente provvedimento, al fine di rimuoverne gli effetti materiali, anche solo con un atto di c.d. «mero ritiro»[28], non rientrante nell'autotutela in senso proprio e non soggetto quindi ai requisiti degli art. 21-*quinquies* e 21-*nonies*[29], mentre resta minoritario l'orientamento che ritiene legittimo l'operato dell'amministrazione teso a rimuovere gli effetti materiali del provvedimento viziato da nullità senza necessità di dichiararla previamente[30].

Per quanto riguarda poi la seconda posizione, a seguire coerentemente la tesi che identifica la nullità dell'atto amministrativo nella sua inesistenza/inqualificazione, per il provvedimento illegittimo o inopportuno il carattere provvedimentale – rispettivamente – dell'annullamento d'ufficio o della revoca resta indiscusso, in quanto l'amministrazione incide nuovamente in maniera unilaterale sulla sfera di

[26] Cfr. M. LAMPIS, *Nullità e inesistenza del provvedimento amministrativo. Profili statici e dinamici del rapporto alla luce del nuovo codice del processo*, Università degli studi di Cagliari, Tesi di dottorato, A.a. 2012/2013 (*http://veprints.unica.it/1228/1/PhD_Thesis_LampisMichela.pdf*), cap. III, § 8, pp. 75-76 e, *ivi*, nt. 138.

[27] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 aprile 2012, n. 1957, cit. e id., 28 ottobre 2011, n. 5799, cit.

[28] Cfr. T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 22 maggio 2014, n. 371 in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr e Cons. Stato, sez. IV, 10 gennaio 2002, n. 114, *ivi*.

[29] Cfr., *ex plurimis*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-*ter*, 23 luglio 2019, n. 9832, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr; id., sez. II-*quater*, 25 giugno 2019, n. 8280, *ivi*; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 11 giugno 2019, n. 1323, *ivi*; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 4 dicembre 2018, n. 6953, *ivi*; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 3 gennaio 2018, n. 14, *ivi*; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 15 dicembre 2017, n. 2933, *ivi*; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 5 settembre 2017, n. 1783, *ivi*; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 19 settembre 2016, n. 559, *ivi*; T.A.R. Sardegna, sez. II, 15 luglio 2005, n. 1568, *ivi*; Cons. Stato, sez V, 9 maggio 2015, n. 3453, *ivi*; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 12 settembre 2010, n. 10100, *ivi*; Cons. Stato, sez. VI, 6 aprile 2010, n. 1907, *ivi*.

[30] Cfr. T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 21 novembre 2011, n. 946, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*; Cons. Stato, sez. V, 1 marzo 2010, n. 1156, *ivi*; T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 30 settembre 2005, n. 15722, *ivi*.

interessi dei destinatari del provvedimento di primo grado, rilevando l'esistenza di un vizio e rimuovendolo. Per contro, nel caso della declaratoria di nullità in autotutela, la sua qualificazione provvedimentale è dubbia, dato che apparentemente nessuna situazione giuridica soggettiva subisce pregiudizio poiché l'atto nullo non produce effetti. Ne deriva che la posizione del privato, così come non risulta incisa dal provvedimento nullo, proprio alla luce del vizio radicale che lo inficia, similmente non potrebbe risultare incisa dalla declaratoria di nullità in autotutela, che si limita ad accertare la presenza del vizio, appunto sulla base del principio *quod nullum est nullum producit effectum*[31]. Oltre a ciò, questa seconda posizione, non prendendo direttamente in considerazione nemmeno gli effetti materiali eventualmente prodotti dal provvedimento nullo, pare ancora più limitante e preclusiva rispetto alla prima.

Capovolgendo invece le premesse di partenza, ci pare che, se nessun affidamento può sorgere per definizione da un atto inesistente trattandosi di un non-atto, altrettanto non potrebbe dirsi per l'atto nullo, che, sebbene viziato, esiste ed è produttivo di effetti – solo materiali o anche giuridici, se si accoglie il più recente orientamento del Consiglio di Stato[32] – fino a quando non venga accertato come tale, alla luce del generale principio *factum infectum fieri nequit*. In realtà, anche aderendo alla visione classica dell'inefficacia originaria dell'atto nullo, non sarebbe comunque questo a produrre effetti ma l'apparenza discendente dalla sua adozione, dato che l'atto, sebbene viziato, è esistente ed imputabile all'amministrazione[33].

Infine, con riferimento alla terza posizione, è agevole rilevare che nessun ostacolo alla possibilità dell'amministrazione di dichiarare in autotutela la nullità di un proprio provvedimento potrebbe venire dal fatto che essa si trovi finanche in una situazione di carenza di potere in astratto, dato che essa è sempre titolare del potere di certazione, cioè del potere di qualificare la realtà sulle quali esercita il proprio potere e dei contorni dello stesso sempre in relazione alle medesime[34].

D'altra parte, a favore dell'ammissibilità di tale tipologia di autotutela può osservarsi anche che, almeno in termini di teoria generale, la nullità è comunque una qualificazione giuridica che scaturisce da un giudizio svolgentesi anzitutto a livello extraprocessuale. In tal senso, il *criterio* del giudizio di nullità è una norma giuridica che collega la produzione di un dato effetto giuridico al verificarsi nella realtà del fatto descritto dalla norma come fattispecie e considerato in modo favorevole dall'ordinamento. In secondo luogo, l'*occasione* del giudizio di nullità è una situazione di incertezza intorno alla corrispondenza del fatto verificatosi con quello

[31] Cfr. CORTESI, *op. cit.*, p. 1307.
[32] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 aprile 2012, n. 1957, cit. e id., 28 ottobre 2011, n. 5799, cit.
[33] Cfr. CORTESI, *op. cit.*, p. 1308.
[34] Cfr. C.E. GALLO, *Questioni attuali sulla nullità del provvedimento amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2017, pp. 43 ss., p. 54.

descritto dalla norma come presupposto dell'effetto giuridico, con la conseguenza che, se il giudizio si conclude nel senso della difformità, esso attesta che tale effetto, così come previsto dalla norma giuridica nel caso invece della conformità, non si è prodotto. In terzo luogo, l'*oggetto* del giudizio di nullità può essere solo un comportamento umano, dato che soltanto nei confronti degli individui si può richiedere che una data attività si svolga in un modo anziché in un altro, onde consentire una valutazione di conformità o difformità del modo in cui è svolta rispetto al parametro normativo. Infine, per quanto riguarda il *soggetto*, il giudizio di nullità può essere affidato indifferentemente ad un terzo (arbitro privato o giudice statale), ad entrambe le parti in modo congiunto (ad esempio, mediante un negozio di accertamento della nullità di un precedente contratto stipulato tra le parti) o ad una sola delle parti, quale appunto la pubblica amministrazione in via autotutela[35].

Per contro, l'ultima posizione ha il merito di sottolineare che tale tipologia di autotutela rappresenta per il privato una forma di tutela residuale, e dalla portata pratica talora ridotta, sotto un profilo ulteriore rispetto a quello – già evidenziato – secondo cui l'esercizio tempestivo dell'autotutela non è di per sé un indice sicuro del soddisfacimento delle richieste del privato, se l'amministrazione si limita a riconoscere l'improduttività originaria di effetti giuridici del provvedimento nullo senza però riesercitare nuovamente il potere. Infatti, l'operatività di tale rimedio è sì sollecitata dal privato, ma resta comunque rimessa all'iniziativa e alla valutazione esclusiva dell'amministrazione, la quale può essere indotta a differire nel tempo l'esercizio del potere di autotutela al solo scopo di neutralizzare possibili pretese risarcitorie aventi titolo nel provvedimento nullo. In altri termini, qualora l'amministrazione abbia già portato ad esecuzione l'atto, l'eventuale riconoscimento in via di autotutela dell'illiceità della condotta attuativa che essa ha già posto in essere finirebbe per avvantaggiare il privato danneggiato alleggerendone l'onere probatorio. È giocoforza dunque presumere che essa, piuttosto che soccombere dinanzi alle richieste risarcitorie dello stesso, preferisca attendere il decorso del termine decadenziale per l'esercizio dell'azione di nullità prima di esercitare il potere di autotutela, e solo dopo riconoscere il carattere antigiuridico degli effetti materiali che possono essere derivati dal provvedimento nullo[36]. In ogni caso, anche tale riconoscimento di per sé solo si rivela inutile per il privato, che non può evidentemente conseguire il bene della vita richiesto[37].

Indubbiamente, una parte della dottrina contesta la stessa possibilità ed opportunità di un consolidamento degli effetti materiali del provvedimento nullo e, quindi, la ragionevolezza della previsione del termine decadenziale di cui all'art. 31, co. 4, c.p.a., nella misura appunto in cui esso sembra supporre la scelta del legislatore di far

[35] Cfr. R. CAPONI, *Azione di nullità (profili di teoria generale)*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, n. suppl. 1, pp. 59 ss., p. 92.
[36] Cfr. LAMPIS, *op. cit.*, pp. 108-109.
[37] *Id.*, p. 109.

conseguire, al mancato esercizio dell'azione di nullità, il consolidamento degli effetti materiali venuti in essere a seguito della sua emanazione. In tal senso, tale consolidamento è reputato assolutamente irragionevole in quanto la circostanza che la realtà fattuale possa essere temporaneamente incisa da un provvedimento nullo è cosa ben diversa dall'affermazione che, in conseguenza del mancato esercizio del diritto di azione, gli effetti materiali di un provvedimento inefficace *ab origine* possano stabilizzarsi, creando una nuova situazione fattuale *contra legem*, irremovibile in via giurisdizionale, in settori in cui vengono in rilievo importanti interessi di natura pubblicistica. In senso contrario deporrebbe anzitutto il concetto stesso di nullità provvedimentale, che implica dal punto di vista ontologico l'imprescrittibilità della relativa azione e l'inconcepibilità di qualsiasi forma di stabilizzazione degli effetti materiali che esso possa aver ingenerato. Inoltre, si è in presenza di un vizio di invalidità così radicale da non poter costituire nemmeno temporalmente la fonte regolatrice del rapporto sostanziale tra amministratore e amministrato. Infine, a supporto della presunta ragionevolezza della disposizione codicistica, non potrebbe addursi il principio di certezza delle situazioni giuridiche soggettive oggetto dell'intervento amministrativo, che costituisce un valore immanente all'ordinamento solo laddove vengano in rilievo provvedimenti efficaci e non anche atti assolutamente improduttivi di effetti giuridici. Si tratta di un dato del quale pare essere consapevole lo stesso legislatore, laddove nell'art. 31, co. 4, c.p.a. prevede la rilevabilità d'ufficio in ogni tempo della nullità ad opera del giudice, «il che conferma l'evidente irragionevolezza della scelta legislativa»[38]. In sostanza, alla luce dell'estrema gravità della patologia che inficia l'atto amministrativo nelle fattispecie ricondotte a cause di nullità dall'art. 21-*septies*, l'ammissibilità della stabilizzazione degli effetti materiali eventualmente prodotti dal provvedimento sembra destare particolare preoccupazione perché si potrebbero consolidare per decorrenza dei termini, nei confronti di chi ha interesse all'impugnazione, gli effetti di un provvedimento emanato in difetto assoluto di attribuzione, nonostante cioè nessuna norma attribuisca il relativo potere all'amministrazione[39].
Nondimeno, proprio tale posizione, condivisibile o meno, mostra più che mai l'opportunità di ammettere la rimovibilità anche in autotutela di effetti provvedimentali materiali e non giuridici il cui consolidamento – in ipotesi – è ritenuto irragionevole e concettualmente erroneo.

3. *Natura giuridica dell'atto di autotutela e schemi interpretativi*.
Come si è detto, il tema qui affrontato non è mai stato trattato in maniera particolarmente estesa dalla dottrina. Lo scarso interesse mostrato si deve alla

[38] I. ZINGALES, *Provvedimento amministrativo nullo e tutela civile dichiarativa*, Roma, 2014, pp. 28-29.
[39] Cfr. V. LOPILATO, *Art. 31* (aggiorn. G.F. NICODEMO), in F. CARINGELLA-M. PROTTO (a cura di), *Codice del nuovo processo amministrativo*, III ed., Roma, 2012, pp. 396 ss., p. 414.

difficoltà di identificare la natura e il fondamento della stessa potestà di autotutela. Infatti, se si accede alla tesi che l'autotutela rappresenti un nuovo esercizio dello stesso potere esercitato in primo grado, dovrebbe conseguentemente escludersi che la pubblica amministrazione possa riesaminare il proprio atto nullo, che tradizionalmente si qualifica come adottato in assenza di potere. Al contrario, se si accede alla tesi che l'autotutela esprima un potere distinto da quello esercitato in primo grado, in virtù del principio di legalità dell'azione amministrativa i provvedimenti di secondo grado destinati ad eliminare quelli nulli risulterebbero privi di base legale, che nella l. n. 241/1990 è prevista solo per la sospensione (art. 21-*quater*, co. 2), la revoca (art. 21-*quinquies*), l'annullamento d'ufficio (art. 21-*nonies*, co. 1 e 2-*bis*) e la convalida (art. 21-*nonies*, co. 2), e non anche per il riesame degli atti amministrativi nulli[40].

Come è noto, sul punto si è pronunciata di recente la Corte costituzionale, la quale ha respinto l'idea che l'autotutela costituisca un rimedio di carattere sostanzialmente giustiziale, come tale idoneo a formare oggetto di una pretesa azionabile in sede giurisdizionale, concezione che opererebbe una vera e propria «"mutazione genetica"» dell'annullamento d'ufficio, da strumento di rivalutazione da parte dell'amministrazione delle proprie decisioni a strumento di protezione delle aspettative del privato, in modo non dissimile da quanto avviene nel caso dell'annullamento su ricorso. Al contrario, a differenza di quest'ultimo, l'annullamento d'ufficio non ha funzione giustiziale ma costituisce espressione di amministrazione attiva e comporta di regola valutazioni discrezionali, non esaurendosi il potere dell'autorità emanante unicamente nella verifica della legittimità dell'atto e nel suo doveroso annullamento se ne riscontra l'illegittimità[41].

Prescindendo da quest'ultima tematica, che non ci è possibile affrontare in questa sede[42], la scarsa letteratura nella quale la questione in oggetto è esaminata pare anzitutto concordare sul fatto che, nei confronti del provvedimento nullo, l'esercizio della potestà di autotutela consiste essenzialmente nel riconoscimento sia dell'inidoneità radicale ed originaria dell'atto a produrre effetti giuridici che della natura totalmente antigiuridica degli effetti materiali che esso abbia eventualmente prodotto. Inoltre, sebbene le posizioni divergano considerevolmente, è possibile constatare che, in relazione alla natura giuridica dell'atto di autotutela, le stesse in realtà si diversificano a seconda della scelta effettuata in relazione a due criteri distintivi. In effetti, un pregio degli studi sulla natura giuridica dell'atto di riesame del provvedimento nullo è di essersi polarizzati intorno ad un utile strumento interpretativo.

[40] Cfr. VETRÒ, *op. cit.*, p. 62.
[41] Cfr. Corte cost., 13 luglio 2017, n. 181, in *www.giurcost.org*.
[42] Sul punto sia consentito il rinvio al nostro [omissis].

Il primo criterio attiene agli effetti prodotti dall'atto di autotutela, sui quali si sono sviluppate due tesi contrapposte.

Da una parte, secondo una prima posizione, il ritiro del provvedimento nullo eliminerebbe gli effetti materiali dell'atto viziato, alla luce appunto della circostanza che questo, sebbene non produca effetti giuridici, può tuttavia produrre effetti materiali per la cui eliminazione è necessario un atto di autotutela, non essendo a tal fine sufficiente un atto meramente ricognitivo-dichiarativo. In sostanza, nell'esercizio della sua potestà di autotutela, l'amministrazione adotta un atto mediante il quale rimuove i risultati concreti che il provvedimento nullo ha prodotto nella realtà fattuale. L'atto di riesame, pertanto, ha natura costitutiva o, più esattamente, mista, ovvero solo formalmente dichiarativa, cioè dichiarativa per quanto riguarda gli effetti giuridici e costitutiva per quanto riguarda gli effetti materiali[43]. È indubbio infatti, che, a rigor di logica, non può darsi annullamento in senso stretto, di natura costitutiva, su un provvedimento nullo[44].

Dall'altra, secondo un'altra opinione, il ritiro dell'atto nullo avrebbe invece natura esclusivamente dichiarativa, non producendo conseguenze eliminatorie sui relativi effetti materiali, dal momento che la pubblica amministrazione si limiterebbe a riconoscere la situazione attuale senza modificarne gli effetti, in una prospettiva meramente ricognitiva.

Il secondo criterio distintivo riguarda la natura del potere esercitato, a causa dell'assenza di una disciplina espressa sugli aspetti sostanziali nell'art. 21-*septies*.

Da una parte, secondo una prima tesi, al fine di proteggere i privati che hanno acquisito in maniera incolpevole una posizione di legittimo affidamento sulla legalità, vigenza ed efficacia dell'atto, che solo in un secondo tempo si è rivelato nullo, la decisione dell'amministrazione sull'eliminazione o meno degli effetti materiali che esso eventualmente possa aver prodotto, è soggetta all'onere di comparare i contrapposti interessi pubblici e privati, di valutare il lasso di tempo intercorso tra i provvedimenti di primo e di secondo grado e, infine, di introdurre nell'atto di riesame una motivazione che dia conto di entrambe le valutazioni. In sostanza, a prescindere dalla natura dichiarativa o costitutiva che si attribuisca all'atto di autotutela, in ogni caso esso è espressione di un potere discrezionale.

Dall'altra, secondo l'orientamento opposto, l'atto di ritiro non solo avrebbe natura totalmente dichiarativa ma sarebbe anche espressione di un potere vincolato, implicante cioè l'obbligo dell'amministrazione di dichiarare d'ufficio la nullità del

[43] In tal senso cfr. LAMPIS, *op. cit.*, p. 107, per la quale, tuttavia, rispetto a tale conclusione iniziale circa la possibile convivenza tra le due tipologie di effetti, una più attenta riflessione sulla diversa genesi degli effetti sia del provvedimento nullo che del suo atto di ritiro induce a ritenere che «il potere di autotutela che l'Amministrazione esercita rispetto ad un provvedimento nullo è, in realtà, un potere "essenzialmente" dichiarativo».

[44] Cfr. SUSCA, *op. cit.*, p. 44.

provvedimento antecedentemente emanato senza onere né di comparare i contrapposti interessi pubblici e privati, né di valutare il fattore temporale, né, quindi, consequenzialmente, di specificare nella motivazione dell'atto dichiarativo della nullità le ragioni dello stesso.
Sarebbe però erroneo ritenere che le posizioni dottrinali si ripartiscano seguendo la combinazione delle opposte soluzioni adottate in merito ad entrambi i criteri discretivi anzidetti, emergendo un quadro assai più diversificato e sfumato, per cui occorre esaminare ciascun orientamento singolarmente.
In ogni caso, va detto che nella problematica in esame il termine normativo di paragone resta la disciplina dell'annullamento d'ufficio di cui all'art. 21-*nonies*, dovendosi ritenere esclusa o inutile una verifica preliminare dei possibili presupposti per revocare un provvedimento ad efficacia durevole divenuto inopportuno ma pur sempre legittimo. In effetti, rispetto al provvedimento nullo, «dal punto di vista giuridico c'è ben poco da revocare»[45].

4. *La tesi dell'applicabilità analogica dell'art. 21-nonies della legge n. 241/1990.*
Secondo un'opinione condivisa da una parte considerevole della dottrina, a prescindere che si aderisca alla tesi della natura dichiarativa o a quella della natura costitutiva di tale forma di autotutela, i principi del legittimo affidamento e di buona fede di derivazione eurounionale obbligano l'amministrazione a comparare i contrapposti interessi pubblici e privati, a valutare il lasso di tempo trascorso da quando l'atto oggetto di ritiro è stato emanato e, infine, a fornire una motivazione che dia conto delle anzidette valutazioni, qualora essa intenda eliminare gli effetti materiali prodotti dal provvedimento nullo che abbia ingenerato posizioni di legittimo affidamento nei suoi destinatari diretti o nei controinteressati, o quando il suo mantenimento potrebbe comunque provocare la lesione di situazioni giuridiche soggettive di terzi[46].
In tal senso, può considerarsi ad esempio un atto di espropriazione forzosa radicalmente nullo che, se fosse portato ad esecuzione, provocherebbe la trasformazione irreversibile del suolo. In questo caso, l'attribuzione all'amministrazione della potestà di agire in autotutela, mediante una risoluzione che

[45] PONTE, *op. cit.*, p. 245.
[46] Cfr., senza pretese di esaustività, CARINGELLA, *Corso*, cit., pp. 2015-2106; ID., *Manuale di diritto amministrativo*, XII ed., Roma, 2018, p. 1412; CARINGELLA-PASTORE, *op. cit.*, p. 199; R. CHIEPPA-R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, IV ed., Milano, 2018, p. 642, per i quali comunque l'amministrazione non deve esercitare un vero e proprio potere di autotutela; M. D'ORSOGNA, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di) *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, pp. 359 ss., p. 373; R. GIOVAGNOLI-M. FRATINI, *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, tomo II, *Invalidità e autotutela*, Milano, 2007, p. 346; SUSCA, *op. cit.*, p. 139; VETRÒ, *op. cit.*, pp. 75 s. Nel senso che la nullità può essere dichiarata dalla stessa amministrazione con procedimento di secondo grado assimilabile all'annullamento d'ufficio, ma senza alcun limite di tempo, cfr. già V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1994, p. 590.

dichiari l'assenza assoluta e originaria dell'idoneità dell'atto nullo a produrre effetti giuridici e stabilisca l'eliminazione delle modifiche fattuali già intervenute, è evidentemente imprescindibile[47]. Optare per una soluzione diversa significherebbe riconoscere che un'amministrazione, se intende realizzare la demolizione di un edificio del quale abbia autorizzato la costruzione molti anni addietro, possa semplicemente dichiarare che l'atto di concessione era nullo, senza essere soggetta né ad obblighi di ponderazione dei contrapposti interessi coinvolti nel caso o di valutazione del fattore temporale, né ad obblighi motivazionali di alcun genere[48].

La principale ipotesi in cui anche tale posizione esclude l'applicazione analogica dei limiti fissati dall'art. 21-*nonies* si ha qualora ricorra una forma di nullità così manifesta e plateale da essere necessariamente conosciuta o conoscibile da chiunque, nel qual caso l'affidamento eventualmente ingenerato nei privati non si potrebbe considerare come incolpevole e per tanto degno di tutela[49]. In tal senso, occorre chiedersi se il limite dei diciotto mesi previsto per l'esercizio dell'annullamento d'ufficio da parte dell'art. 21-*nonies*, come novellato dalla l. n. 124/2015, operi appunto anche in presenza di vizi di nullità talmente eclatanti da essere riconosciuti o riconoscibili da chiunque e da impedire così il consolidamento di un affidamento incolpevole[50].

Oltre a tale eccezione, un altro limite all'estensione in via analogica al ritiro dei provvedimenti nulli dei requisiti richiesti per l'annullamento d'ufficio è insito nel fatto che, se per i provvedimenti annullabili la possibilità di ingenerare un affidamento degno di tutela è legata alla configurabilità degli elementi che lo rendono ragionevole, legittimo e stabile, in relazione ai provvedimenti nulli la realizzazione di tre tali presupposti determina maggiori difficoltà[51]. In ogni caso, può osservarsi che si tratta di requisiti la cui sussistenza deve provarsi caso per caso, in relazione ad ogni specifica ipotesi di ritiro di provvedimenti nulli, e che non implicano *a priori* l'impossibilità di dichiarare la nullità degli atti viziati e di eliminare gli effetti materiali che essi abbiano eventualmente prodotto.

Sotto altro aspetto, invece, il ritiro in autotutela di provvedimenti nulli determina in genere minori problemi in confronto all'annullamento d'ufficio. Infatti, dal momento che ha ad oggetto una forma di invalidità più grave dell'annullabilità, tale tipologia di autotutela esige verosimilmente per la sua valida effettuazione limiti temporali minori[52] e obblighi motivazionali meno rigorosi[53] dell'annullamento d'ufficio.

[47] Cfr. CARINGELLA-PASTORE, *op. cit.*, p. 55.
[48] Cfr. CARINGELLA, *Corso*, cit., p. 2105.
[49] Cfr. CARINGELLA, *Corso*, cit., p. 2106; CARINGELLA-PASTORE, *op. cit.*, pp. 199-200; VETRÒ, *op. cit.*, p. 75.
[50] Cfr. CARINGELLA, *Manuale*, cit., p. 1412.
[51] Cfr. F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, pp. 425 ss., p. 431.
[52] Cfr. S. DE FELICE, *Della nullità del provvedimento amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2005, § 6 che ovviamente si muove nel quadro della disciplina del «termine ragionevole» di cui alla previgente versione dell'art. 21-*nonies*. Per CHIEPPA-GIOVAGNOLI, *op. cit.*, p. 642 il potere della pubblica amministrazione di dichiarare

Ammettendosi l'applicazione in via analogica degli stessi requisiti richiesti per quest'ultimo, la disciplina contemplata dall'art. 21-*nonies* dovrà pertanto essere interpretata e applicata in maniera più elastica[54].
Infine, proprio perché l'atto nullo, a differenza dell'atto inesistente, che è un non-atto e non può generare per definizione alcun affidamento, è invece esistente e produttivo di effetti fino a quando non venga accertato come tale, la rimozione in autotutela in tal caso ha efficacia retroattiva come l'annullamento d'ufficio[55].
In definitiva, la tesi in esame lascia trasparire che non vi siano differenze significative tra l'autotutela nei confronti dei provvedimenti nulli e quella nei confronti dei provvedimenti annullabili, dal momento che entrambe le tipologie sono destinate alla tutela del legittimo affidamento generato dagli effetti, rispettivamente, materiali o giuridici, dell'atto invalido. In effetti, ammettendo il potere-dovere dell'amministrazione che dichiara in autotutela il provvedimento nullo di considerare il tempo trascorso dalla sua adozione, di verificare la sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla rimozione diverso da quello al mero ripristino della legalità e di valutare l'eventuale spettanza di risarcimenti in analogia al paradigma civilistico dell'art. 1338 c.c., la distanza con l'annullamento d'ufficio «si assottiglia». Nondimeno, si tratta di una situazione analoga a quella evidenziata da una parte della migliore dottrina civilistica, secondo cui anche nel sistema delle invalidità civili la differenza fra nullità e annullabilità non è così evidente come la tradizione suggerisce[56].
Peraltro, anche se tale posizione afferma di non voler entrare nella diatriba circa la natura costitutiva o dichiarativa dell'atto di riesame, talora la propensione per la natura costitutiva è implicita ma non per questo meno evidente, in quanto si riconosce che, nel rimuovere in autotutela il provvedimento nullo, l'amministrazione «sta *determinando* degli effetti giuridici in capo ai destinatari, perché solo a seguito di tale declaratoria il provvedimento cessa di produrre i propri effetti e vengono cancellati dalla sfera giuridica dei privati quelli fino a quel momento prodotti e non prima»[57].
Nondimeno, può rilevarsi come, in luogo della natura costitutiva o dichiarativa dell'atto di riesame, l'aspetto centrale di questo orientamento resti la tutela dei terzi che hanno sofferto gli effetti materiali pregiudizievoli generati dal provvedimento nullo. Coerentemente, esso critica quella la giurisprudenza che – «senza troppe

---

la nullità dei propri provvedimenti è esercitabile pressoché sempre e, in ogni caso, il limite del «termine ragionevole» di cui, nei casi di nullità, deve essere interpretato «con estrema latitudine».

[53] Cfr. CARINGELLA, *Corso,* cit., p. 2106.

[54] Cfr. D'ORSOGNA, *op. cit.*, p. 373.

[55] Cfr. CORTESI, *op. cit.*, p. 1308.

[56] *Ibid*.

[57] *Ibid*.

remore»[58] – spesso ha ricondotto tale tipologia di autotutela al mero ritiro, ritenendo perciò di poter escludere l'obbligo dell'amministrazione di fornire una motivazione dell'atto di rimozione[59].

Da questa prospettiva teorica ha suscitato quindi non poche perplessità la soluzione fornita alla problematica in esame dalle le Sezioni Unite della Cassazione, le quali hanno escluso radicalmente che i provvedimenti nulli possano generare posizioni di legittimo affidamento nei privati e che, pertanto, vi sia la necessità di una tutela giuridica contro di essi, dal momento che la declaratoria di nullità di un atto amministrativo non è mai espressione di una potestà amministrativa[60].

In senso critico si è osservato che anzitutto anche un atto nullo, prima della declaratoria di nullità, è comunque giuridicamente esistente, avendo una propria rilevanza giuridica in quanto produttivo di effetti materiali. Dal momento che non è logicamente possibile immaginarsi e sperare che tutti i cittadini siano capaci di rendersi conto della validità, efficacia e, a maggior ragione, nullità di un atto amministrativo, ragioni minime di senso comune e di civiltà giuridica esigono di riconoscere che esso potrebbe essere stato fonte di legittimo affidamento nell'interessato[61].

Inoltre, dal momento che, in base all'art. 31, co. 4, c.p.a., il termine di decadenza per interporre l'azione di nullità è di centottanta giorni, una volta che sia trascorso tale lasso di tempo senza che il provvedimento sia stato impugnato, il destinatario vede rafforzarsi ancora di più la propria posizione di affidamento, dal momento che adesso esso confida nel definitivo consolidamento delle situazioni giuridiche soggettive apparentemente derivate dall'atto ma in realtà mai sorte. La necessità di permettere all'amministrazione di intervenire in via di autotutela e di regolare gli effetti materiali che da esso prodotti è pertanto ancora maggiore se la nullità del provvedimento emerge dopo che esso ha acquisito carattere definitivo e inoppugnabile[62].

In ogni caso, anche ammettendo che la pubblica amministrazione non abbia alcuna possibilità di approntare una tutela procedimentale del legittimo affidamento perché appunto – seguendo la tesi della Cassazione – non vi sarebbe alcuna spendita di potere amministrativo, al destinatario dell'atto nullo resterebbe comunque la tutela risarcitoria contro il comportamento scorretto, ancorché legittimo,

[58] VETRÒ, *op. cit.*, p. 74.

[59] In tal senso cfr. T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 22 maggio 2014, n. 371, cit. e Cons. Stato, sez. IV, 10 gennaio 2002, n. 114, cit.

[60] Cfr. Cass. civ., SS. UU., ord. 17 maggio 2013, n. 12110, in R. GIOVAGNOLI (a cura di), *Rassegna monotematica di giurisprudenza. Autotutela amministrativa e contratto. Questioni sostanziali e processuali* (testo aggiornato al 13 dicembre 2013) (*www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/56176/nsiga_3782207.pdf*), pp. 63 ss.

[61] Cfr. A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016, p. 130.

[62] *Id.*, pp. 130-131.

dell'amministrazione, che ha emanato un atto favorevole ma gravemente viziato e che si è rivelato invalido solo successivamente[63].

5. *La tesi dell'inapplicabilità analogica dell'art. 21-nonies della legge n. 241/1990.*
Altra parte della dottrina confuta la tesi dell'applicabilità analogica dell'art. 21-*nonies* all'ipotesi del ritiro dei provvedimenti nulli. Pur riconoscendo che il tema della tutela dei terzi che abbiano acquisito posizioni di legittimo affidamento nella validità ed efficacia di provvedimenti nulli non è stato ancora sufficientemente esplorato, quest'opinione identifica nondimeno numerose ragioni che inducono a respingere l'estensibilità a tale ipotesi di autotutela della disciplina contemplata per l'annullamento d'ufficio.
Anzitutto, la tesi precedentemente esposta, nel prevede l'eccezione delle nullità eclatanti, introduce una distinzione ulteriore non prevista dalla legge e che aggrava la condizione di incertezza già caratterizzante tale categoria di invalidità, a causa sia della mancanza di una disciplina normativa dei suoi aspetti sostanziali che del principio giurisprudenziale secondo cui la nullità opera in via residuale rispetto all'annullabilità.
In secondo luogo, l'art. 21-*nonies* limita in maniera inequivocabile la propria operatività ai soli provvedimenti illegittimi.
In terzo luogo, a causa dell'assenza originaria di efficacia giuridica del provvedimento nullo, è arduo immaginare la sussistenza di situazioni giuridiche soggettive di legittimo affidamento anche solo rispetto agli effetti materiali di un atto che non è assolutamente idoneo a produrre effetti giuridici, per cui ha poco senso postulare la sottoposizione della sua eliminazione in via di autotutela a limiti analoghi a quelli previsti per l'annullamento d'ufficio.
Infine, la circostanza che la giurisprudenza ampiamente maggioritaria, da una parte, configuri in termini di annullabilità anziché di nullità il regime di invalidità dell'atto amministrativo emanato in violazione del diritto eurounionale[64] e, dall'altra, attribuisca carattere discrezionale anziché vincolato all'annullamento in via di autotutela degli atti amministrativi affetti da questo specifico vizio (a meno che l'autotutela non riguardi l'annullamento di atti di erogazione di sovvenzioni statali w di attribuzione di benefici in genere alle imprese nazionali emanati in violazione della normativa sostanziale o procedimentale eurounionale volta alla tutela della concorrenza[65]), rappresenta un altro argomento dal quale si può dedurre *a contrario sensu* che la tesi anteriormente esposta non convince[66].

[63] *Id.*, p. 131.
[64] Al riguardo sia consentito il rinvio al nostro [omissis].
[65] Al riguardo sia consentito il rinvio al nostro [omissis].
[66] Cfr. PONTE, *op. cit.*, p. 246.

Sempre senza prendere espressamente posizione sulla natura dichiarativa o costitutiva di tale forma di autotutela, si ritiene comunque che, in presenza di un provvedimento nullo, la necessità dell'amministrazione di dichiarare tale vizio per tutelare gli affidamenti nei quali il privato possa eventualmente essere incorso sussiste unicamente a fronte di effetti materiali che la stessa abbia il dovere di rimuovere, salve le conseguenze risarcitorie del proprio operato. Proprio la possibilità che da un atto nullo discenda indirettamente una posizione di affidamento costituisce dunque ragione sufficiente per ritenere che l'amministrazione, sebbene non eserciti un vero e proprio potere di autotutela, possa nondimeno far valere la nullità dell'atto sia sostituendolo con un altro valido che eliminandolo anche formalmente dall'ordinamento[67].

Naturalmente, non si disconosce che, laddove il provvedimento nullo sia ritenuto provvisoriamente produttivo di effetti giuridici e distinto da quello annullabile solo per la maggiore ampiezza del termine entro cui l'invalidità può essere fatta valere[68], riacquistano maggiore importanza gli argomenti tesi a vincolare il riesercizio uguale e contrario dell'azione amministrativa alla verifica degli ordinari presupposti dell'autotutela[69], che come è noto ha in generale natura discrezionale[70].

Inoltre, passando dalla prospettiva dell'amministrazione a quella dei privati, nulla esclude che l'esigenza di eliminare la situazione materiale prodottasi in conseguenza dell'adozione dell'atto invalido possa risultare persino maggiore se esso è affetto da nullità anziché da annullabilità. Infatti, il privato destinatario di un atto nullo favorevole, per evitare di trovarsi esposto ad un'azione di nullità esperita da terzi che travolga gli effetti materiali prodotti dall'atto, potrebbe avere un interesse a farne dichiarare la nullità persino maggiore dell'interesse del destinatario di un atto illegittimo a conseguirne l'annullamento. In tal senso, il destinatario di un atto illegittimo favorevole, per proteggersi da eventuali impugnazioni di terzi, deve solo attendere l'infruttuoso decorso del termine decadenziale breve di sessanta giorni previsto dall'art. 29 c.p.a. per l'esperimento dell'azione di annullamento, sebbene sia soggetto all'eventuale annullamento d'ufficio da parte dell'amministrazione, che può intervenire entro il termine di diciotto mesi stabilito dall'art. 21-*nonies*. Per contro, il destinatario di un atto nullo favorevole, per proteggersi da eventuali impugnazioni di terzi, deve aspettare il decorso del più ampio termine decadenziale di centottanta giorni previsto dall'art. 31, co. 4, c.p.a. senza che l'azione di nullità venga esperita, mentre l'amministrazione convenuta in giudizio può opporre il vizio di nullità in

[67] Cfr. PONTE, *op. cit.*, pp. 246-247.
[68] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 aprile 2012, n. 1957, cit. e id., 28 ottobre 2011, n. 5799, cit.
[69] Cfr. PONTE, *op. cit.*, p. 247.
[70] Cfr. Corte cost., 13 luglio 2017, n. 181, cit.

qualunque momento e, per quanto riguarda la rimozione in via di autotutela, non è soggetta nemmeno ad un termine massimo entro cui dover intervenire[71].

6. *La tesi della natura dichiarativa.*

Secondo un'altra opinione, l'amministrazione può emanare un atto di natura esclusivamente dichiarativa teso a riconoscere la nullità del provvedimento da essa anteriormente emanato, che in nessun caso produce una qualche modifica delle situazioni giuridiche soggettive preesistenti. Si tratterebbe in sostanza di un riesame dichiarativo, incluso secondo una parte di questa dottrina nella categoria degli atti autointerpretativi[72].

Questa tesi si basa essenzialmente sulla circostanza dell'assenza originaria di efficacia giuridica del provvedimento nullo, la cui svalutazione ha determinato l'errore concettuale di ritenere applicabile alla nullità una potestà di natura costitutiva quale l'annullamento d'ufficio, che invece è destinato ad eliminare gli effetti giuridici di atti amministrativi efficaci. In pratica, l'unica funzione svolta dal riesame dell'atto nullo è quella di dichiarare che gli effetti materiali da esso prodotti non hanno mai assunto la veste di effetti giuridici. Sebbene si sia di fronte ad una forma anomala di autotutela, dovendo applicarsi ad un atto nullo, in nessun caso potrebbe essere inquadrata nell'ambito dell'annullamento d'ufficio, che ha natura costitutiva. In realtà, il ricorso alla categoria concettuale dell'annullamento d'ufficio è la conseguenza dell'approccio antistorico dal quale discende la tesi della natura costitutiva di tale tipologia di riesame, rappresentando il prodotto di antichi retaggi, quando la giurisprudenza amministrativa ancora inquadrava nell'annullabilità ogni ipotesi attuale di nullità[73].

Tuttavia, pur propendendo per la natura dichiarativa, anche questa posizione ritiene che l'amministrazione sia sempre obbligata a tutelare le posizioni di legittimo affidamento indirettamente generate nei privati dall'atto nullo del cui riesame si verte. In altri termini, l'atto dichiarativo della nullità è legittimo solo se è il risultato di un'adeguata comparazione tra i contrapposti interessi pubblici e privati, se il fattore temporale è stato adeguatamente preso in considerazione e se contiene una motivazione altrettanto adeguata delle anzidette valutazioni. In definitiva, anche la declaratoria di nullità è espressione di un potere amministrativo discrezionale e non vincolato, oggetto di sindacato da parte dell'autorità giurisdizionale amministrativa.

Tra i vari argomenti addotti a supporto di questo secondo carattere dell'atto di autotutela, prendendo parzialmente a prestito le argomentazioni dell'opposta tesi, si evidenzia in primo luogo che anche atti amministrativi viziati da nullità, sebbene non

[71] Cfr. R. CHIEPPA, *La nullità del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017, pp. 1114 ss., p. 1140; CHIEPPA-GIOVAGNOLI, *op. cit.*, p. 643; PONTE, *op. cit.*, p. 247.

[72] In tal senso cfr. S. CAPOZZI, *L'invalidità parziale dell'atto amministrativo*, Napoli, 1987, p. 111, nota 22.

[73] Cfr. BARTOLINI, *op. cit.*, p. 325.

producano in via originaria effetti giuridici, possono appunto produrre effetti materiali, esattamente come i provvedimenti illegittimi oggetto di annullamento d'ufficio, i quali pure danno luogo ad effetti non solo giuridici ma anche materiali giuridicamente rilevanti e compresi nel giudizio di comparazione dei contrapposti interessi pubblici e privati coinvolti nella fattispecie. È il caso, ad esempio, di un atto illegittimo che tuttavia ha raggiunto l'obiettivo perseguito e il cui annullamento potrebbe pregiudicare sia le situazioni giuridiche soggettive acquisite dai destinatari o dai controinteressati e consolidate nel corso del tempo che l'interesse pubblico su cui l'atto si basa[74].

In secondo luogo, la possibilità di far valere la nullità da parte della stessa amministrazione che ha emanato l'atto è sempre espressione del suo potere di provvedere e, quindi, di disciplinare una situazione presente[75].

In terzo luogo, il carattere non vincolato della potestà di adottare la declaratoria di nullità di un atto amministrativo si basa sul principio di conservazione dei valori giuridici, il quale obbliga l'amministrazione che agisce in secondo grado a verificare la sussistenza o meno delle condizioni che permettono la conversione o la convalida dell'atto nullo[76].

Infine, la possibilità di coniugare la natura dichiarativa dell'atto di autotutela con i limiti per la sua adozione, derivanti dal carattere discrezionale della potestà della quale è espressione, trova analogie anche nel diritto civile. Infatti, il codice civile prevede, quali limiti all'imprescrittibilità dell'azione civile di nullità, tanto gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione[77] quanto la circostanza che, se la domanda giudiziale tesa a far dichiarare la nullità degli atti giuridici soggetti a trascrizione è stata trascritta dopo cinque anni dalla data di trascrizione dell'atto, i diritti acquisiti a qualunque titolo dai terzi in buona fede divengono intangibili qualora l'atto sia stato trascritto prima della domanda giudiziale[78]. In tal senso, entrambi i limiti attestano che l'obbligo di proteggere le situazioni giuridiche soggettive consolidate, frutto di legittimo affidamento, è un vero e proprio principio di diritto comune, trasposto anzitutto nella normativa codicistica[79].

7. *La tesi dell'eliminazione automatica degli effetti materiali del provvedimento nullo.*

Secondo un'ulteriore posizione, è necessario sempre respingere la tesi della natura solo formalmente dichiarativa o mista dell'atto di riesame dell'atto nullo (ossia, come

[74] Cfr. B. GILIBERTI, *Profili problematici della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, pp. 1657 ss., p. 1671.

[75] *Id.*, pp. 1671 s.

[76] Cfr. BARTOLINI, *op. cit.*, p. 327, che sul punto rinvia a B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, 403.

[77] V. art. 1422 c.c.

[78] V. art. 2652, n. 6, c.c.

[79] Cfr. BARTOLINI, *op. cit.*, p. 327, nota 10.

si è detto, dichiarativa per gli effetti giuridici e costitutiva per gli effetti materiali), accolta dalla prima delle tesi esposte, a favore invece della natura esclusivamente dichiarativa. Tuttavia, l'eliminazione degli effetti materiali eventualmente prodotti dal provvedimento viziato da nullità non è propriamente o in maniera diretta riconducibile all'esercizio del potere di autotutela, ossia non rappresenta un effetto che consegue direttamente dall'atto di ritiro, il quale non è in grado di condizionare la natura del provvedimento nullo. Al contrario, essa è una conseguenza – «logica, prima ancora che giuridica» – discendente dalla presa d'atto dell'inefficacia giuridica del provvedimento attuata dall'amministrazione che agisce in secondo grado. Ciò che invece rappresenta un effetto diretto dell'atto di ritiro, e rispetto al quale emerge la vera natura dichiarativa del potere di autotutela, è rappresentato dal riconoscimento, ad opera dell'amministrazione, dell'inefficacia giuridica originaria del provvedimento nullo, dalla quale deriva, in maniera automatica, l'eliminazione degli eventuali effetti materiali apparentemente riconducibili al provvedimento e che, a seguito della formale presa d'atto della sua improduttività originaria di effetti giuridici, sono divenuti *sine titulo*[80].

8. *La tesi della natura vincolata.*

Infine, secondo una tesi ancora più radicale, l'atto di riesame mediante il quale l'amministrazione accerta la nullità di un proprio provvedimento ha natura non solo meramente dichiarativa ma anche totalmente vincolata, nel senso che essa è sempre obbligata a dichiarare la nullità degli atti che risultino affetti da questa tipologia di vizio. In tal senso, le è precluso di far dipendere l'adozione della declaratoria di nullità sia da qualunque ponderazione dei contrapposti interessi coinvolti nel riesame come da qualsiasi valutazione del lasso di tempo intervenuto dall'adozione del provvedimento di primo grado, non essendo tanto meno tenuta a fornire alcuna motivazione dell'atto dichiarativo della nullità per giustificare le anzidette valutazioni, dal momento che un atto nullo è sprovvisto in via assoluta e originaria di qualunque idoneità a produrre qualunque effetto o affidamento di sorta[81].

9. *Conclusioni.*

A fronte dell'elevata eterogeneità delle posizioni dottrinali, risulta dunque quanto mai opportuno che il legislatore introduca una disciplina positiva al riguardo, che conseguirebbe numerosi obiettivi simultaneamente. Infatti, oltre a comporre le rilevate divergenze, essa consentirebbe anzitutto di tutelare maggiormente le situazioni giuridiche soggettive eventualmente lese dagli effetti materiali del provvedimento nullo. Inoltre, favorirebbe l'abbandono dell'ormai anacronistica

[80] Cfr. LAMPIS, *op. cit.*, pp. 107 s.

[81] Cfr. CARLOTTI, *op. cit.*, pp. 434-435, la cui opinione è condivisa più di recente anche da R. CAPONIGRO, *Il potere amministrativo di autotutela*, in *federalismi.it*, n. 23/2017, p. 7, nota 14.

tendenza ad assegnare alla nullità un ruolo subordinato e complementare rispetto all'annullabilità nell'ambito del sistema delle invalidità amministrative. Infine, porterebbe ad una graduazione e procedimentalizzazione del regime di autotutela dell'atto amministrativo invalido coerente con il rispettivo livello di gravità dell'invalidità, in tal modo allineando l'ordinamento amministrativo italiano ad altri ordinamenti europei ben più garantisti al riguardo, a partire come si è visto da quello spagnolo[82].

In realtà, l'origine storica e la graduale affermazione della nullità nel diritto amministrativo italiano, in chiave non di tutela del privato ma di "auto-tutela" della stessa amministrazione[83], confermano che anche tale forma di riesame non è – né sarebbe – mai stata la massima aspirazione del soggetto pubblico. Nella stessa perdurante configurazione delle ipotesi di nullità testuale, anche se non mancano fattispecie finalizzate alla tutela del privato[84], la maggior parte dei casi di nullità che il legislatore attualmente prevede sono ipotesi in cui l'interesse tutelato non è quello dei privati nei confronti dell'amministrazione ma quello dell'amministrazione nei confronti dei suoi stessi componenti forniti della capacità di esprimere la volontà dell'ente, in quanto la comminatoria della nullità è volta ad evitare che il loro comportamento possa creare danni all'amministrazione in generale e alla finanza pubblica in particolare[85]. La scarsa propensione dell'amministrazione a ricorrere ad una tipologia di autotutela verso la quale il proprio interesse potrebbe non essere immediato risulta dunque pienamente coerente l'evoluzione storica della nullità amministrativa.

D'altra parte, sotto altro profilo, proprio perché le nullità testuali sono previste prevalentemente in funzione di tutela dell'amministrazione nei confronti dei propri funzionari piuttosto che dei privati nei confronti dell'amministrazione, l'orientamento della giurisprudenza che tende a circoscrivere l'ambito applicativo della nullità a tutto vantaggio dell'annullabilità[86], con particolare riferimento al

---

[82] Sulle analogie e le differenze nell'autotutela rispetto ai provvedimenti nulli tra l'ordinamento amministrativo spagnolo e quello italiano, sia consentito il rinvio al nostro [omissis].

[83] Sul punto cfr. DELSIGNORE, *op. cit.*, pp. 869-870.

[84] V., ad esempio, artt. 82, co. 8 e 103, co. 5, d.lgs. n. 50/2016 e art. 13, d.lgs. n. 75/2017.

[85] V., ad esempio, art. 209, co. 3, d.lgs. n. 50/2016; artt. 19 e 25, d.lgs. 175/2016; art. 11, d.lgs. n. 74/2017; artt. 3 e 5, d.lgs. n. 75/2017. Sul punto cfr. GALLO, *op. cit.*, p. 46-47.

[86] Sul punto cfr. CAVALLARO, *op. cit.*, p. 370; GALLO, *op. cit.*, p. 44; D. MASTRANGELO, *Note minime sulla nullità dei provvedimenti amministrativi e sulle norme scritte che la riguardano*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Napoli, 2015, t. I, pp. 123 ss., pp. 131 ss. In tal senso, si sottolinea la «ristrettezza dell'ambito di applicazione della nullità nelle fattispecie di diritto amministrativo», atteso che dall'art. 21-*septies* «discende il costante indirizzo giurisprudenziale che ritiene che la nullità del provvedimento abbia carattere eccezionale» (Cons. Stato, sez. IV, 18 novembre 2014, n. 5671, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*). Similmente, si riconosce che nel diritto amministrativo – a differenza che nel diritto civile, dove la nullità rappresenta la forma di invalidità "residuale", destinata ad operare ogni qualvolta il contratto è contrario a norma imperativa, salvo che la legge disponga diversamente, *ex* art. 1418, co. 1, c.c. – non solo non opera la nullità "virtuale", cioè in assenza di una norma che la preveda testualmente, ma la stessa categoria della nullità rappresenta «una forma di invalidità eccezionale e

difetto assoluto di attribuzione[87] e alla mancanza di elementi essenziali[88], al dichiarato fine di evitare che ogni violazione di legge abbia conseguenze sproporzionate rispetto alla difformità dell'atto dal paradigma legale[89], non è da considerarsi negativo per il cittadino[90].

L'esigenza di introdurre una disciplina positiva di tale forma di autotutela si pone poi alla luce del percorso evolutivo tutt'altro che lineare che ha attraversato il rapporto tra autotutela decisoria e principio di legalità[91].

---

tipica». Fra i due sistemi vi è quindi una «differenza di fondo che trova la sua spiegazione nella rammentata circostanza che nel diritto amministrativo prevale l'esigenza di assicurare la stabilità, la certezza e, dunque, la conservazione degli atti amministrativi, il che implica l'applicazione di un regime di invalidità nel quale la categoria generale e virtuale è l'annullabilità», nonché del principio *utile per inutile non vitiatur*, in luogo dell'opposto principio civilistico *utile per inutile vitiatur* sotteso alla previsione di cui dell'art. 1354, co. 1, c.c. (Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2016, n. 882, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*).

[87] In tal senso, poiché la nullità per difetto assoluto di attribuzione va circoscritta ai soli casi di incompetenza assoluta o di c.d. carenza di potere in astratto, ossia al caso in cui manchi del tutto una norma che attribuisca all'Amministrazione il potere in fatto esercitato, essa resta una vicenda «assolutamente residuale», di fatto, «un caso di scuola» (Cons. Stato, sez. IV, 18 novembre 2014, n. 5671, cit.). In altri termini, «il difetto assoluto di attribuzione è configurabile nei casi – per lo più 'di scuola' – in cui un atto non può essere radicalmente emanato da una autorità amministrativa, che non ha alcun potere nel settore, neppure condividendone la titolarità con un'altra amministrazione (risultando altrimenti un vizio di incompetenza)» (Cons. Stato, sez. VI, 31 ottobre 2013, n. 5266, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*).

[88] In tal senso, si afferma che «pur dopo l'inserimento nel sistema dell'art. 21-*septies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, che ha codificato la nullità "strutturale" del provvedimento amministrativo (ossia per difetto dei suoi elementi essenziali), tale peculiare vizio possa essere *in concreto* ravvisato soltanto in casi estremi e circoscritti, quale ad esempio l'inesistenza dell'oggetto», mentre anche il difetto della causa, che sul piano civilistico è causa di nullità del negozio, nel diritto amministrativo è causa di annullabilità *sub specie* di eccesso di potere, il che discende «dall'eccezionalità del vizio di nullità rispetto alle ordinarie forme di illegittimità conoscibili dal giudice amministrativo, e rilevanti quali cause di annullabilità» (Cons. Stato, sez. IV, 24 maggio 2016, n. 2202, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*). Similmente, si ribadisce che, «pur dopo la positivizzazione della nullità "strutturale" del provvedimento amministrativo, con il suo inserimento nei casi previsti dall'art. 21-*septies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, tale peculiare vizio può essere ravvisato soltanto in casi estremi e circoscritti, quale ad esempio l'inesistenza dell'oggetto. Questa ipotesi di nullità ricorre quando il vizio da cui l'atto amministrativo è affetto assume connotati di gravità ed evidenza tali da rendere impedirne la qualificazione come manifestazione di potere amministrativo, sia pure eventualmente illegittima. Solo in questi casi eccezionali non sussistono di conseguenza le ragioni di certezza dell'azione amministrativa alla base del carattere generalizzato del vizio dell'annullabilità *ex* art. 21-*octies*, comma 1, l. n. 241 del 1990, e del termine breve e a pena di decadenza per ricorrere in sede giurisdizionale. Al di fuori di questa evenienza (e delle altre tassative ed eccezionali codificate dalla disposizione in esame della legge generale sul procedimento amministrativo) ogni patologia da cui la manifestazione di volontà autoritativa risulti affetta deve essere ascritta all'ipotesi generale dell'annullabilità ai sensi dell'art. 21-*octies* poc'anzi citato. Nell'ambito di quest'ultima vanno tra l'altro inclusi tutti i vizi da cui è affetta la volontà dell'amministrazione e che comportano una deviazione rispetto alla causa tipica del potere autoritativo, anche nelle ipotesi più gravi in cui la condotta del funzionario autore dell'atto sia qualificabile come reato» Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2017, n. 2028, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*).

[89] Cfr. GALLO, *op. cit.*, p. 44, e, *ivi*, nt. 6, che richiama sul punto M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Bologna, 2015, p. 198.

[90] Cfr. GALLO, *op. cit.*, p. 46.

[91] In proposito si riprendono le acute osservazioni di F. FRANCARIO, *Profili evolutivi dell'autotutela (decisoria) amministrativa*, in A. RALLO-A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, 2016, pp. 9 ss.

Nella risistemazione benvenutiana l'autotutela esecutiva era ancorata strettamente a tale principio[92], mentre quella decisoria era considerata un privilegio dell'amministrazione, espressione di un potere generale connaturato all'esercizio stesso della funzione amministrativa e che pertanto non richiedeva un'espressa attribuzione normativa[93], secondo una tendenza perdurata a lungo nell'elaborazione sia dottrinale che giurisprudenziale e codificata infine dalla l. n. 15/2005. In quest'ultima, infatti, l'autotutela esecutiva è strettamente ancorata al principio di legalità, dal momento che, ai sensi dell'art. 21-*ter*, co. 1, della l. n. 241/1990, l'amministrazione può imporre l'adempimento coattivo degli obblighi sussistenti nei propri confronti solo «nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge», così come può provvedere all'esecuzione coattiva, in caso di inottemperanza dell'interessato, sempre «nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge». Non altrettanto invece si riscontra nella sospensione, nella revoca, nell'annullamento d'ufficio e nella convalida, dato che, sempre sin dalla l. n. 15/2005, gli artt. 21-*quater*, 21-*quinquies* e 21-*nonies*, non operano tuttora alcun rinvio alla legge se non per la determinazione dell'organo competente ove diverso da quello che ha emanato il provvedimento di primo grado.

Rispetto a tale nozione tradizionale, tuttavia, già nella versione originaria della l. n. 241/1990 sono presenti elementi di rottura e di attrazione verso il polo della legalità, secondo una tendenza opposta che ha conosciuto un costante e progressivo rafforzamento fino alle ultime riforme del 2014 e 2015[94].

In tal senso, in primo luogo, la generalizzazione del principio del contraddittorio e della partecipazione procedimentale operata sin dall'inizio dalla legge sul procedimento amministrativo ha fatto sì che l'acquisizione e la ponderazione degli interessi pubblici e privati non sia più l'esito dell'operato unilaterale dell'amministrazione ma della formazione in via contenziosa o quasi contenziosa del procedimento, nella cui sede l'interessato ha il potere di far valere le proprie ragioni in chiave oppositiva rispetto all'amministrazione. Il risultato finale del procedimento,

[92] In tal senso, «l'autotutela esecutiva è ammessa nel nostro ordinamento soltanto nei casi espressamente previsti e non ampliabili né in via di deduzione di principi, né in via d'integrazione analogica» (BENVENUTI, *op. cit.*, p. 555).

[93] In tal senso, l'autotutela decisoria, ovvero «il concetto di atto che decide, secondo giustizia, un conflitto potenziale o attuale tra l'amministrazione ed il destinatario del suo provvedimento, ovvero di una norma, che le assicuri una posizione o situazione di vantaggio, si manifesta come concetto di carattere generale». I provvedimenti di autotutela decisoria non coincidono quindi né con le decisioni emesse all'esito dei procedimenti amministrativi contenziosi né con gli accertamenti emanati a seguito di contraddittorio o con le pronunce dichiarative preliminari a manifestazioni di volontà, perché «ciò che qualifica questi atti è piuttosto la loro natura materialmente giurisdizionale e cioè la loro attitudine (o causa generica) a soddisfare in caso di conflitto l'interesse del loro autore attraverso l'assicurazione» (BENVENUTI, *op. cit.*, p. 541).

[94] Cfr. FRANCARIO, *Profili evolutivi*, cit., pp. 13-17.

più che un provvedimento, è dunque una decisione[95], che determina anche la consumazione del potere di provvedere dell'amministrazione[96], secondo una visione antitetica rispetto a quella dell'autotutela come potere generale, inesauribile e immanente a quello esercitato in primo grado[97].

In secondo luogo, nel delineare gli istituti di semplificazione – dagli accordi tra amministrazioni e con i privati alla conferenza di servizi, dalla d.i.a. e ora s.c.i.a. al silenzio-assenso – il legislatore ha contemplato moduli deliberativi che prescindono da una determinazione imperativa unilaterale dell'amministrazione o addirittura dalla stessa adozione di un atto amministrativo. La difficoltà di continuare a concepire l'autotutela come un potere immanente all'esercizio dell'attività amministrativa, non necessitante alcuna attribuzione normativa, è evidente nel fatto stesso che il legislatore ha avvertito la necessità di prevedere, sin dalla formulazione originaria della l. n. 241/1990, il potere dell'amministrazione di recedere unilateralmente dagli accordi con il privato «per sopravvenuti motivi di pubblico interesse» (art. 11, co. 4) così come di «annullare l'atto di assenso illegittimamente formato» con riferimento al silenzio-assenso (art. 20, co. 1, nella versione originaria)[98]. Tale controtendenza parallela non ha fatto che intensificarsi, se è vero che con la l. n. 80/2005 il legislatore ha previsto, in relazione alla d.i.a., che «è fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela ai sensi degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*» (art. 19, co. 3, nella versione risultante dalla novella del 2005). Tale disposizione è stata poi riscritta dalla l. n. 124/2015, che all'art. 19, co. 4, in luogo del potere di assumere «determinazioni in via di autotutela», prevede ora il potere di adottare i «provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-*nonies*», una modifica che segna dunque la scomparsa anche formale – oltre che sostanziale[99] –

[95] Posto che «per 'decisione amministrativa' si intende la combinazione di giudizio e volontà che compone un conflitto di interessi "selezionando un particolare assetto fra altri possibili"» (F. Follieri, Decisione amministrativa e atto vincolato, in Federalismi.it, n. 7/2017, § 1, p. 3, che riprende, nel virgolettato doppio, M. Bombardelli, Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico, Torino, 1996, p. 3).

[96] Sulla crisi della concezione dell'inesauribilità del potere quale paradigma teorico di riferimento dei provvedimenti di secondo grado, in conseguenza dei recenti interventi legislativi sugli stessi, cfr. partic. M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *Persona e amministrazione*, 2017, n. 1, pp. 189 ss.

[97] Cfr. FRANCARIO, *Profili evolutivi*, pp. 18-19.

[98] *Id.*, pp. 19-21.

[99] In tal senso, cfr. Cons. Stato, comm. spec., 30 marzo 2016, n. 839/2016, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*, secondo cui la disposizione cui all'art. 21-*nonies*, quale riformata dalla l. n. 124/2015, «viene infatti richiamata nel meccanismo della SCIA di cui all'art. 19 con una funzione innovativa, che non può più definirsi di 'autotutela' in senso tecnico, poiché l'autotutela costituisce un provvedimento di secondo grado ed esso appare impossibile nel caso di specie, dove il provvedimento iniziale manca del tutto».

dell'«autotutela» e il riferimento dei limiti di cui all'art. 21-*nonies* ai poteri interdittivi di un atto privato quale la s.c.i.a.[100].

Anche l'introduzione di un termine certo e breve entro cui operare l'annullamento d'ufficio, disposta dalla stessa legge, e che rappresenta «un 'nuovo paradigma' nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione»[101], è incompatibile con l'idea sia dell'inesauribilità che dell'immanenza di un potere che non potrebbe più essere anacronisticamente concepito come espressione dello stesso potere esercitato in primo grado[102].

Infine, sebbene più marginalmente, nemmeno la revoca è andata indenne dall'opera di conformazione legislativa, dato che la l. n. 164/2014, da una parte, ha escluso che la nuova valutazione dell'interesse pubblico originario possa costituire un presupposto legittimante per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di benefici economici, e, dall'altra, ha ammesso la revocabilità di tutti i provvedimenti inopportuni per mutamento della situazione di fatto solo qualora quest'ultimo non sia prevedibile al momento dell'adozione dell'atto, oltre al fatto che sin dalla l. n. 15/2005 la revoca è nata affiancata all'obbligo indennizzatorio della lesione dell'affidamento[103].

Nel complesso, l'art. 6 della l. n. 124/2015 ha ridisegnato in profondità le caratteristiche e la natura dell'istituto dell'annullamento d'ufficio, riconfigurandolo quale potere dell'amministrazione non più generale ma eccezionale, strettamente vincolato al rispetto del principio di legalità dell'azione amministrativa, rinvenendo la propria fonte e il proprio limite nell'art. 21-*nonies*[104]. Con tale disposizione si è compiuta dunque la «teoresi» dell'autotutela decisoria, perché si è consumata la parabola dell'evoluzione storica dell'istituto, che l'aveva portato a staccarsi progressivamente dall'autotutela esecutiva proprio sul versante del rapporto con il principio di legalità per poi a riallinearsi ad essa[105].

In definitiva, l'attrazione verso il polo della legalità della disciplina dell'autotutela, implicita nella crescente regolamentazione dell'istituto ma iniziata a ben vedere sin dalla versione originaria della l. n. 241/1990, rende ormai recessiva l'idea che esso sia un principio naturale della stessa azione amministrativa, che non richiede alcuna tipizzazione normativa, il che rende ancora più paradossale la perdurante assenza di una disciplina positiva dell'autotutela nei confronti del provvedimento nullo[106]. Al di là del fatto che, come si è detto, la stessa giurisprudenza costituzionale ha recepito la

[100] Cfr. FRANCARIO, *Profili evolutivi*, cit., pp. 25-26.
[101] Cons. Stato, comm. spec., 30 marzo 2016, n. 839/2016, cit.
[102] Cfr. FRANCARIO, *Profili evolutivi*, cit., pp. 27-28.
[103] *Id.*, pp. 28-29.
[104] Cfr. F. FRANCARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *federalismi.it*, n. 20/2015, § 2, p. 4.
[105] *Id.*, § 3, pp. 5 ss.
[106] Cfr. FRANCARIO, *Profili evolutivi*, cit., p. 30.

svolta nel mutamento della concezione del potere di autotutela[107], per tale tipologia di autotutela è poi ancora più complicato sostenere la concezione tradizionale come privilegio pubblicistico e retaggio degli Stati assoluti, anziché come potere di amministrazione attiva, attesa l'incertezza sullo stesso carattere provvedimentale della declaratoria di nullità in autotutela[108], e per la quale l'analisi qui condotta ha mostrato l'elevata eterogeneità di impostazioni.

D'altra parte, come evidenzia l'ultima modifica dell'art. 19, l'interesse del legislatore è di far cessare gli effetti creati da una situazione *contra ius* e non di risolvere un problema di invalidità provvedimentale[109], il che rende ancora più consona al mutato sentire dell'organo normatore una riforma che mirerebbe alla rimozione di effetti materiali generati da un atto amministrativo più che ad una forma di autotutela vera e propria.

Non c'è dubbio che, sottoponendo oggi il potere di autotutela a condizioni più restrittive rispetto al passato, il legislatore, se da un lato mostra di privilegiare la stabilità dei rapporti giuridici, dall'altra relega in disparte i due presupposti essenziali di esercizio dello stesso, ossia l'interesse pubblico concreto e attuale al ritiro e – nel caso dell'annullamento d'ufficio – l'illegittimità del provvedimento[110]. È altrettanto vero però che proprio in relazione alla nullità l'antitesi tra la concezione tradizionale dell'autotutela e il principio di legalità mostra il suo limite ontologico[111].

---

[107] Cfr. Corte cost., 13 luglio 2017, n. 181, cit.

[108] Cfr. CORTESI, *op. cit.*, p. 1307.

[109] In tal senso, per come è stata configurata la riforma dell'art. 19, co. 4, della l. n. 241/1990 da parte dell'art. 6, co. 1, lett. a), della l. n. 124/2015, «l'intervento tende ad inquadrarsi nello schema proprio della c.d. rimozione, piuttosto dell'annullamento. È cioè evidente che l'attenzione del legislatore è tutta focalizzata sul problema dell'antigiuridicità del permanere degli effetti e non dell'invalidità o meno ab origine dell'atto. La preoccupazione è cioè di evitare che esista e perduri un rapporto in assenza delle condizioni di fatto e di diritto richieste per la sua vigenza, a prescindere dalla sua qualificazione (in termini di validità o meno anche sotto qualsiasi altro profilo) dell'atto che ha originato il rapporto e prodotto tali effetti. L'intervento dell'amministrazione si rende doveroso non già per rimediare ad uno stato patologico dell'atto, bensì per far cessare l'efficacia del rapporto creato dall'atto» (Francario, Profili evolutivi, cit., p. 26).

[110] Cfr. NAPOLITANO, *op. cit.*, pp. 2-3.

[111] Detto diversamente, rispetto «alla formula «illegittimità forte», elaborata da una non recente decisione dell'Adunanza plenaria [Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 1992, n. 2, cit.]; un'illegittimità "diversa" rispetto a quella cui consegue l'annullabilità e che dà luogo alla nullità del provvedimento, a tutela del polo pubblicistico del rapporto amministrativo, sacrificato oltremodo da un atto totalmente difforme dal paradigma normativo nelle ipotesi tipizzate dal legislatore», può convenirsi che «il potere di autoannullamento può sì conoscere una consumazione quanto all'assetto d'interessi racchiuso e cristallizzato nel provvedimento, ma ciò non dovrebbe accadere qualora quel provvedimento fosse viziato per oggettiva mancanza dei suoi presupposti [...]. Pertanto l'Amministrazione avrebbe sempre il potere-dovere di rilevare le situazioni patologiche che attengano non alla composizione degli interessi, e cioè all'esercizio del potere discrezionali, *bensì* alla conformità del provvedimento al suo paradigma normativo di riferimento. Questa concezione si lega a doppio filo con una nozione "forte" del principio di legalità, presupposto indefettibile dell'agire amministrativo funzionalizzato alla realizzazione del pubblico interesse» (*id.*, pp. 7-9).

Restano, infine, i problemi collaterali che l'insufficiente definizione di tale forma di autotutela lascia irrisolti, dato che essa è strettamente connessa ai perduranti limiti della tutela giurisdizionale contro la nullità amministrativa.
Anzitutto, come ha riconosciuto di recente lo stesso Consiglio di Stato, il provvedimento nullo, in quanto intrinsecamente imperativo, esecutivo ed esecutorio, ha comunque un'efficacia interinale che può venire meno solo a seguito di un intervento declaratorio della nullità di tipo giurisdizionale o amministrativo in autotutela[112]. Tuttavia, in relazione alla prima alternativa, la codificazione della nullità operata dall'art. 21-*septies* ha finito paradossalmente per diminuire il grado di tutela del privato di fronte all'attività amministrativa nulla, dato che al di fuori delle materie di giurisdizione esclusiva continua ad applicarsi il tradizionale criterio di riparto di giurisdizione basato sulla consistenza della situazione giuridica soggettiva intercettata dall'atto nullo. Con la conseguenza che i provvedimenti nulli estranei alla giurisdizione esclusiva sfuggono al potere dichiarativo ed esecutivo del giudice amministrativo, la cui sfera di efficacia ne esce ridotta, mentre viene addossato sul giudice ordinario un carico di lavoro eccessivo in una tipologia di attività nella quale non dispone di adeguati strumenti né tecnici né culturali. Sotto altro profilo, dunque, si ripropone il paradosso dell'inversione del grado di tutela rispetto al grado di gravità del vizio, perché «l'atto nullo, che è più grave dell'atto annullabile, davanti al giudice ordinario la "fa franca"»[113], con buona pace dei principi del giusto processo, di effettività e concentrazione della tutela giurisdizionale.
In secondo luogo, il sovraccarico del sindacato sull'operato dell'amministrazione da parte del giudice ordinario rende ancora più acuta la problematica riflessa del comportamento di questa a fronte di una sentenza civile o penale che abbia accertato in via incidentale la nullità dell'atto amministrativo, emessa magari in un giudizio nel quale l'amministrazione non è stata nemmeno parte in causa. In tal caso vi è da chiedersi se essa sia obbligata ad agire in autotutela, dovendo conformarsi alla statuizione disapplicativa del giudice ordinario in virtù del principio costituzionale di buona amministrazione, cosicché la declaratoria di nullità in autotutela si configurerebbe come esercizio di un potere vincolato, o se invece essa possa comunque procedere a ponderare motivatamente i contrapposti interessi pubblici e privati. Vi è poi da stabilire se l'eventuale attività conformativa in autotutela, vincolata o discrezionale, debba attendere o meno il formarsi del giudicato ordinario, tenendo presente però, almeno in termini tecnici, su un *obiter dictum* non si forma mai il giudicato. Infine, vi è il problema delle responsabilità configurabili a carico dei funzionari in caso di accertamento incidentale della nullità dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario. Come si vede, si tratta di interrogativi tutti che

[112] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 aprile 2012, n. 1957, cit. e id., 28 ottobre 2011, n. 5799, cit.
[113] P. ROMANUCCI, Asimmetrie e criticità irrisolte della nullità amministrativa, attraverso la riforma della legge 241/90 ed il codice del processo amministrativo. Una rassegna di giurisprudenza, in Federalismi.it, n. 10/2013, § 2, p. 8.

potrebbero essere risolti se il legislatore prevedesse un potere generale del giudice ordinario di dichiarare la nullità del provvedimento, analogo a quello del giudice amministrativo, come già previsto per le sanzioni amministrative dall'art. 22 della l. n. 689/1981 e dal d.lgs. 150/2011, conformandosi così all'esigenza di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione prevista dall'art. 113 Cost.[114].

Infine, non meno delicato è il problema dell'opponibilità in giudizio *sine die* del vizio di nullità da parte dell'amministrazione resistente prevista dall'art. 31, co. 4, c.p.a., che stride con la subordinazione del privato al termine decadenziale di centottanta giorni, squilibrio oltretutto di dubbia costituzionalità ma nemmeno lontanamente sfiorato dai due correttivi al codice. In effetti, tutt'altro che irrealistica è l'eventualità che l'amministrazione, cioè la stessa parte che ha dato causa all'atto nullo, prima ne rifiuti l'annullamento in autotutela e poi se ne faccia strumentalmente scudo in giudizio. L'assenza di limiti temporali all'esercizio di tale tipologia di riesame può condurre dunque ad un uso opportunistico non solo della giustizia ma anche del potere di autotutela, la cui attivazione potrebbe appunto essere aggirata – e con essa le relative responsabilità – attraverso la «scappatoia»[115] dell'opponibilità in giudizio. Certo il privato può sempre contare sulla soluzione risarcitoria o su quella restitutoria, intentando in tal caso l'azione di indebito arricchimento, ma non otterrebbe comunque una tutela pienamente satisfattiva del proprio interesse come nel caso del conseguimento diretto del bene della vita per via provvedimentale.

D'altra parte, le lacune nella tutela giurisdizionale correlate alla questione in esame evidenziano anche che l'ammissibilità dell'annullamento in autotutela del provvedimento nullo non è una soluzione molto diversa da quella accolta dalla giurisprudenza all'indomani dell'introduzione dell'art. 21-*septies*, laddove – in un sistema di giustizia amministrativa che non conosceva ancora le sentenze dichiarative della nullità, ammettendole solo nelle residuali ipotesi del giudizio sul silenzio e di quello sull'accesso – ebbe a riconosce la possibilità di esperire l'azione di annullamento nei confronti dei provvedimenti nulli. Dato appunto che l'atto nullo produce effetti materiali che a loro volta possono produrre effetti giuridici, alla luce dell'imperiosa necessità che può emergere di eliminare anche formalmente il provvedimento dall'ordinamento, «non si capisce perché l'annullamento dovrebbe essere ritenuto inappropriato al giudice e consono all'amministrazione che agisce in autotutela»[116].

---

[114] *Id.*, p. 9.

[115] *Id.*, p. 12.

[116] T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 26 ottobre 2005, n. 4581, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr, che riconosce come l'azione di nullità sia «ontologicamente» dichiarativa e l'art. 26, co. 2, della l. n. 1034/1971, laddove regola la natura delle sentenze di accoglimento del giudice amministrativo in sede di legittimità prevedendo che in tal caso esso «annulla» sempre l'atto impugnato, rappresenti un ostacolo insuperabile all'ingresso della pronuncia dichiarativa della nullità. Tuttavia, «l'inammissibilità di formali statuizioni dichiarative della nullità di

Più che mai, dunque, si rende necessario introdurre a livello normativo non solo una disciplina positiva ma anche adeguate forme di garanzia del privato contro possibili tentativi dell'amministrazione di eludere la rimozione in autotutela del provvedimento nullo.

un atto amministrativo non impedisce che ad analogo risultato possa pervenirsi mercé la pronuncia di annullamento. Anzi, tale pronuncia appare del tutto coerente con la riscontrata esistenza di una giurisdizione di legittimità. Se il rapporto devoluto al giudice riflette lo schema logico fatto-norma-potere-effetto è del tutto naturale che la nullità trovi sfogo in una statuizione di annullamento, che accerti l'inesistenza giuridica del potere. Come osservato in dottrina le pronunce dei giudici, rese su atti invalidi, esercitano la loro concreta funzione di tutela solo nel momento in cui vengono rese. Non è neanche vero che, come dice Lucrezio, ex nihilo nihil fit, in quanto l'atto nullo produce determinati effetti pratici (determina non effetti giuridici, ma fatti, che a loro volta determinano effetti giuridici, secondo la connessione fatto-effetto), costituenti meri fatti materiali, ma che a loro volta possono produrre effetti giuridici. Nel diritto amministrativo il connotato esteriore di autoritatività carica questa evidenza di significati più forti. Si è già ricordato che l'atto nullo può essere portato ad esecuzione o costituire il presupposto di atti successivi. La formula di annullamento, allora, ben si adatta all'esigenza che l'atto venga eliminato anche sul piano formale».

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La Legge n. 240 del 2010 non ostacola la progressione in carriera dei ricercatori a tempo indeterminato. Commento alla sentenza della Corte Costituzionale n. 165 del 2020.

di Antonio Saporito

(Dottore di Ricerca in Diritto Amministrativo, Università degli Studi dell'Aquila)

Sommario

1. Premessa. – 2. La decisione del Giudice delle Leggi. – 3. Conclusioni.

Abstract

The contribution comments on the ruling of the Constitutional Court regarding the question of constitutional legitimacy of art. 24, paragraph 6, of the law of 30 December 2010, n. 240, with reference to articles 3 and 97 of the Constitution. Specifically, the contribution analyzes whether a researcher confirmed indefinitely in possession of a first-class national scientific qualification, should not be subjected to the evaluation for the role call as associate professor.

1. *Premessa.*

La Corte costituzionale, recentemente, si è pronunciata su una spinosa ed alquanto problematica. Con ordinanza del 30 aprile 2019, iscritta al n. 152 del registro ordinanze del 2019, infatti, il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria aveva sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 24, comma 6, della legge 30 dicembre 2010, n. 240[1], in riferimento agli artt. 3 e 97 della Costituzione.

Il rimettente è stato adito da un ricercatore confermato a tempo indeterminato in possesso di abilitazione scientifica nazionale di prima fascia, per l'annullamento, sia della nota con cui l'Università della Calabria, presso cui presta servizio, ha respinto la sua istanza di essere sottoposto alla valutazione per la chiamata in ruolo come professore associato, sia del regolamento del citato ateneo sulla chiamata dei professori di ruolo di prima e seconda fascia, nonché per l'accertamento del suo diritto soggettivo a essere sottoposto alla procedura di valutazione.

Il giudice *a quo* ha dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 24, comma 6, della legge n. 240 del 2010[2] nella parte in cui prevede che la procedura di valutazione di cui al comma 5 dello stesso articolo[3] «può essere utilizzata», anziché «è utilizzata», per la chiamata nel ruolo di professore di prima e seconda fascia di ricercatori a tempo indeterminato e nella parte in cui prevede il termine ultimo del 31 dicembre 2019 per l'utilizzazione di tale procedura. L'art. 24 sui "Ricercatori a tempo determinato" definisce al comma 3, lettera b)[4], la figura del ricercatore cosiddetto "di tipo B" e stabilisce, al citato comma 5, che «nel terzo anno di contratto di cui al

[1] Legge 30 dicembre 2010, n. 240 (Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario).

[2] "*Nell'ambito delle risorse disponibili per la programmazione, fermo restando quanto previsto dall'articolo 18, comma 2, dalla data di entrata in vigore della presente legge e fino al 31 dicembre del sesto anno successivo, la procedura di cui al comma 5 può essere utilizzata per la chiamata nel ruolo di professore di prima e seconda fascia di professori di seconda fascia e ricercatori a tempo indeterminato in servizio nell'università medesima, che abbiano conseguito l'abilitazione scientifica di cui all'articolo 16. A tal fine le università possono utilizzare fino alla metà delle risorse equivalenti a quelle necessarie per coprire i posti disponibili di professore di ruolo. A decorrere dal settimo anno l'università può utilizzare le risorse corrispondenti fino alla metà dei posti disponibili di professore di ruolo per le chiamate di cui al comma 5*".

[3] "*Nell'ambito delle risorse disponibili per la programmazione, nel terzo anno di contratto di cui al comma 3, lettera b), l'università valuta il titolare del contratto stesso, che abbia conseguito l'abilitazione scientifica di cui all'articolo 16, ai fini della chiamata nel ruolo di professore associato, ai sensi dell'articolo 18, comma 1, lettera e). In caso di esito positivo della valutazione, il titolare del contratto, alla scadenza dello stesso, e' inquadrato nel ruolo dei professori associati. La valutazione si svolge in conformità agli standard qualitativi riconosciuti a livello internazionale individuati con apposito regolamento di ateneo nell'ambito dei criteri fissati con decreto del Ministro. La programmazione di cui all'articolo 18, comma 2, assicura la disponibilità delle risorse necessarie in caso di esito positivo della procedura di valutazione. Alla procedura e' data pubblicità sul sito dell'ateneo*".

[4] "*I contratti hanno le seguenti tipologie: a) contratti di durata triennale prorogabili per soli due anni, per una sola volta, previa positiva valutazione delle attività didattiche e di ricerca svolte, effettuata sulla base di modalità, criteri e parametri definiti con decreto del Ministro; i predetti contratti possono essere stipulati con il medesimo soggetto anche in sedi diverse; b) contratti triennali non rinnovabili, riservati a candidati che hanno usufruito dei contratti di cui alla lettera a), ovvero, per almeno tre anni anche non consecutivi, di assegni di ricerca ai sensi dell'articolo 51, comma 6, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni, o di borse post-dottorato ai sensi dell'articolo 4 della legge 30 novembre 1989, n. 398, ovvero di analoghi contratti, assegni o borse in atenei stranieri*".

comma 3, lettera b), l'università valuta il titolare del contratto stesso, che abbia conseguito l'abilitazione scientifica di cui all'articolo 16 della medesima legge, ai fini della chiamata nel ruolo di professore associato, ai sensi dell'articolo 18, comma 1, lettera e) della medesima legge». Il D.L. 76/2020 (art. 19, co. 1, lett. f) ha previsto la possibilità di anticipare già a dopo il primo anno di contratto per ricercatore a tempo determinato di tipo B, il passaggio nel ruolo dei professori associati, qualora l'università abbia le necessarie risorse nella propria programmazione e nei limiti delle risorse assunzionali disponibili per l'inquadramento nella qualifica di professore associato, fermo restando il previo esito positivo della valutazione che, in tal caso, comprende anche lo svolgimento di una prova didattica nell'ambito del settore scientifico-disciplinare di appartenenza del titolare del contratto. A tal fine, ha inserito nell'art. 24 della L. 240/2010 il co. 5-bis.

La Legge n. 240/2010[5], riprendendo il meccanismo a suo tempo previsto dalla Legge n. 230/2005, ha messo ad esaurimento i ricercatori a tempo indeterminato, individuando, invece, due tipologie di contratti di ricerca a tempo determinato, Ricercatore a tempo determinato di tipo A (d'ora in poi, per brevità, "RtD tipo A") e Ricercatore a tempo determinato di tipo B (d'ora in poi, per brevità, "RtD tipo B"). Solo per quest'ultima tipologia può seguire il passaggio al ruolo degli associati, previo conseguimento dell'abilitazione scientifica nazionale.

La prima tipologia di contratto (RtD di tipo A) ha durata triennale, prorogabile per due anni (3+2), per una sola volta, previa positiva valutazione delle attività didattiche e di ricerca svolte, effettuata sulla base di modalità, criteri e parametri definiti con DM 242/2011. I contratti possono prevedere il regime di tempo pieno o di tempo definito, con un impegno annuo complessivo pari, rispettivamente, a 350 e a 200 ore. La seconda tipologia (RtD di tipo B) consiste in contratti triennali – originariamente non rinnovabili, ma divenuti definitivamente tali a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 1, co. 338, lett. b), della Legge n. 232/2016 – stipulati esclusivamente in regime di tempo pieno, riservati a candidati che hanno usufruito di contratti di cui alla prima tipologia o che hanno conseguito l'abilitazione scientifica nazionale, o che sono in possesso del titolo di specializzazione medica,

[5] Sulla cd. Riforma Gelmini, in dottrina cfr. S. BATTINI, *La nuova* governance *delle Università*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc.2, 2011, pag. 359; In tema di *governance* cfr. E. PICOZZA – A. POLICE, *Competizione e* Governance *nel sistema universitario*, Giappichelli, 2013. F. MERLONI, *La nuova governance*, in *Giorn. dir. Amm*, 2011, 353; C. MARZUOLI, *Lo stato giuridico e il reclutamento: innovazioni necessarie, ma sufficienti?*, in *Giorn. dir. Amm, 2011*, 360; E. CARLONI, *L'organizzazione della didattica e della ricerca*, in *Giorn. dir. Amm*, 2011, 366; A. BRANCASI, *La finanza*, in *Giorn. dir. Amm*, 2011, 371; A. NATALINI, *La valutazione*, in *Giorn. dir. Amm*, 2011, 376). Si vedano anche V. ZENO ZENCOVICH, *Ci vuole poco per fare un'università migliore*, Fognano, 2011. Prima dell'entrata in vigore della legge n. 240 del 2010, ma comunque nella prospettiva della riforma del sistema, si veda F. CAPRIGLIONE, *Luci e ombre della riforma universitaria*, Bari, 2010; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *Concorrenza e merito nelle università. Problemi, prospettive e proposte*, Torino, Giappichelli, 2009; Q. CAMERLENGO, *Art. 33*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole, Padova, 2008.G. FONTANA, *Art. 33*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006.

ovvero che, per almeno 3 anni anche non consecutivi, hanno usufruito di assegni di ricerca o di borse post-dottorato, oppure di contratti, assegni o borse analoghi in università straniere (nonché, ai sensi dell'art. 29, co. 5, della medesima Legge n. 240/2010, a candidati che hanno usufruito per almeno 3 anni di contratti a tempo determinato stipulati in base all'art. 1, co. 14, della Legge n. 230/2005). Ai sensi del co. 5, nel terzo anno di contratto – o dopo il primo anno ai sensi nel nuovo co.5 bis, il titolare che abbia conseguito l'abilitazione scientifica nazionale è sottoposto, ai fini della chiamata nel ruolo di professore associato, alla valutazione dell'università, in conformità agli standard qualitativi riconosciuti a livello internazionale, individuati con un apposito regolamento di ateneo nell'ambito dei criteri fissati con DM 344/2011. Se la valutazione ha esito positivo, il titolare del contratto, alla scadenza dello stesso, è inquadrato come professore associato.
Precedentemente, l'accesso al ruolo dei ricercatori «a tempo indeterminato», definiti anche ricercatori «di ruolo», avveniva per pubblici concorsi decentrati presso le singole sedi universitarie, con le modalità originariamente disciplinate dal d.P.R. n. 382 del 1980, poi dall'art. 2 della legge 3 luglio 1998, n. 210, e da ultimo, dall'art. 1, comma 7, del decreto-legge 10 novembre 2008, n. 180, convertito, con modificazioni, nella legge 9 gennaio 2009, n. 1, sulla base della valutazione comparativa dei candidati.
Successivamente, i ricercatori di ruolo, dopo tre anni dalla immissione in ruolo dovevano superare un giudizio di conferma da parte di una commissione nazionale e, nel caso di giudizio favorevole, erano immessi nella fascia dei ricercatori confermati (art. 7, quinto comma, della legge n. 28 del 1980). Da questo momento restavano fino all'eventuale passaggio ad altra posizione accademica o comunque fino alla cessazione del servizio per limiti di età.
Al ricercatore a tempo indeterminato sono affidati compiti principalmente di ricerca scientifica, cui si aggiungono attività didattiche integrative dei corsi di insegnamento ufficiali, quali esercitazioni, collaborazione con gli studenti nella preparazione delle tesi di laurea e partecipazione alla sperimentazione di nuove modalità di insegnamento (art. 32, primo comma, del d.P.R. n. 382 del 1980). Dal 1990 è inoltre possibile affidare al ricercatore di ruolo, con il suo consenso, ulteriori corsi o moduli di insegnamento (art. 12, comma 3, della legge 19 novembre 1990, n. 341, recante «Riforma degli ordinamenti didattici universitari»; possibilità poi confermata a condizioni più stringenti dall'art. 11 della legge n. 230 del 2005).

2. *La decisione del Giudice delle Leggi.*
La Corte costituzionale, con la sentenza in commento, ha sostenuto che la scelta legislativa espressa nella norma censurata è coerente con l'assetto generale della riforma e non risulta in contrasto con la logica che la ispira, di progressione per merito nella carriera universitaria. Come detto, l'impostazione di fondo è che, nel

sistema a regime, solo due sono le posizioni di ruolo a tempo indeterminato, quella di professore associato e quella di professore ordinario, a ciascuna delle quali si accede per una procedura a doppio stadio, in cui entrambi i passaggi si svolgono in concorrenza e sono aperti a tutti coloro che siano in possesso dei requisiti previsti.
Pertanto il carattere discrezionale del potere dell'università di chiamata *ex* art. 24, comma 6, esprime un non irragionevole bilanciamento fra l'interesse dei ricercatori a tempo indeterminato, ai quali è offerto in via transitoria un canale di accesso, alternativo e a partecipazione riservata, alla posizione di professore associato, e l'interesse degli atenei a operare autonomamente le proprie scelte di reclutamento del personale.
Nella scelta discrezionale che la legge le affida, l'Università è tenuta a considerare tutti gli interessi in gioco e a bilanciare in particolare l'interesse dei ricercatori a tempo indeterminato meritevoli a vedersi chiamati come professori associati con le effettive esigenze didattiche e di ricerca dell'università stessa, nonché con l'interesse all'uso più consono delle risorse destinate al reclutamento, come noto limitate, in attuazione delle proprie politiche di sviluppo. La chiamata del ricercatore comporta infatti l'impegno di nuove risorse destinate a coprire il maggior costo di un professore associato, ciò che non avviene nel caso di chiamata a professore associato del ricercatore di tipo B, per la quale l'impegno di risorse avviene per legge nel momento del bando del contratto di tipo B. "*La coerenza della soluzione adottata dal legislatore con la norma censurata rispetto agli obiettivi generali di selezione dei docenti perseguiti dalla riforma universitaria – e, in definitiva, la sua non irragionevolezza – è confermata anche dal quadro complessivo delle misure di sostegno per la ricerca universitaria, nel quale essa attualmente si colloca. Si ricordano, a questo proposito, le citate previsioni che hanno riservato anche ai ricercatori a tempo indeterminato in possesso di abilitazione scientifica nazionale, «in deroga alle vigenti facoltà assunzionali» e con lo stanziamento di specifiche risorse aggiuntive – la cui "esiguità", lamentata dal ricorrente nel processo principale, non è di immediata evidenza – procedure straordinarie per la chiamata di professori di seconda fascia, sia di tipo comparativo, ai sensi dell'art. 18 della legge n. 240 del 2010, sia di tipo "interno", ai sensi proprio dell'art. 24, comma 6, della medesima legge*"[6].
A detta del Giudice delle Leggi, il diverso regime della chiamata a professore associato non determina un'irragionevole discriminazione dei ricercatori di ruolo, considerato che tale chiamata nel caso del ricercatore a tempo determinato conduce alla immissione in ruolo (in alternativa alla fuoriuscita dal sistema accademico), mentre nel caso del ricercatore a tempo indeterminato si risolve in un passaggio da una posizione stabile a un'altra.
La procedura automatica di valutazione di cui al comma 5 - ed ora anche del 5 *bis* a seguito del d.l. n. 76/2020 - dell'art. 24 della legge n. 240 del 2010 è così riservata a

[6] Corte costituzionale, sentenza n. 165/2020, punto 4.1.

ricercatori che, se non chiamati, alla scadenza del contratto vedrebbero cessare il loro rapporto di lavoro con l'università e che, pur in possesso dell'abilitazione scientifica nazionale, in attesa dell'indizione e dello svolgimento delle ordinarie procedure comparative di reclutamento ex art. 18 della legge n. 240 del 2010 rischierebbero di perdere continuità scientifica.
La disposizione mira a consentire ai ricercatori a tempo determinato meritevoli di passare alla posizione di professore associato e assume al contempo una funzione incentivante e premiale, non essendo estranea alla scelta del legislatore la considerazione del lungo e impegnativo percorso compiuto dai ricercatori qui considerati, ordinariamente contraddistinto dal succedersi di contratti a tempo determinato – da quelli di tipo A, di durata triennale prorogabile per due anni, a quelli di tipo B, anch'essi triennali – e dalle plurime positive valutazioni della produttività scientifica (nonché dell'attività didattica svolta) che a tale progressione si riferiscono. Questa impostazione è confermata dal fatto che con il nuovo art. 5 bis dell'art. 24 della legge n. 240/2010, dopo solo un anno, qualora ci siano particolari esigenze ed il ricercatore è meritevole, l'Ateneo assumerlo con due anni di anticipo professore di II fascia.
Secondo la Corte si deve escludere anche la violazione del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., che il giudice *a quo* ha ravvisato nel fatto che il legislatore, nel perseguire con il nuovo «statuto del ricercatore» l'obiettivo del ricambio generazionale, avrebbe sacrificato la progressione di ricercatori di esperienza «sol perché entrati nel vigore di pregressa disciplina».
Tale norma censurata non ostacola la progressione in carriera dei ricercatori a tempo indeterminato ma si limita ad offrire un canale di progressione ulteriore che si affianca al sistema ordinario di reclutamento dei professori ex art. 18 della legge n. 240 del 2010.

3. *Conclusioni.*
L'art. 24, co. 5 – ed ora anche co. 5 bis - della Legge n. 240/2010, prevede un meccanismo agevolato di accesso al ruolo di professore associato per il ricercatore a tempo determinato che abbia usufruito della seconda tipologia di contratto (quella appunto della cosiddetta lettera b) e abbia conseguito l'abilitazione scientifica nazionale alle funzioni di professore associato. In questa ipotesi, la disposizione affida, alle università, il compito di valutare il titolare del contratto stesso, senza quindi alcuna valutazione comparativa, e, in caso di esito positivo, di inquadrarlo nel ruolo dei professori associati. Si tratta di quella che è stata definita la cosiddetta *tenure-track* all'italiana. Il che presuppone, come afferma lo stesso art. 24, co. 5, della Legge n. 240/2010 (il quale richiama quanto già stabilito dall'art. 18, co. 2 della medesima legge), che le università, quando bandiscano posti di ricercatore a tempo determinato *tenure-track*, dislochino a monte le risorse necessarie a garantire il

definitivo inquadramento nel ruolo di professore associato di ogni titolare di contratto[7]. Di conseguenza sarebbe più logico e razionale, oltre che nel rispetto del principio di buon andamento ed economicità, che se vi è all'interno di un Ateneo, un ricercatore a tempo indeterminato con Abilitazione Scientifica Nazionale, debba avere la precedenza rispetto alla chiamata di un Ricercatore di tipo B, proprio per non sprecare ricorse ed utilizzarle per altri studiosi. Quello che sostiene la Corte costituzionale non è condivisibile in quanto, come nel caso del ricorrente della sentenza in commento, in possesso di Abilitazione Scientifica Nazionale di I fascia, non sia stato chiamato dal proprio Ateneo, che invece ha potuto investire o potrebbe investire risorse per una procedura concorsuale per un profilo dello stesso settore, come ricercatore di tipo B, a cui il ricorrente non potrebbe partecipare e, nonostante i molti più anni di carriera e l'Abilitazione di I fascia, si vedrebbe scavalcato da uno studioso che dopo tre anni diventerebbe professore di II fascia.

La norma oggetto della questione di legittimità sollevata denota manifesta irragionevolezza, ingiustizia e ingiustificata disparità di trattamento.

Risulta infatti priva di ragionevolezza la scelta di non consentire a coloro che hanno ottenuto il positivo giudizio di conferma da una commissione nazionale (art. 31 co. 1 d.P.R. n. 382/1980) ed hanno conseguito l'abilitazione scientifica nazionale di essere sottoposti "di diritto" alla valutazione ai fini della chiamata dalla propria Università, al pari delle figure simili dei ricercatori di tipo B). Rispetto ai colleghi RTD si crea per i ricercatori confermati con abilitazione scientifica nazionale una disciplina limitativa della chiamata diretta senza ragionevole giustificazione.

Per non considerare la discriminazione tra ricercatori di tipo A ed i ricercatori a tempo indeterminato. Quest'ultimi infatti non hanno il compito della didattica frontale mentre per i ricercatori a tempo determinato spesso si pone l'obbligo nei regolamenti di Ateneo, snaturando così la funzione dei contratti di avvio alla ricerca scientifica per giovani studiosi che abbiano terminato il dottorato di ricerca e che finiscono così invece per essere subito gravati da compiti che comprimono il tempo da dedicare all'attività scientifica. Con la Riforma Gelmini la precarietà negli Atenei è aumentata ed il personale docente diminuito di circa 15.000 unità.

Il sistema universitario andrebbe riformato dalle fondamenta.

Le politiche di riduzione del personale e taglio dei fondi, adottate dai governi nell'ultimo decennio sono per certi versi inspiegabili e segnano la rinuncia al sistema di formazione superiore e della ricerca quale volàno dello sviluppo – anche

[7] Gli atenei sono tenuti ad adottare, nelle procedure di reclutamento e ai fini del rispetto dei vincoli di turnover, l'unità di conto denominata punto organico, che comporta le seguenti equivalenze: un professore ordinario = 1 punto organico; un professore associato = 0,7 punti organico; un ricercatore = 0,5 punti organico. Tali equivalenze non corrispondono in verità ai costi effettivi determinati dalle dinamiche salariali del personale docente e ricercatore. Sulla questione si può utilmente vedere lo scritto di P. ROSSI, *Il punto organico, una storia italiana*, in *RT, A Journal on Research Policy and Evaluation*, 2015, III.1, Doi: 10.13130/2282-5398/4603.

economico – del Paese, e fanno dell'Italia un Paese che, in un contesto di crisi economica e finanziaria assai grave, si muove in controtendenza rispetto ai principali Paesi europei[8].

[8] Cfr. European Commission, Funding of Education in Europe. The Impact of the Economic Crisis, Euridyce Report 2013.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'interdittiva antimafia: ai confini tra "l'ergastolo imprenditoriale" e la natura cautelare.

di Lucia Di Ciommo

(Laurea in Giurisprudenza, Università degli Studi di Bari)

Sommario

1. Premessa. – 2. La questione sollevata dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. – 3. La disciplina interna dell'interdittiva antimafia. – 4. Brevi conclusioni.

Abstract

The relevant ordinance n. 28/2020 issued by the Bari Tar opened the way in the complex discipline relating to the anti-mafia interdictive, establishing a contrast between the articles 91, 92, 93 of the Anti-Mafia Code (Legislative Decree 159/2011) and the contradictory principle, valued and recognized as such at European and supranational level.

1. *Premessa.*

L'ordinanza in esame riapre nel nostro ordinamento giuridico il problematico tema della compatibilità tra il provvedimento interdittivo, adottato senza alcun confronto procedimentale tra la pubblica amministrazione[1] procedente e l'impresa ricorrente, e le fonti di diritto dell'Unione Europea che riconoscono il principio del contradditorio come esplicazione del diritto ad una buona amministrazione.

A parere del Collegio giudicante, al provvedimento prefettizio non potrebbe attribuirsi natura cautelare – e quindi ritenersi giustificata l'esclusione di una fase partecipativa al procedimento di rilascio – non trattandosi di misura provvisoria e strumentale, adottata in vista di un provvedimento che definisca con caratteristiche di stabilità e inoppugnabilità il rapporto giuridico controverso, bensì di atto conclusivo del procedimento amministrativo, avente effetti dissolutori del rapporto giuridico tra l'impresa e la Pubblica Amministrazione.

Invero, tali effetti sarebbero durevoli nel tempo, se non addirittura permanenti, indelebili e inemendabili, se si considera che all'emanazione dell'informativa prefettizia segue il ritiro di un titolo pubblico o il recesso o la risoluzione di un contratto, nonché la sostanziale messa al bando dell'imprenditore, che da quel momento e per sempre, non potrebbe rientrare nel circuito dei rapporti con la Pubblica Amministrazione.

Ed è proprio in ragione di tali effetti così gravosi che il Tar Bari ha rilevato la possibilità di prevedere un contradditorio tra impresa e p.a., poiché nella specie non si creerebbero controindicazioni, atteso che il soggetto, nei cui riguardi opera la misura, non avrebbe alcuna possibilità di mettere in atto strategie lesive o condotte ostruzionistiche con l'intento di sottrarsi allo stesso.

Il Collegio, invero, evidenzia che a livello europeo e sovranazionale il contradditorio è riconosciuto quale principio fondamentale a carattere endoprocedimentale.

A mero titolo esemplificativo, il predetto Tar pone le basi argomentative sull'art. 41 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea il quale prevede il diritto ad una buona amministrazione, ed in particolare il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio. Giova rammentare che il diritto comunitario riconosce il potere dell'amministrazione di mettere i destinatari dell'atto lesivo in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali la stessa amministrazione intende fondare la sua decisione[2]. Per di più, il principio in analisi viene riconosciuto anche all'interno della CEDU, appartenendo quindi al catalogo

[1] Per approfondimenti sulle criticità che caratterizzano il provvedimento amministrativo interdittivo si veda G. AMARELLI, *Le interdittive antimafia "generiche" tra interpretazione tassativizzante e dubbi di incostituzionalità*, in G. Amarelli – S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 207 ss.

[2] Cfr.: Corte di giustizia UE, 4 Luglio 1963, C. 32/62 ; id. 13 settembre 2007, C.439/05; id. C.454/05.

dei principi generali del Diritto dell'Unione quale espressione fondamentale di civiltà giuridica.
Pertanto, la questione giuridica assume una notevole importanza**,** giacché il Tar Bari ha deciso di sospendere il giudizio di primo grado ritenendo opportuno richiedere l'intervento interpretativo della Corte di Giustizia, coinvolgendo i principi generali del Diritto dell'Unione, al fine di chiarire la compatibilità della normativa antimafia all'interno di un procedimento amministrativo finalizzato ad una valutazione sull'integrità dell'impresa senza alcuna garanzia di difesa e partecipazione da parte della stessa.

2. *La questione sollevata dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.*
La questione prende corpo dal giudizio di impugnazione di un provvedimento interdittivo antimafia, rilasciato dalla Prefettura di Foggia nei confronti della società ricorrente.
Il provvedimento *de quo* è stato comunicato secondo le disposizioni previste dall'art. 92, comma 2 *bis* del d.lgs. 159/2011 (in seguito "Codice Antimafia") poiché gli elementi oggettivi raccolti nel corso dell'istruttoria hanno statuito la presenza di possibili situazioni di infiltrazioni mafiose tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi dell'attività imprenditoriale svolta dalla società. Sicché, una volta acquisita ufficiale conoscenza del provvedimento, è stato avviato nei confronti dell'impresa edile, il procedimento di revoca della concessione di un terreno utilizzato dalla società per lo svolgimento dell'attività primaria di estrazione, lavorazione e relativa commercializzazione di sabbia, pietre, marmi e materiali di risulta da cava a cielo aperto.
La ricorrente ha ritenuto fin da subito illegittimo il provvedimento per violazione e falsa applicazione dell'art. 91, comma 5, in relazione all'art. 84, comma 4, lett. a, D.Lgs. 159/2011; eccesso di potere per illogicità e travisamento dei fatti; difetto dei presupposti di istruttoria, motivazione apparente.
A sostegno dell'illegittimità del provvedimento interdittivo, la difesa della Società ha dichiarato che il quadro di natura giuridica non può essere affatto considerato significativo della presenza di possibili situazioni di infiltrazioni, atteso che non è emerso alcun condizionamento, nelle decisioni cruciali per la vita della società.
Pertanto, il Collegio dopo aver rilevato che l'ordinamento giuridico nazionale riconosce l'informazione antimafia come uno dei principali strumenti amministrativi per prevenire le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore dei contratti pubblici, chiarisce la funzione emblematica del provvedimento *de quo*.
Il procedimento amministrativo che culmina con il rilascio del provvedimento interdittivo, pur in presenza di considerevoli effetti negativi nella sfera giuridica

del destinatario, non prevede alcuna forma di contraddittorio con il medesimo destinatario, se non nella ipotesi prevista dall'art. 93 del d.lgs. n. 159 del 2011, in cui si fa espresso riferimento alla previa audizione dell'interessato, con carattere, tuttavia, eventuale e istruttorio.
La pronuncia in esame, dirige l'importanza della garanzia partecipativa a fronte delle valutazioni del Prefetto che possono fondarsi su una serie di elementi fattuali, taluni tipizzati dal legislatore, mentre altri a condotta libera, lasciati al prudente e motivato apprezzamento discrezionale dell'autorità amministrativa.
Tale rilevanza viene incardinata nella possibilità che l'impresa potrebbe offrire al Prefetto prove e argomenti di segno contrario, pur in presenza di elementi o indizi sfavorevoli.

3. *La disciplina interna dell'interdittiva antimafia: dubbi di applicabilità con i principi amministrativi.*
Prima di analizzare la *quaestio* sottoposta alla decisione della Corte di Giustizia europea, risulta necessario procedere ad una breve ricostruzione sulla natura giuridica dell'interdittiva antimafia, al fine di giungere ad un inquadramento completo della tematica di riferimento.
L'art. 84, che apre il Capo II al codice antimafia indica due *species* di documentazione antimafia: comunicazione antimafia ed informazione antimafia[3]**.** Entrambe sono acquisite da soggetti legittimati a bandire gare di appalto o ad affidare in concessione contratti di lavoro, servizi e forniture pubbliche prima della stipula del contratto, del rilascio dei provvedimenti ampliativi della sfera giuridica - economica e di quelli indicati dall'art. 67 D.lgs. n. 159/2011.
L'art. 84 comma 2 precisa che la comunicazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67, derivanti dall'applicazione di una delle misure di prevenzione personali o dalla condanna in via definitiva in sede penale o, se trattasi di uno dei reati *ex* art. 51 co.3 *bis*, è sufficiente che ci sia una condanna confermata in appello, anche se non passata in giudicato (comma 8).
Pertanto, se le pubbliche amministrazioni dalla consultazione della Banca dati nazionale unica, istituita presso il Ministero dell'Interno, ravvisano scarsi elementi indiziari a carico dei soggetti censiti, viene emessa una comunicazione antimafia liberatoria. Viceversa, se dalla consultazione emergono validi presupposti di decadenza o di sospensione, la Prefettura effettua le opportune

[3] V. sul punto R.CANTONE, *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?* in *Giorn. dir. amm.*, 2013, vol. 19, fasc. 8/9; M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *Giustamm*, n.3/2016, p. 2 s.. Di rilievo anche G. ARMAO, *Brevi considerazioni su informativa antimafia e* rating *di legalità ed aziendale nella prevenzione delle infiltrazioni criminali nei contratti pubblici*, in *Giustamm*, n. 3/ 2017, p. 3 s..

verifiche accertando la corrispondenza dei motivi ostativi emersi dalla banca dati, propedeutiche alla comunicazione interdittiva.
Ex adverso, l'informazione antimafia viene rappresentata come l'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art.67, nonché nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate. Tuttavia, con l'introduzione dell'art. 89-*bis* è stato ampliato l'ambito di applicazione in vista dell'esito conseguente alla richiesta di documentazione antimafia, ove il Prefetto ravvisi l'esistenza di un tentativo di infiltrazione mafiosa. In particolare, lo stesso dovrà emettere un'informativa che terrà luogo della comunicazione.
In quest'ottica, non appare disutile rammentare che la Corte Costituzionale nella sentenza n. 4 del 2018 ha ribadito che la giurisprudenza amministrativa ha interpretato l'art. 89-*bis* del d.lgs. n. 159 del 2011 nel senso che esso impone di adottare l'informazione antimafia, non soltanto quando l'accertamento eseguito in base all'art. 88, comma 2, permette di riscontrare la sussistenza di una delle cause impeditive di cui all'art. 67, ma anche quando emerge una precedente documentazione antimafia interdittiva in corso di validità, come è accaduto nel processo principale.
Pertanto, la novella ha alterato i rapporti tra i due tipi di documentazione poiché ha esteso l'informazione antimafia anche ai regimi amministrativi a carattere autorizzatorio (scia), in precedenza oggetto della sola comunicazione e ne ha consentito l'applicazione per le attività economiche esclusivamente private[4].
Dall'assunto ne consegue che, rispetto alla comunicazione, il *quid pluris* dell'informazione antimafia consiste nell'attestazione dei profili di infiltrazione mafiosa deducibili, ai sensi dell'art. 84 co.4, del codice antimafia, dai seguenti punti:
a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-*bis*, 603-*bis*, 629, 640-*bis*, 644, 648-*bis*, 648-*ter* del codice penale, dei delitti di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-*quinquies* del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356;
b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione;
c) salvo che ricorra l'esimente di cui all'art. 4 della legge 24 novembre 1981, n. 689, dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e

[4] Cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565, in *giustizia-amministrativa.it*; in tal senso M. CERFEDA, *La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza n. 24/2019 della Corte Costituzionale e la sorte della "misure di polizia*, in *Arch. Pen.* 2019, n. 2, *online*.

629 del codice penale, aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, da parte dei soggetti indicati nella lettera b) dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste;
d) dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'articolo 93 del presente decreto;
e) dagli accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto procedente ai sensi della lettera d);
f) dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia[5].
La circostanza di cui al comma 4, lettera c), deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente alla prefettura della provincia in cui i soggetti richiedenti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, hanno sede ovvero in cui hanno residenza o sede le persone fisiche, le imprese, le associazioni, le società o i consorzi interessati ai contratti e subcontratti di cui all'articolo 91, comma 1, lettere a) e c) o che siano destinatari degli atti di concessione o erogazione di cui alla lettera b) dello stesso comma 1.
Ebbene, deve rilevarsi che le vicende sintomatiche da cui carpire l'eventuale tentativo di infiltrazione mafiosa sono rappresentate anche all'interno dell'art. 95 co.5, il quale statuisce che il Prefetto estende gli accertamenti anche a coloro che risultano poter determinare in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi dell'impresa. E ciò vale anche per le imprese costituite all'estero, con relativi accertamenti a chi esercita poteri di amministrazione, rappresentanza o direzione.

[5] Così V. CUSUMANO - A. PORRACIOLO, *La documentazione antimafia (d.lgs 6.9.2011 n. 159; artt. 82 e 101)*, in *Legislazione penale*, 2012, n.2, p. 283.

Dagli elementi normativi è possibile identificare l'interdittiva specifica descritta dalle lettere a), b), c), f), diversamente da quella generica, rappresentata dalle lettere d), ed e) che individuano i vari accertamenti disposti dal Prefetto.
Dunque, appurati gli elementi giuridici e fattuali, occorre precisare che il rilascio prefettizio delle informazioni antimafia avviene mediante una valutazione attuata sulla scorta di un quadro indiziario, in cui assumono rilievo preponderante i fattori induttivi della non manifesta infondatezza laddove i comportamenti e le scelte dell'imprenditore possano rappresentare un veicolo di infiltrazione delle organizzazioni criminali negli appalti delle pubbliche amministrazioni[6].
La giurisprudenza amministrativa[7] è assolutamente consolidata nel ritenere che l'informazione interdittiva si basa su un accertamento di grado inferiore ed opposto da quello richiesto per l'applicazione delle sanzioni penali. All'uopo, autorevole dottrina[8] è pacifica nel ritenere che il contenuto interdittivo si colloca a metà strada "tra le sanzioni patrimoniali e le sanzioni limitative della libertà diverse dalla detenzione", incidendo pesantemente sull'impresa e sulla persona.
È ovvio però che, per evitare il travalicamento in uno "stato di polizia" e per salvaguardare i principi di legalità e di certezza del diritto, non possono ritenersi sufficienti fattispecie fondate sul semplice sospetto o su mere congetture prive di riscontro fattuale, sicchè l'informazione antimafia interdittiva deve essere sempre adeguatamente motivata e fondarsi su idonei e specifici elementi di fatto, obiettivamente sintomatici e rivelatori di concrete connessioni o collegamenti con le associazioni mafiose[9].
È noto che la finalità di anticipazione dell'azione di prevenzione svolta dall'interdittiva antimafia si basa su un giudizio di verosimiglianza dell'esistenza

[6] Così V. CUSUMANO - A. PORRACIOLO, *La documentazione antimafia (d.lgs 6.9.2011 n. 159; artt. 82 e 101), cit.*
[7] *Ex multis,* Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 6 aprile 2018, n.3; Consiglio di Stato, Sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758. Sul punto vedasi anche: Tar Sicilia, Palermo, sez. I, ord. 12 febbraio 2014, n. 148, Consiglio di Stato, sez. III, 22 gennaio 2014, n. 287, in *giustizia-amministrativa.it.*
[8] Cfr.: M.CERFEDA, in *La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza n. 24/2019 della Corte Costituzionale e la sorte della "misure di polizia, cit.*; F. PALAZZO, *Pene accessorie e sanzioni interdittive nella riforma del codice penale, in Problemi generali di diritto penale, contributo alla riforma,* a cura di G. Vassalli, Giuffrè, Milano, 1982, p. 239.
[9] Cosi V. CUSUMANO - A. PORRACIOLO, *La documentazione antimafia (d.lgs. 6.9.2011 n. 159; artt. 82 e 101), cit..* V., *inter multas,* Consiglio di Stato , sez. III, 2 marzo 2017, n. 892, la quale ha rimarcato che il provvedimento prefettizio deve fondarsi su di un autonomo apprezzamento degli elementi delle indagini svolte, o dei provvedimenti emessi in sede penale: «*il Prefetto, in altri termini, deve necessariamente tenere in conto l'emissione o, comunque, il sopravvenire di un provvedimento giurisdizionale, nel suo valore estrinseco, tipizzato dal legislatore, di fatto sintomatico dell'infiltrazione mafiosa a fronte di uno dei delitti-spia previsti dall'art. 84, comma 4, lett. a), del codice delle leggi antimafia, ma deve nel contempo effettuarne un autonomo apprezzamento, nel suo contenuto intrinseco, delle risultanze penali, senza istituire un automatismo tra l'emissione del provvedimento cautelare in sede penale e l'emissione dell'informativa ad effetto interdittivo*».

di un tentativo di condizionamento fondato su elementi di fatto concreti, attuali e non contraddittori[10].

A mero titolo esemplificativo, vi è un orientamento sviluppato dalla III sezione del Consiglio di Stato[11] - in merito ad alcune informative antimafia adottate dalla Prefettura di Milano in relazione ai lavori per l'EXPO 2015 - il quale ha precisato che l'informativa in questione, per la sua natura cautelare e preventiva, non richiede la prova di un fatto ma solo la presenza di una serie di indizi in base ai quali non sia illogico o inattendibile ritenere la sussistenza di infiltrazioni o collegamenti con organizzazioni mafiose. Pertanto, gli elementi raccolti non vanno riguardati in modo atomistico bensì nel loro insieme ed unitamente ad una valutazione nella quale ogni elemento acquista valenza nella sua connessione con gli altri[12].

Secondo questo orientamento, quindi, la valutazione relativa al pericolo di infiltrazione mafiosa si configura come una via di deterrenza anticipata all'interno del settore amministrativo, diretto dall'autorità prefettizia.

Alla luce delle considerazioni sviluppate appare comprensibile considerare che le informazioni prefettizie non beneficiano di alcun controllo garantista del giudice penale neanche in sede di gravame, spettando la competenza alla giustizia amministrativa chiamata ad operare una mera valutazione formale di legittimità della sussistenza dei labili presupposti applicativi[13].

Cosi come sottolineato dall'ordinanza del TAR Bari n. 28/20, è più faticoso per il giudice amministrativo, chiamato a valutare la gravità delle condotte poste a base della valutazione prefettizia, operare mediante un sindacato "giurisdizionale estrinseco sull'esercizio del potere prefettizio", la qual cosa comporta un pieno accesso ai fatti rivelatori del pericolo, consentendo di sindacare l'esistenza o meno di questi fatti.

Ciononostante, occorre ricordare che il giudice amministrativo non possiede un vero e proprio sindacato *ab intrinseco* che vada oltre l'apprezzamento della ragionevolezza e della proporzionalità della prognosi inferenziale che l'Autorità amministrativa trae da quei fatti.

Nell'ottica di una articolata e fitta ragnatela che il legislatore antimafia ha tessuto da svariati decenni al fine di prevenire e contrastare le organizzazioni mafiose, vi è stata una fondamentale pronuncia dell'Adunanza Plenaria che ha appurato

[10] V.F. LACAVA, *Le informative antimafia come strumento per la legalità e la trasparenza: presupposti, discrezionalità amministrativa e sindacato,* in *Amministrativ@amente*, Fasc. n. 7-9, 2015.

[11] V. Consiglio di Stato, Sez. III, 7 maggio 2015, n. 2284, in *giustizia-amministrativa.it.*

[12] V. F. LACAVA, *Le informative antimafia come strumento per la legalità e la trasparenza: presupposti, discrezionalità amministrativa e sindacato, cit.*

[13] V. G. AMARELLI, *L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia "generica" ex art. 84, co.4 lett. d) ed e) d.lgs. 159/2011?*, in *Dir. Pen. Cont.*, n.4/2017, p. 292.

(sentenza 6 aprile 2018, n. 3)[14] quali siano gli effetti della informativa interdittiva antimafia di cui agli artt. 84, co. 3 e 91, co. 6, d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159.
A mente dell'Adunanza, l'interdittiva antimafia rappresenta un provvedimento amministrativo al quale deve essere attribuita natura cautelare e preventiva, in un'ottica di bilanciamento tra la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e la libertà di iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 Cost..Tuttavia, la stessa produce effetti davvero incisivi e paralizzanti per l'attività d'impresa, al punto che taluno discorre di "enticidio" o "ergastolo imprenditoriale"[15].
Orientamento che non è stato affatto condiviso dal Collegio Barese il quale ha, tuttavia, considerato il provvedimento interdittivo come atto conclusivo di un procedimento amministrativo avente carattere dissolutorio tra l'impresa e la P.A., avente effetti indelebili per la vita stessa della società colpita.
Sulla scia del *telos* cautelare del provvedimento in analisi, deve considerarsi che pacificamente si è pervenuti a definirlo come un rimedio che mira a prevenire tentativi di infiltrazione mafiosa nelle imprese, volti a condizionare le scelte e gli indirizzi della Pubblica Amministrazione**.**
Nello specificio, l'interdittiva si pone in funzione di tutela sia dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento - riconosciuti dall'art. 97 Cost. - sia dello svolgimento leale e corretto della concorrenza tra le stesse imprese nel mercato, sia del corretto utilizzo delle risorse pubbliche[16].
Cosicché, il provvedimento *de quo* recide notevolmente il rapporto fiduciario che un imprenditore nutre nei confronti delle istituzioni, impedendogli di essere titolare effettivo di rapporti contrattuali con le amministrazioni, ovvero destinatario di titoli abilitativi da queste rilasciati.
In altri termini, l'interdittiva antimafia determina una particolare forma di impotenza imprenditoriale, e dunque la insuscettività del soggetto destinatario ad essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi, interessi legittimi) che determinano (sul proprio cd. lato esterno) rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione[17].
A tal proposito, il *fil rouge* che lega gli orientamenti giurisprudenziali *ut sopra* rappresentati è rinvenibile nella sentenza n. 565 del 2017, nella quale il Consiglio di Stato ha operato sul piano probatorio una definitiva demarcazione tre due aree di intervento, ossia tra la repressione penale e la prevenzione amministrativa.

[14] V. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 6 aprile 2018 n. 3; *Ex multis,* Consiglio di Stato, sez. III, 30 aprile 2019, n.221; Consiglio di Stato, sez. III, 9 novembre 2015, n. 5100; Consiglio di Stato, sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743, in *giustizia-amministrativa.it.*
[15] V. M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa*, in *giustamm.it,* n.3/2016.
[16] V. Consiglio di Stato, sez. III, 31 dicembre 2014, n. 6465, in *giustizia-amministrativa.it*
[17] V. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 6 aprile 2018, n. 3; Consiglio di Stato, sez. IV, 20 luglio 2016, n. 3247, in *giustizia-amministrativa.it.*

Il Collegio giudicante ha statuito che il rischio di inquinamento mafioso rilevante ai fini della emissione della informativa deve essere valutato in base al criterio del più "*probabile che non*". Dall'assunto ne deriva che gli elementi di inquinamento vengono estrapolati dall'applicazione di una regola di giudizio che ben può essere integrata da dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali, quale è, anzitutto, anche quello mafioso[18]. Sicché gli elementi posti a base dell'informativa possono essere anche non penalmente rilevanti o non costituire oggetto di procedimenti o di processi penali o, addirittura e per converso, possono essere già stati oggetto del giudizio penale, con esito di proscioglimento o di assoluzione.
Profonda è dunque la differenza tra i destinatari delle misure di prevenzione e i destinatari delle informazioni interdittive: per i primi, rilevano i fatti penalmente rilevanti; per i secondi, rilevano anche fatti non necessariamente aventi rilevanza penale.
La predetta sentenza è stata considerata la "punta" più avanzata della giurisprudenza amministrativa sul tema, poiché all'interno di essa è stato affermato che lo Stato non riconosce dignità e statuto di operatori economici, e non più soltanto nei rapporti con la pubblica amministrazione, a soggetti condizionati, controllati, infiltrati ed eterodiretti dalle associazioni mafiose[19]. Questa valutazione, che ha natura preventiva e non sanzionatoria ed è, dunque, avulsa da qualsivoglia logica penale o *lato sensu* punitiva, costituisce un severo limite all'iniziativa economica privata, che tuttavia è giustificato dalla considerazione che il metodo mafioso, per sua stessa ragion di essere, costituisce un «*danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*» (art. 41, comma secondo, Cost.), già sul piano dei rapporti tra privati (prima ancora che in quello con le pubbliche amministrazioni), oltre a porsi in contrasto, ovviamente, con l'utilità sociale, limite, quest'ultimo, allo stesso esercizio della proprietà privata[20].
Nel solco delle considerazioni siffatte appare comprensibile come la delicatezza degli interessi sottesi alla previsione della documentazione antimafia e l'esigenza di ordine pubblico che la legislazione antimafia difende, proprio a livello preventivo, giustificano la portata derogatoria degli istituti della legislazione amministrativa antimafia rispetto alle generali regole sul procedimento amministrativo, consacrate dalla l. n. 241 del 1990 relativa all'attenuazione delle garanzie procedimentali.
Infine deve essere qui anche rimarcato, come il Consiglio di Stato nella sentenza *testè* citata ha statuito che il bilanciamento tra i valori costituzionali rilevanti

[18] V. Consiglio di Stato, sez. III, 13 novembre 2017, n. 5214, in *giustizia-amministrativa.it.*
[19] Cosi M. NOCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia,* in *giustizia-amministrativa.it.*
[20] Cosi M. NOCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia, cit.*

l'esigenza, da un lato, di preservare i rapporti economici dalle infiltrazioni mafiose e dall'altro, la libertà di impresa trova nell'art. 91, comma 5, del d. lgs. n. 159 del 2011, un punto di equilibrio fondamentale, poiché impone all'autorità prefettizia di considerare i fatti nuovi, laddove sopravvenuti, o anche precedenti – se non noti – e consente all'impresa stessa di rappresentarli all'autorità succitata, laddove da questa non conosciuti[21].

Questo primo stadio di riflessioni conduce a porre l'attenzione sugli organi dello Stato che, in relazione agli interessi in gioco tra cui quello delle garanzie per l'interessato da una misura interdittiva, hanno come fine prioritario il contrasto non con "armi impari" alla pervasiva diffusione delle organizzazioni mafiose che hanno vaste reti di collegamento e profitti criminali quale "ragione sociale" per tendere al controllo di interi territori.

In buona sostanza, le garanzie procedimentali non vengono racchiuse all'interno della sfera dei valori assoluti da preservare ad ogni costo, ma rappresentano solo beni di ordine procedimentale, meritevoli di protezione se e in quanto compatibili con la tutela di valori differenti, di rango superiore, come quelli di ordine pubblico e di contrasto al crimine organizzato.

I principi richiamati vengono ripresi in un consolidato indirizzo del Consiglio di Stato, per il quale l'Amministrazione è esonerata dall'obbligo di comunicazione di cui all' art. 7 della L. 7 agosto 1990, n. 241, relativamente all'informativa antimafia, nonché da altre procedure partecipative, atteso che si tratta di procedimento in materia di tutela antimafia, come tale intrinsecamente caratterizzato da profili del tutto specifici connessi ad attività di indagine, oltre che da finalità, da destinatari e da presupposti incompatibili con le procedure partecipative, nonché da oggettive e intrinseche ragioni di urgenza[22].

È opportuno considerare che l'art. 7 della legge sul procedimento è espressione di un principio generale dell'ordinamento giuridico, avente la finalità di assicurare piena visibilità all'azione amministrativa nel momento della sua realizzazione e di garantire nello stesso tempo la partecipazione del soggetto destinatario dell'atto finale alla fase istruttoria preordinata all'adozione del provvedimento[23].

---

[21] Cfr., *ex plurimis:* Consiglio di Stato, sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4121; Consiglio di Stato, sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4121; Consiglio di Stato, sez. III, 8 marzo 2017, n. 1109; Consiglio di Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758; Consiglio di Stato, sez. III, 3 aprile 2019, n. 2211, in *giustizia-amministrativa.it*.

[22] Il Consiglio di Stato, sez. III, con la pronuncia del 28 ottobre 2016 n. 4555, ha statuito che la circostanza che ha dato impulso all'informativa sia stata un'ordinanza cautelare del GIP, già conosciuta dal privato, non toglie, ma anzi avvalora le esigenze di urgenza nel provvedere, e comunque sorregge la scelta del Prefetto di non attivare momenti partecipativi, concretamente non utili in pendenza di un procedimento penale sui medesimi fatti ; Cfr.**:** *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 2 marzo 2009, n. 1148; sez. VI, 7 novembre 2006, n. 6555, Sez. V, 08 agosto 2014, n. 4255 ; sez. III 24 luglio 2015, n. 3653; sez. III, 24 luglio 2015, n. 3653; Sez. III, 29 settembre 2015, n. 4541 , in *giustizia-amministrativa.it*.

[23] Così Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2007, n. 36, in *giustizia-amministrativa.it.*

In buona sostanza, cosi come appurato da consolidata giurisprudenza amministrativa[24], la comunicazione dell'avvio del procedimento comporta un contradditorio anticipato mirato a favorire la partecipazione del privato rispetto all'istruttoria amministrativa, in virtù dei principi costituzionali predicati dall'art. 97 della Costituzione. Ciononostante, in materia di informative prefettizie non trova applicazione l'art. 7 della legge 241/90 poiché l'opzione normativa appare, con ogni chiarezza, ispirata al carattere cautelare della misura in parola, nella quale sfocia l'accertamento indagatorio in tema di collegamenti con la criminalità organizzata, in uno con i particolari interessi pubblici coinvolti. Inoltre, la connessa riservatezza, consente di ravvisare in *re ipsa* quelle esigenze di celerità che giustificano l'omissione della comunicazione ai sensi del primo comma del suddetto articolo 7[25].

Conseguentemente, occorre puntualizzare che il vincolo dei provvedimenti prefettizi antimafia, rende irrilevante l'esistenza da errori procedimentali da queste compiuti nell'emissione dei provvedimenti consequenziali al documento antimafia (si pensi alla doverosa revoca delle aggiudicazioni o ai recessi dai contratti già stipulati), vizi che non sortiscono efficacia c.d. invalidante ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, della stessa l. n. 241 del 1990 per il contenuto vincolato, appunto, dei provvedimenti stessi[26].

In continuità con quanto suesposto, degna di nota appare la recente sentenza con cui la terza sezione del Consiglio di Stato[27] ha ribadito che il pericolo d'inquinamento mafioso deve essere valutato secondo un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico il quale implica una prognosi assistita da un attendibile grado di verosimiglianza, sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti, sì da far ritenere "più probabile che non",[28] il pericolo di infiltrazione mafiosa.

---

[24] V.: Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 15 settembre 1999 n. 14; id. Consiglio di Stato, sez. IV, 26 giugno 2004, n. 4480, in *giustizia-amministrativa.it.*

[25] Così, Consiglio di Stato, sez. IV, 26 giugno 2004, n.4480, in *giustizia-amministrativa.it.*

[26] Cfr. M. NOCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia, cit.*, p. 3.

[27] Così, Consiglio di Stato, sez. III,, 30 gennaio 2019 n. 758, in *giustizia-amministrativa.it.*

[28] Sul punto, il Collegio giudicante appura che "[...] *Il criterio civilistico del più probabile che non , seguito costantemente dalla giurisprudenza di questo Consiglio, si pone d'altro canto quale adeguata regola, sufficiente garanzia e, insieme, necessario strumento di controllo circa la prognosi di permeabilità sopra ricordata, fondata anche su irrinunciabili dati dell'esperienza, e, in particolare, consente di verificare la correttezza dell'inferenza causale che da un insieme di fatti sintomatici, di apprezzabile significato indiziario, perviene alla ragionevole conclusione di permeabilità mafiosa, secondo una logica che nulla ha a che fare con le esigenze del diritto punitivo e del sistema sanzionatorio, laddove vige la regola della certezza al di là di ogni ragionevole dubbio per pervenire alla condanna penale. Questa ultima regola, come è stato di recente chiarito, si palesa «consentanea alla garanzia fondamentale della "presunzione di non colpevolezza", di cui all'art. 27 Cost. , comma 2, cui è ispirato anche il p. 2 del citato art. 6 CEDU», sicché è evidente come la vicenda in esame in alcun modo possa essere ricondotta nell'alveo del principio anzidetto, desunto dalla giurisprudenza di Strasburgo dall'art. 6 CEDU, in quanto «non attiene ad ipotesi di affermazione di responsabilità penale», è «estranea al perimetro delle garanzie innanzi ricordate»*

A mente del Collegio, il pericolo dell'infiltrazione mafiosa non può tuttavia sostanziarsi in un sospetto della pubblica amministrazione che consegnerebbe questo istituto ad un "*diritto della paura*", ma deve fondarsi su una serie di elementi fattuali, taluni dei quali tipizzati dal legislatore (art. 84, comma 4, del d. lgs. n. 159 del 2011: si pensi, per tutti, ai cc.dd. delitti spia), mentre altri, "a condotta libera", lasciati al prudente e motivato apprezzamento discrezionale dell'autorità amministrativa (ai sensi dell'art. 91, comma 6, del d. lgs. n. 159 del 2011).

Tuttavia, dal Consiglio di Stato non vengono ignorati nell'ottica di questo equilibrato bilanciamento[29] gli effetti davvero paralizzanti per l'attività di impresa, da taluno assimilata o comparata addirittura ad una sorta di "ergastolo imprenditoriale[30]".

Per altro verso e con considerazioni più conferenti , il Consiglio di Stato non ha mancato di osservare come la giurisprudenza penale, nella disamina relativa al sistema delle misure di prevenzione, abbia ritenuto rilevante la pronuncia della stessa Corte europea che lo considera compatibile con la normativa convenzionale, attesi i differenti presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione (ossia dalla condizione personale di pericolosità, la quale è desumibile dalle frequentazioni, abitudini di vita, i rapporti) e per l'applicazione di una sanzione penale[31].

In questo quadro clinico, il punto nevralgico della materia *de qua* viene affrontato dai Giudici di Palazzo Spada con fermezza nel momento in cui appurano che l'equilibrata ponderazione dei contrapposti valori costituzionali in gioco, (ossia la libertà di impresa, da un lato, e la tutela dei beni che presidiano il principio di legalità sostanziale) può comportare anche un'attenuazione, se non una eliminazione, del contraddittorio procedimentale, poiché è negato nella sua forma assoluta di valore primario.

Dunque, il concetto di prevenzione amministrativa sostanzialmente mette in ginocchio l'insieme delle garanzie partecipative che non risultano affatto estranee all'ordinamento amministrativo interno e ciò al contempo non desta alcun stupore, se si considera che la *ratio* perseguita è quella di ricercare strumenti sempre più idonei e capaci di consentire valutazioni adeguabili alle circostanze, quanto variabili sono i mezzi che le mafie usano per cercare di moltiplicare i loro illeciti profitti. Sul punto, il Collegio non omette di ricordare che il contraddittorio procedimentale non è del tutto assente nelle procedure antimafia,

---

(v., in questi significativi termini, Cass., sez. I, 30 settembre -OMISSIS-, n. 19430, per la responsabilità civile), ma riguarda la diversa materia della prevenzione, ispirata a diversa finalità."

[29] V. Consiglio di Stato, sez. III, 8 marzo 2017, n. 1109, in *giustizia-amministrativa.it.*

[30] M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa, cit.*.

[31] V. Cassazione penale, sez. II, 1 marzo 2018, n. 30974.

poiché l'art. 93, comma 7, del d. lgs. n. 159 del 2011 prevede che il Prefetto, ove lo ritenga utile, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite possa invitare, in sede di audizione personale, i soggetti interessati a produrre, anche allegando elementi documentali, ogni informazione ritenuta utile.
Ne consegue una forma di contradditorio eventuale subordinata alla mera discrezionalità dell'autorità prefettizia che dovrà essere capace di rispondere prontamente ed individuare il momento opportuno all'audizione dell'imprenditore così come designato dal legislatore antimafia.
A conclusione del quadro normativo e giurisprudenziale esposto, di palmare evidenza appare il monito della sentenza n. 57 del 2020 della Corte Costituzionale, mediante la quale è stata assegnata notevole importanza ai poteri delle autorità amministrative.
La vicenda ha preso origine da una questione di legittimità sollevata dal Tribunale ordinario di Palermo con cui si è sostenuto che una legislazione che equipara l'informazione antimafia agli effetti ad un provvedimento giurisdizionale definitivo pone seri dubbi di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 41 Cost[32].
Tuttavia, le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 89-*bis* e 92, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 159 del 2011, sono state dichiarate non fondate in riferimento agli indicati parametri costituzionali, per i motivi che seguono.
Il Giudice delle leggi ha innanzitutto premesso che la normativa in questione incide su un contesto ampiamente noto caratterizzato dalla costante e crescente capacità di penetrazione della criminalità organizzata nell'economia[33], dal quale è emerso un quadro allarmante non solo per le dimensioni ma anche per le

[32] Non solo. È stata dedotta la violazione di un ulteriore parametro costituzionale e cioè l'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 2 del Protocollo n. 4 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), adottato a Strasburgo il 16 settembre 1963 e reso esecutivo con il decreto del Presidente della Repubblica 14 aprile 1982, n. 217, in riferimento alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 febbraio 2017, de Tommaso contro Italia, e 28 giugno 2018, G.I.E.M. srl e altri contro Italia. Si è dato rammentato come la prima delle suddette pronunce ha riconosciuto che la disciplina italiana sulle misure di prevenzione non rispetta gli standard di prevedibilità ed accessibilità imposti dal principio di legalità insito nell'art. 2 del Protocollo n. 4 alla CEDU, attinente alla libertà di circolazione, mentre la seconda sentenza richiama il legislatore italiano al rispetto del principio di proporzionalità in materia di misure repressive e/o sanzionatorie.

[33] La Corte Costituzionale sottolinea la relazione conclusiva del 7 febbraio 2018 della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere la quale ha rilevato che "*sono vulnerabili anche i mercati privati e in particolare i «settori connotati da elevato numero di piccole imprese, basso sviluppo tecnologico, lavoro non qualificato e basso livello disindacalizzazione, dove il ricorso a pratiche non propriamente conformi con la legalità formale diviene prassi diffusa». Soggiunge la Commissione che «qui le mafie possono offrire diversi tipi di servizi alle imprese, come la protezione, l'elusione della libera concorrenza, il contenimento del conflitto con i lavoratori, l'immissione di liquidità. Tuttavia, nei mercati privati è possibile ravvisare anche le forme più evidenti di imprenditoria mafiosa, quando sono gli stessi boss, famiglie o affiliati ad assumere in vario modo il controllo delle imprese, investendo in attività legali i capitali ricavati da estorsioni e traffici illeciti. Le imprese mafiose rivelano un'elevata capacità di realizzare profitti proprio per la possibilità di avvalersi di mezzi preclusi alle imprese lecite nella regolamentazione della concorrenza, nella gestione della forza lavoro, nei rapporti con lo Stato, nella disponibilità di risorse finanziarie*» ".

caratteristiche intrinseche del fenomeno mafioso (rilevata anche dalla stessa Corte con sentenza n. 4 del 2018).
A fortiori, alla luce dei dati emersi è stata valutata la scelta di affidare all'autorità amministrativa anche questa misura, nonostante si caratterizzi per la sua particolare gravità.
A mente della Corte, ciò che si è chiesto alle autorità amministrative - non è di colpire pratiche e comportamenti direttamente lesivi degli interessi e dei valori economici, compito naturale dell'autorità giudiziaria, - bensì di prevenire tali evenienze, con un costante monitoraggio del fenomeno, la conoscenza delle sue specifiche manifestazioni, la individuazione e valutazione dei relativi sintomi, la rapidità di intervento.
Secondo la Corte deriva dalla natura stessa dell'informazione antimafia che essa risulti fondata su elementi fattuali più sfumati di quelli che si pretendono in sede giudiziaria, perché sintomatici e indiziari.
Il dato normativo sovraesposto ha condotto la Corte a ritenere che la risposta amministrativa, non si può ritenere sproporzionata rispetto ai valori in gioco, la cui tutela impone di colpire in anticipo quel fenomeno mafioso, sulla cui gravità e persistenza non è necessario soffermarsi ulteriormente.
È questo il senso della disposizione dell'art. 86, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011, secondo il quale l'informativa antimafia ha una validità limitata di dodici mesi, cosicché alla scadenza del termine occorre procedere alla verifica della persistenza o meno delle circostanze poste a fondamento dell'interdittiva, con l'effetto, in caso di conclusione positiva, della reiscrizione nell'albo delle imprese artigiane, nella specie, e in generale del recupero dell'impresa al mercato. E va sottolineata al riguardo la necessità di un'applicazione puntuale e sostanziale della norma, per scongiurare il rischio della persistenza di una misura non più giustificata e quindi di un danno realmente irreversibile.

4. *Brevi conclusioni.*
Ciò posto, in virtù degli importanti arresti giurisprudenziali che si sono susseguiti nel tempo e che hanno destato maggiore attenzione, non rimane che attendere il *dictum* della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sulla compatibilità tra il principio del contraddittorio *ex* art. 7, l. 7 agosto 1990, n. 241, così come ricostruito e riconosciuto quale principio di diritto dell'Unione e gli artt. 91, 92 e 93, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, nella parte in cui non prevedono il contraddittorio endoprocedimentale in favore del soggetto nei cui riguardi l'Amministrazione si propone di rilasciare una informativa antimafia interdittiva.
Il proposito che si auspica, in una prospettiva necessariamente *de lege ferenda*, è quello di consentire all'autorità prefettizia di valutare elementi interdittivi, a carico dell'impresa oggetto di possibile misura, mediante una pacifica

applicazione del principio del contradditorio, disciplinato dall'art. 41 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, il quale riconosce il diritto del cittadino europeo a una buona amministrazione e all'ascolto preventivo verso un provvedimento che sostanzialmente andrebbe a pregiudicare gli interessi imprenditoriali. Invero, appare ormai ingiustificabile un meccanismo giuridico che escluda l'applicazione di un principio facente parte delle fonti del diritto primario dell'Unione Europea (art. 6, par. 3 del Trattato sull'Unione Europea) ritenuto dal TAR Bari, quale espressione di civiltà giuridica.

In questo senso, il principio del contradditorio potrebbe, (*rectius*) dovrebbe trovare pacifica convivenza con gli interessi di primaria importanza incardinati dalla granitica giurisprudenza nell'ottica delle repressione penale. Una repressione che dovrebbe costantemente essere consapevole di danneggiare un circuito economico colmo di scelte e investimenti che costituiscono linfa vitale per la vita dell'impresa.

Giova rammentare che la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE ha accolto il principio del rispetto del contraddittorio, quale esplicazione del diritto di difesa, principio fondamentale dell'ordinamento europeo che trova applicazione nei procedimenti amministrativi "restrittivi", sicché il destinatario di un provvedimento teso ad incidere in modo sensibile sui suoi interessi deve essere messo nelle condizioni effettive di manifestare la sua volontà ed esporre le ragioni della sua difesa in ordine alle situazioni e agli elementi sui quali l'amministrazione andrà a decidere[34].

Pertanto attivare momenti partecipativi, concretamente utili e non basati su una mera scelta discrezionale dovrebbe condurre la stessa autorità prefettizia ad un monitoraggio del fenomeno più incisivo e consequenziale alle prove fornite dall'impresa che potrebbero condurre la stessa a opposti epiloghi. In particolare, ad una interdittiva liberatoria fondata su elementi di prova rilevanti e determinanti l'istruttoria o viceversa, una pronuncia interdittiva ancor più conscia dell'esistenza di specifiche manifestazioni criminali che comporterebbero la rapidità di intervento più consapevole sul campo.

Con tutte le criticità connesse alla materia in disamina occorrerebbe sempre tener a mente l'assunto statuito dalla consolidata giurisprudenza amministrativa in merito al quale la legalità repressiva non è la stessa cosa della legalità preventiva, poiché la centralità degli obiettivi da perseguire vertono su piani perpendicolari ma differenti.

A tal fine, vi è il bisogno estremo di partire da questo genere di consapevolezza in guisa da garantire una tutela giurisdizionale piena ed effettiva all'ordine

[34] Cfr. Corte giustizia UE, sez. II, 18 dicembre 2008, n. 349, cit., 3218.

pubblico minacciato e, nel contempo, preservare le ragioni della legalità preventiva nella lotta contro la mafia, lotta vitale per il nostro ordinamento"[35].

[35] V. Consiglio di Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758, in *giustizia-amministrativa.it.*

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Procedimento amministrativo e "buon algoritmo".

di Emanuele Cocchiara

(Dottore in Giurisprudenza, Università degli Studi di Palermo)

Sommario

1. Introduzione. – 2. La buona scuola e la giurisprudenza: ammissibilità dell'atto amministrativo informatico e gli atti vincolati. – 3. Diritti dei privati nel procedimento "automatico" e principio di legalità. – 4. Conclusioni.

Abstract

This document deals with the use of algorithms and artificial intelligence in administrative procedures. Starting from the analysis of the sentences concerning the recent case of school mobility, it highlights the problematic profiles related to discretionary acts and the relationship between automatic public administration decision making and the protection of private individuals rights. Finally, it underlines the principles extrapolated from the GDPR and the fulfilment of the Rule of Law.

1. *Introduzione.*

La questione giurisprudenziale, nata dalle numerose impugnazioni della graduatoria di mobilità della cd. *Buona Scuola*, ha focalizzato l'attenzione anche della dottrina sull'utilizzo di algoritmi e intelligenze artificiali nel procedimento amministrativo, andando ben oltre il caso concreto.

Al di là dei principi espressi dalle diverse pronunce della giurisprudenza amministrativa, i quali saranno analizzati nel dettaglio, vi sono diversi punti di diritto controversi e che meritano particolare attenzione data la novità e la continua evoluzione della materia.

In *primis*, bisogna inquadrare la tipologia di atto amministrativo, frutto del lavoro non del responsabile del procedimento ma di strumenti informatici creati ad hoc, e la sua compatibilità con quei procedimenti caratterizzati da discrezionalità e indeterminatezza dei concetti giuridici in gioco, data la mancanza di capacità valutazionale di un software. La relativa novità di questi strumenti nel panorama giuridico, e in particolare nella macchina organizzativa pubblica, necessita di un corretto inquadramento prima di procedere alla individuazione della corretta disciplina applicabile.

Fondamentale è poi individuare gli istituti di partecipazione al procedimento indirizzati a garantire i diritti dei soggetti in gioco, come il diritto di accesso, e in che modo essi possono essere minati da un procedimento demandato ad intelligenze artificiali, e conseguentemente, come invece possono trovare comunque doverosa applicazione.

Per ultimo non bisogna trascurare di analizzare nel caso concreto il principio di legalità, infatti, seppur la legge prevede l'atto amministrativo informatico, sempre se si ritiene essere questa la sua definitiva collocazione senza creare una figura ad hoc, non vi è una chiara e precisa normativa che prevede espressamente e disciplina lo svolgimento del procedimento con la quasi assenza di elementi "umani" e risulta necessario individuare nel diritto interno e in quello comunitario le disposizioni che possono autorizzarlo o meno e quali siano i possibili limiti.

2. *La "buona scuola" e la giurisprudenza: ammissibilità dell'atto amministrativo informatico e gli atti vincolati.*

Il 2019 ha visto un susseguirsi di sentenze relative alla questione dell'utilizzo nel procedimento amministrativo di un software che, seppur ricorrendo ad un algoritmo fondato sui dettami della legge 107/2015, *cd .Buona Scuola*, i quali fissano nuove norme per la mobilità del personale docente e avviano un piano straordinario di mobilità, ha innescato la nascita di una serie di contenziosi proposti da docenti che si sono trovati catapultati in regioni lontane apparentemente senza alcuna logica. I problemi sarebbero sorti dal fatto che, secondo gli studi condotti dai tecnici delle Università La Sapienza e Tor Vergata di Roma, l'algoritmo sarebbe stato mal

progettato e "non orientato alla manutentabilità", ma c'è chi non esclude a priori che vi siano stati anche degli errori umani nell'immissione dei dati nel software.
Prescindendo da quale sia stata effettivamente la causa, mentre in linea teorica l'algoritmo avrebbe dovuto collocare nella sede scelta il docente con il maggior punteggio, per poi proseguire in questo modo sulla base della classifica dei punteggi ottenuti, analizzando le singole situazioni è apparso che l'algoritmo ha invece in alcuni casi dato precedenza alla prima destinazione scelta piuttosto che al punteggio, come prevedeva il bando. Sostanzialmente è accaduto che soggetti con un punteggio pari a 100 si sono ritrovati ad essere stati assegnati a sedi lontane perché la prima sede indicata era già stata occupata da docenti con un punteggio inferiore.
Gli innumerevoli ricorsi proposti dai docenti, dopo un primo dubbio sulla giurisdizione risolto dal Consiglio di Stato[1], che ha anticipato le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel riconoscere la giurisdizione del giudice amministrativo, hanno portato per la prima volta ad una profonda riflessione sull'utilizzo di software e algoritmi nel procedimenti amministrativi.
La sentenza del Consiglio di Stato n.8472/2019, accompagnata da una sentenza gemella n.2936/2019, è soltanto l'ultima in ordine di tempo a dirimere la questione, annullando i provvedimenti impugnati e argomentando con articolate osservazioni di principio, osservazioni che tuttavia non sono state unanimi nelle varie pronunce. Pur essendo stata pacifica la risoluzione del caso concreto, nella direzione dell'annullamento del provvedimento adottato sulla base della *Buona scuola*, prima di questa ultima pronuncia depositata il 13 dicembre 2019 si era registrata una differenza di vedute fra il TAR Lazio e il Consiglio di Stato, tanto che, nonostante l'intervallarsi di diverse opinioni dei giudici di Palazzo Spada, i giudici amministrativi di primo grado hanno perseverato nell'affermare le proprie considerazioni espresse in precedenti sentenze.
Andando con ordine, la prima valutazione sul carattere dell'atto frutto di un procedimento devoluto ad un software è stata effettuata nella sentenza 3769/2017, con la quale la sez.III bis del TAR Lazio si è dovuta esprimere in merito alla concessione del Diritto di Accesso all'algoritmo che gestiva il software incaricato di stilare la graduatoria di mobilità. Mentre il MIUR aveva negato tale diritto sostenendo che ciò avrebbe violato la proprietà industriale dell'opera di ingegno, i giudici hanno fatto rientrare il software nella categoria dell'*atto amministrativo informatico*, partendo dalla definizione di documento amministrativo di cui all'art.22 della legge 241/90, e pertanto suscettibile di accesso, senza alcuna lesione della proprietà industriale, dal momento che l'accesso è solamente finalizzato alla tutela dei diritti di partecipazione dei privati e non alla riproduzione dell'opera. Ragionando in termini di principio e al di là del caso concreto, questa sentenza

[1] Consiglio di Stato, sentenza 5409/2017;

dimostra come è sempre possibile tutelare la partecipazione del privato, a patto che vi siano chiare disposizioni atte a tutelare i diritti dei soggetti coinvolti nel procedimento.
Il quesito posto ai giudici presupponeva l'individuazione di una categoria al quale ricondurre quella tipologia di atto e bisogna sottolineare come manca nell'ordinamento una definizione chiara di atto amministrativo totalmente informatizzato, ossia frutto di un procedimento svolto da intelligenza artificiale o strumenti simili.
Le uniche definizioni normative in materia sono quelle di cui all'art.1 del CAD[2] che definisce il documento informatico *"il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti"* e all'Art.1 del Testo Unico sulla Documentazione Amministrativa che definisce il documento amministrativo informatico *"ogni rappresentazione, comunque formata, del contenuto di atti, anche interni, delle pubbliche amministrazioni o, comunque, utilizzati ai fini dell'attività amministrativa"*[3].
Come si evince dal tenore letterale queste definizioni non hanno a che fare con un atto frutto di una elaborazione automatizzata ma riguardano semplicemente l'atto finale di un "normale" procedimento amministrativo, che viene trascritto in forma elettronica; infatti il TAR stesso ha richiamato una vecchia dottrina che distingueva fra *atti a forma elettronica*, dove è soltanto la forma finale dell'atto ad essere informatizzata, ed *atti ad elaborazione elettronica o informatica*, come ad esempio la graduatoria elaborata interamente da un software.[4]
Nonostante la sostanziale differenza fra le due tipologie di atti, essi vengono entrambi ricondotti nella definizione di atto amministrativo informatico, al fine di tutelare i privati garantendo l'accesso ad ogni atto conclusivo del procedimento. Dopo di essa si è venuto a formare un vero e proprio, seppur piccolo, *corpus* giurisprudenziale costituito da un susseguirsi di considerazioni sul tema dalla sez.III bis del TAR Lazio e il Consiglio di Stato.
In *primis* vi è stata la sentenza del TAR n.9227 del 10 settembre 2018, nella quale sono state effettuate stringenti considerazioni sull'utilizzo di algoritmi nel procedimento amministrativo, successivamente riprese nella sentenza 10694/2019 pubblicata il 13 settembre 2019, noncurante di una lievemente diversa opinione espressa da Palazzo Spada nelle more.
Attraverso queste pronunce il giudice amministrativo di primo grado aveva affermato che gli strumenti artificiali non possono sostituire *"l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere...ostando alla deleteria prospettiva orwelliana di dismissione delle redini*

[2] D.Lgs 82/2005 modificato e integrato dal Decreto Legislativo n. 179/2016;
[3] DPR 4457200 aggiornato con l.31/2019;
[4] TAR Lazio, sez. III bis, 3769 del 22 marzo 2017;

della funzione istruttoria e di abdicazione a quella provvedimentale, il presidio costituito dal baluardo dei valori costituzionali scolpiti negli artt. 3, 24, 97 della Costituzione oltre che all'art. 6 della Convezione europea dei diritti dell'uomo."

Pertanto i giudici hanno ritenuto che neanche un procedimento con una mole non indifferente di soggetti coinvolti può giustificare l'utilizzo di un algoritmo, soprattutto alla luce del fatto che vi sono in gioco posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati.

Secondo questa visione restrittiva, l'impersonalità di una attività istruttoria siffatta minerebbe le fondamenta del procedimento amministrativo, mortificando gli istituti di partecipazione, trasparenza e accesso, così come l'obbligo di motivazione che a cascata comporterebbe la lesione dei diritti di garanzia processuale.

Questa impostazione sembra essere in contrasto con tutta l'attività legislativa degli ultimi due decenni volta prima alla digitalizzazione dell'apparato burocratico[5] e poi addirittura alla preferenza della impostazione digitale rispetto a quella "tradizionale" *(digital first)*[6], perseverando nell'obiettivo, non ancora definitivamente raggiunto, dello snellimento delle procedure amministrative attraverso l'informatizzazione del sistema.

L'informatizzazione e la parziale devoluzione di passaggi del procedimento amministrativo a strumenti artificiali non necessariamente deve comportare una lesione dei principi cardine dell'amministrazione e una compressione dei diritti soggettivi e interessi legittimi dei privati, e ciò può evitarsi se nell'azione informatizzata si agisce con trasparenza.

Benché potevano apparire condivisibili le preoccupazioni dei giudici, non può tuttavia essere negato come sia fondamentale, particolarmente in procedimenti complessi, l'utilizzo di strumenti informatizzati che aiutano i soggetti "umani" a perseguire al meglio i principi di cui all'art.1 l.241/90.

Fra alle predette sentenze si è imposto un ragionamento della V sezione del Consiglio di Stato con la sentenza 2270 del 8 aprile 2019, che è apparso più "aperto" e maggiormente coerente con l'evoluzione tecnologica recepita dalle diverse leggi di riforma.

Pochi mesi prima della sentenza 10694 /2019 del TAR Lazio, il massimo organo della giustizia amministrativa, nonostante anch'esso accoglieva il ricorso dei ricorrenti, in quanto la graduatoria era stata stilata al di fuori di quanto prescritto della legge, si è espresso sull'utilizzo di algoritmi in termini sicuramente più possibilistici, seppur critici.

I giudici di Palazzo Spada ritenevano, infatti, utile adoperare strumenti siffatti per ottemperare ai principi di efficienza, economicità e buon andamento, a patto che ciò

[5] Codice Amministrazione Digitale d.lgs 82/2005;

[6] *"Digital first"* art.1.1 lett. *b)* l.124/2015 cd. Riforma Madia;

non comporti una compressione degli altri principi dell'attività amministrativa. A tal fine hanno enucleato delle *"regole algoritmiche"*, che devono essere rispettate per incardinare gli elementi artificiali all'interno del procedimento senza stravolgerne i fini: in *primis* non devono essere consentiti al software spazi discrezionali, in quanto la discrezionalità deve trarsi nel momento dell'elaborazione dell'algoritmo, e in secondo luogo l'algoritmo deve essere suscettibile di modifiche ed aggiornamenti in itinere.

Da ciò deriva l'equiparazione dell'atto frutto del procedimento adoperato nella Buona Scuola ad un atto amministrativo informatico, come già fatto dal TAR in occasione della concessione dell'accesso, divenendo conseguentemente *"conoscibile"* e soggetto alla piena cognizione del giudice amministrativo.

Quello che è emerge da questo scambio di vedute fra TAR Lazio e CDS è che vi è una dibattuta visione circa i limiti dell'utilizzo di siffatti mezzi, rimanendo come punto di unione solamente la ovvia tutela dei privati da un nuovo "modo" di affrontare i procedimenti amministrativi e accogliere tutte le perplessità relative al caso di specie, annullando conseguentemente i provvedimenti sulla mobilità scolastica in esame.

In sostanza è emerso che il problema che pone l'utilizzo di meccanismi automatizzati non attiene al *se* utilizzarli ma al *quando*, perché le strade che si aprono sono due: utilizzare tali atti, cd. *automatici*, soltanto in sostituzione dell'attività vincolata della PA, ovvero adoperarli anche nei casi in cui fungono da *autolimite* per la PA, inserendo nel software dati e parametri precostituiti che sarebbero dovuti essere oggetto di valutazione discrezionale dell'essere umano.[7]

Premettendo che il caso della graduatoria della "Buona Scuola" non si trova nell'area degli atti discrezionali, come ricordato nelle sentenze del 2019, e per i quali non vi sono ormai dubbi sulla possibilità di utilizzo di software, è necessario individuare il confine fra vincolatività e discrezionalità, limite che però è alquanto sottile e difficilmente identificabile in molte situazioni.[8]

E' pacifico che è solo grazie agli atti vincolati che si è posto il problema dell'utilizzo degli atti ad elaborazione elettronica, poiché ad essi si è fatto inizialmente ricorso soprattutto per quei procedimenti nei quali viene "semplicemente" tradotto in algoritmo un insieme di istruzioni e dati precisi e determinati, da elaborare

[7] D.MARONGIU, *Gli atti amministrativi ad elaborazione elettronica: la compilazione di un "pre-software" in lingua italiana.*, in Diritto Amministrativo Elettronico, quaderni DAE, 2003 "il *soggetto a cui spetta l'assunzione delle decisioni discrezionali decide di non pronunciarsi volta per volta, ma di individuare dei parametri precostituiti e di inserirli in un software che fornirà automaticamente le determinazioni relative ai casi concreti"*;

[8] Già nel 2000 la Suprema Corte con sentenza n.16204 distingueva fra gli atti vincolati e discrezionali con soltanto i primi suscettibili di elaborazione algoritmica, ma anche la attività vincolata richiede valutazioni e motivazioni diverse sulla base dei casi concreti. Secondo alcuni studiosi ciò serviva a distinguere fra *dimensione documentaria* e meta-documentaria della informatizzazione. Si legga M.D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione invisibile nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle recisioni alla responsabilità per le decisioni*, in *La Tecnificazione* a cura di S.CIVITARRESE MATTEUCCI-L.TORCHIA in Studi a 150 anni dall'unificazione amministrativa Italiana vo.IV, Firenze University Press 2017;

attraverso il software e senza svolgere alcun tipo di ragionamento autonomo (*"if..then"*)[9] In questi casi la volontà dell'amministrazione non è completamente annullata ma circoscritta nella prima fase, in quanto non essendovi allo stato delle cose una norma che impone l'utilizzo di software, sarà l'amministrazione stessa a decidere di adottare tali procedure e trasformare i dettami di legge in precisi input per l'elaborazione dell'algoritmo.[10]

Alcuni autori sostengono che vi sia espressione della discrezionalità amministrativa nella definizione di regole sull'*an* e sul *quomodo* del procedimento.[11]

Infatti viene fatto notare che l'operato dell' "essere umano" è presente in più fasi, in quanto l'automazione opera attraverso una prima predisposizione della fattispecie astratta e nell'inserimento dei dati per sussumere la fattispecie concreta, prima di giungere alla decisione automatizzata; pertanto sarà questa decisione ad essere oggetto di impugnazione e non il software stesso.[12]

In questo caso, non potendosi imputare all'amministrazione alcuna responsabilità sullo svolgimento del procedimento devoluto allo strumento informatico, l'illegittimità del provvedimento potrebbe derivare dalle errate informazioni fornite a monte ovvero da errori o difetti di programmazione del software ovvero ancora dalla mancanza di un adeguato monitoraggio da parte dell'amministrazione procedente. I problemi sorgono quando si tenta di affidare ad un software lo svolgimento di quei procedimenti connotati da un certo grado di discrezionalità, i quali comportano maggiori difficoltà nell'elaborare degli algoritmi che tengano conto di un elevato numero di ipotesi e scenari, nonché delle diverse situazioni soggettive in gioco. In altre parole, il ricorso all'automazione potrebbe essere ostacolato nei casi in cui si è in presenza di presupposti indeterminati da valutare prima della decisione, oltre che ovviamente di decisioni a carattere discrezionale.[13]

Tuttavia, secondo parte della dottrina, nella zona del labile confine fra vincolatività e discrezionalità si collocano quegli atti amministrativi *a bassa complessità o discrezionalità*, per i quali, nonostante la presenza di margini discrezionali non vi è un elevato numero di risultati ottenibili e pertanto la quantità alternative possibili risulta tale da poter elaborare il software in modo da consentire alla PA di programmarne i risultati.

L'automatizzazione di tali atti si lega inevitabilmente al principio dell'autolimite della pubblica amministrazione, attraverso il quale si riduce la discrezionalità dei

---

[9] L.VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in www.federalismi.it n.21/2018;

[10] P.OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in www.federalismi.it n.2/2018;

[11] M.CORRADINO, *Inquadramento generale dell'atto amministrativo elettronico*, Convegno Rivista Diritto Amministrativo Elettronico, 2004;

[12] Sull'argomento CONTALDO - MAROTTA, *L'informatizzazione dell'atto amministrativo: cenni sulle problematiche in campo*, in Il diritto dell'informazione e dell'informatizzazione, 2002;

[13] M.D'ANGELOSANTE, op.cit.;

criteri generali di valutazione finali, con la definizione dell'input in termini precisi e determinati tanto da essere suscettibile di traduzione nel linguaggio elettronico.[14]
Una volta esteso l'ambito di operatività al di fuori degli atti vincolati si rischia però di sfociare in modo pressoché incontrollato negli atti discrezionali puri, considerando anche il fatto che gli atti vincolati sono spesso un caso di scuola più che una realtà concreta.
La possibilità di considerare anche gli atti discrezionali come atti ad elaborazione elettronica passa inevitabilmente da considerazioni più scientifiche che giuridiche, perché bisogna comprendere se è possibile allo stato dell'arte la programmazione di un software in grado di eseguire determinate valutazioni.
Ciò però non significa che attraverso la tecnologia ogni procedimento possa essere reso "elettronico", perché vi sono casi, non rari, dove si incontra l'ostacolo dei *concetti giuridici indeterminati,* caratterizzati da un elevato numero di significati, che necessitano di un maggiore sforzo, prima del legislatore e poi dell'apparato amministrativo, nel colmare uno spazio valutativo per elaborare un linguaggio normalizzato e suscettibile di essere ridotto alla catena di comandi informatici. [15]
La peculiarità di tali concetti consiste nel costringere l'interprete ad effettuare valutazioni non meramente giuridiche, trovandosi a dover integrare regole tecniche, economiche o sociologiche a seconda dei casi.[16]
In aiuto, evitando di addentrarsi in considerazioni prettamente di carattere scientifico e tecnologico, intervengono autorevoli studiosi che hanno elaborato i *cd. sistemi esperti*, capaci di scegliere il processo logico adatto al caso concreto attraverso un *"meta-algoritmo"*, che consente altresì, per i casi più complessi, l'intervento umano in itinere.[17]
Probabilmente la giurisprudenza non solo amministrativa si troverà, in tempi non molto lontani, a dovere dirimere questioni ben più complesse data l'evoluzione sempre più in accelerazione.
Le valutazioni ed i ragionamenti effettuati nelle predette sentenze hanno avuto il duplice limite di non aprire all'uso degli algoritmi per gli atti con profili di discrezionalità e quello di non argomentare, come ci si sarebbe aspettato, in modo adeguato tutta una serie di elementi fondamentali per circoscrivere l'ambito di applicazione del procedimento affidato ad entità artificiali; questi limiti, di cui il

[14] G.DUNI, *L'amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nelle evoluzione telematica*, Giuffrè, Milano, 2008;
[15] A.MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, Giappichelli 2011;
[16] Sul tema R.FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e funzione definitoria della giurisprudenza*, Dir.Amm. 2014, sostiene che più è indeterminato il concetto giuridico più dipende dall'azione discrezionale degli attori istituzionali, di specie i responsabili del procedimento.
E.FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni,* in Diritto e Processo amministrativo n.3/2014;
[17] C.GIURDANELLA - E.GUARNACCIA, *Elementi di diritto amministrativo elettronico*, Halley Editrice Professionisti, a cura di L.Viola, 2005;

secondo sottolineato dalla numerosi commenti dottrinali[18], sono stati finalmente superati dal Consiglio di
Stato con due sentenze gemelle depositate il 13 dicembre 2019, la n.2936/2019 e la 8474/2019.
Le predette considerazioni sembrano essere state in parte recepite dal massimo organo della giustizia amministrativa, il quale si è espresso in modo ancora più esplicito a favore della "PA robot", fornendo al contempo dei limiti alla luce del rapporto fra la normativa procedimentale e il GDPR, cosa che le precedenti pronunce non avevano fatto.
A dispetto della visione restrittiva espressa dal TAR Lazio, i consiglieri di stato hanno ritenuto che *nulla vieta che i medesimi fini predetti* (accertamento e verifica della scelta) *perseguiti con il ricorso all'algoritmo informatico, possano perseguirsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità*, in quanto non vi sono ragioni di principio o concrete che ostano all'estensione dell'utilizzo di IA a procedimenti che costituiscono comunque espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse.
In definitiva viene incoraggiata l'adozione di procedure informatiche che portino direttamente alla decisione finale, per i numerosi vantaggi che esse possono arrecare allo snellimento dell'iter procedimentale, ma al contempo vengono enucleati una serie di principi a tutela delle norme sul procedimento, che come vedremo, sono ricavati da disposizioni comunitarie e che dovrebbero superare le legittime perplessità espresse dal TAR Lazio e dalla dottrina.

3. *I Diritti dei privati nel procedimento "automatico" e principio di legalità.*
Se il "problema" non è quindi l'ammissibilità dell'utilizzo sempre più diffuso e quasi inevitabile degli atti ad elaborazione elettronica, il legislatore a monte e l'amministrazione di volta in volta devono volgere la loro attenzione alla tutela dei diritti in gioco. In particolare si fa riferimento ai diritti che stanno alla base della tutela dei soggetti coinvolti in procedimenti amministrativi, fra i quali trasparenza e non discriminazione, attuando quello che può essere definito un *giusto processo tecnologico (technological due process)*.[19]
Il perseguimento di un percorso volto all'innovazione e alla "sbrurocratizzazione" dell'apparato non può di certo giustificare una compressione dei principi fondanti dell'azione amministrativa a tutela del cittadino, che passano inevitabilmente dal

[18] Fra i quali: MC.CAVALLARO - G.SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in Federalismi n.16/2019S.CIVITARRESE MATTEUCCI, *«Umano troppo umano». Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in Diritto Pubblico n.1 2019, Mulino Editore;
[19] I.A.NICOTRA - V.VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in Rivista AIC n.4/2019 del 22 novembre 2019;

confronto con l'amministrazione procedente e quindi pienamente "responsabile" dell'azione.[20]

Come anticipato nella trattazione sulla giurisprudenza riguardante la graduatoria della *Buona Scuola*, già nel 2017 il TAR Lazio aveva chiarito che il diritto di accesso debba essere sempre garantito anche in presenza di elementi che costituiscono opere di ingegno, in quanto tale diritto del privato prevale con l'unico limite di non utilizzare a fini economici degli elementi estratti.

Ciononostante la giurisprudenza non si era ancora espressa in modo concreto sulla tutela da garantire ai soggetti destinatari di procedimenti automatici; ciò fino alla svolta avuta con le sentenze gemelle del Consiglio di Stato 2936 e 8474 del 2019. Con una argomentazione fondata principalmente su disposizioni comunitarie, dopo aver ribadito la complementarietà degli atti ad elaborazione elettronica con l'art. 97 Cost., i giudici hanno sostanzialmente individuato tre principi fondamentali da perseguire per il corretto utilizzo dei nuovi strumenti.

Il primo di essi è il principio di *piena conoscibilità*, corollario del principio di trasparenza.

Esso esprime l'esigenza che i soggetti interessati devono essere messi nelle condizioni di poter conoscere, e avere conseguentemente riconosciuto il diritto all'accesso, tutti gli aspetti della decisione automatizzata, dall'autore del procedimento al meccanismo di decisione, passando per le modalità di valutazione e di immissione dei dati.

Per realizzare questo obiettivo sarà quindi necessario che gli elementi tecnici dell'algoritmo siano resi leggibili da chi li richiede; tutti questi elementi sono contenuti agli artt.13 - 14 - 15, della sezione *"Informazione e accesso ai dati personali"* del *Regolamento generale sulla protezione dei dati*, conosciuto come GDPR.[21]

A tal fine è necessario fare in modo che la trasparenza passi attraverso un certo grado di "spiegabilità" dell'algoritmo, con tutto ciò che ne deriva.[22]

Nello specifico, interpretando le disposizioni del regolamento richiamate, il legislatore comunitario intende la trasparenza in questione in una visione ben più ampia. Infatti, data la complessità dello strumento, non è sufficiente consentire la conoscibilità della funzione matematica che ne sta alla base, bensì tutta la sua concreta implementazione, il contesto in cui è applicato, gli scopi perseguiti, le tecniche applicate e magari anche degli esempi circa il suo concreto funzionamento.[23]

---

[20] MC.CAVALLARO - G.SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, op.cit.;

[21] Regolamento UE n.679/2016;

[22] M.ZALNIERUTE - L. BENNET MOSES - G.WILLIAMS, The Rule of Law and Automation of Go vernment Decisions making, in The modern law review, 2019;

[23] E.TROISI. *AI e GDPR: l'Automated Decision Making, la protezione dei dati e il diritto alla 'intellegibilità' dell'algoritmo*, in European Journal of Privacy Law & Technologies, Giappichelli 2019;

Altro importante limite che il Consiglio di Stato estrapola è quello di *piena imputabilità* della decisione.
Tale principio si estrinseca nell'esigenza dell'apporto umano, individuando un soggetto responsabile a cui possano essere ricondotti gli effetti dell'azione amministrativa adottata dall'algoritmo. Da esso, secondo i giudici, deriva un ulteriore principio, quello di *non esclusività della decisione algoritmica*, sancito dall'art. 22 del GDPR e dalla "Carta della Robotica"[24], ossia del divieto di produrre effetti giuridici che incidono in modo significativo sulla sfera dei privati, basandosi solamente su un processo sviluppato da una entità artificiale.
A dire il vero, nel richiamare questo principio è stato dato un taglio sicuramente più restrittivo rispetto alla normativa comunitaria; infatti i giudici non hanno riportato nella decisione il secondo comma dell'art.22 GDPR, il quale individua dei limiti al principio di non esclusività elencando casi in cui una decisione esclusivamente automatizzata può incidere sui diritti della persona.[25]
Il terzo punto cardine individuato nella sentenza prende spunto dal considerando n. 71 del GDPR, cioè il *principio di non discriminazione algoritmica.*[26]
Esso attiene al momento della profilazione, intesa come l'insieme delle attività di raccolta ed elaborazione dei dati inerenti agli utenti di un servizio, al fine di suddividerli in gruppi.[27]
Anche nel caso in cui ci si trovi dinanzi ad un algoritmo conoscibile e comprensibile e ammesso anche che esso non costituisca l'unica base della decisione finale, esso potrebbe comunque ledere i diritti dei soggetti quando nella profilazione li suddivida attraverso criteri discriminatori.
Tale eventualità, non inverificabile, sarebbe ovviamente incostituzionale, anche se ciò presumibilmente si verifica quando l'algoritmo predittivo è costruito su un set di dati che è già in partenza discriminatorio.[28] [29]

---

[24] Risoluzione approvata dal Parlamento Europeo il 16 Febbraio 2017;

[25] Art.22 comma 2 GDPR: *Il paragrafo 1 non si applica nel caso in cui la decisione: a) sia necessaria per la coclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento b) sia au torizzata dal diritto delll'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato;c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato.*Sul punto A.SIMONCINI, *Profili costiituzionali dell'amministrazione algoritmica,* in Riv.Trim.Diritto Pubblico, fasc.4/2019, De Jure;

[26] Tale punto del GDPR recita: *"è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate...che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti.";*

[27] B.SAETTA, *Profilazione e processi decisionali automatizzati,* protezionedatipersonali.it, dicembre 2018;

[28] A.SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà,* in BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, n. 1/2019 richiama il principio GIGO *("garbage in garbage out")* per cui un algoritmo non può che riflettere la qualità dei dati su cui è costruito;

[29] Messo alla luce dal *cd.Caso COMPAS*, riguardante un sistema adottato nel caso *Loomis* nel quale veniv autilizzato un algoritmo "predittivo" per calcolare il rischio di recidiva per ex condannati tornati in libertà

La conoscibilità e l'imputabilità, uniti alla relativamente recente possibilità per il giudice amministrativo di avvalersi di consulenti tecnici d'ufficio al fine di comprendere anche i processi del software in sede di sindacato giurisdizionale, sono principi che, se rispettati, dovrebbero in linea di massima costituire una garanzia per il sistema di tutela delle situazioni soggettive e al contempo per il corretto svolgimento dei procedimenti amministrativi connotati dall'elaborazione elettronica, facendo salvi contemporaneamente il buon andamento della PA e il giusto processo tecnologico, pur in assenza di una normativa specifica a livello legislativo. Proprio tale assenza di specifica previsione di legge ha dato il via a dibattiti concernenti il principio di legalità, in quanto la tutela dei soggetti coinvolti nei procedimenti e in ossequio ai principi dello stato diritto è necessario soddisfare tale principio, e rimane conseguentemente da comprendere se esso possa essere soddisfatto dalla reperibilità di norme in fonti esterne e molteplici ovvero se sia necessaria una specifica legge interna.

Come emerge dalle sentenze del Consiglio di Stato, allo stato degli atti, il fondamento giuridico è ritrovato in una serie di norme poste a livelli differenti, direttive e regolamenti comunitari, atti di *soft law*, come la già citata Carta della Robotica, e giurisprudenza amministrativa, costretta ad elaborare principi soltanto dopo l'emergere di problemi connessi al completamento di procedimenti artificiali.[30] Viene fatto notare da alcuni Autori che è la stessa richiamata normativa comunitaria che esige indirettamente un fondamento nella legge per i provvedimenti amministrativi automatizzati e per l'individuazione di limiti specifici all'esercizio del potere di decisione automatizzata.[31]

La sempre più pressante necessità di adeguare la legislazione in modo da prevedere e disciplinare i casi in cui la PA può o non può avvalersi di tali procedimenti, risponderebbe all'art. 22 del GDPR comma 2 lett. *b)* che prevede, come presupposto alla decisione automatizzata incidente su diritti soggettivi, l'autorizzazione *"dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato"*; anche se in un'ottica più ampia è però opportuno sottolineare come il GDPR, dato il suo ambito specifico di azione, nulla statuisce sul principio di legalità delle decisioni automatiche che non incidono sui dati personali.

---

attraverso le informazioni sul singolo soggetto collegate al gruppo sociale più affine. Ciò portò ad una condanna penale a causa del risultato discriminatorio del processo automatizzato che finiva per sovrastimare le ricadute criminose per i sooggetti di colore. S.CARRER, *Se l'amicus curiar è un algoritmo: il chiacchierato casoo Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin,* in giurisprudenzapenale.com n.4 2019;

[30] G.ORSINI - E.D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi,* in Istituzioni del federalismo n.3/2019;

[31] S.CIVITARRESE MATTEUCCI, *«Umano troppo umano». Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità,* op.cit.;

Quello che emerge è sostanzialmente un problema di *power conferring rule*, ossia di una norma che conferisca in modo diretto il potere di agire attraverso entità artificiali, come accade in alcuni ordinamenti all'interno dell'Unione Europea.
Esempi di *power conferrring rule* si ritrovano in ordinamenti non tanto dissimili dal nostro, anche se con diverse gradazioni. Nel sistema spagnolo ad esempio vi è una disposizione nel *Régimen Jurídico del Sector Público,* che prevede che qualsiasi amministrazione possa rifarsi a procedimenti automatizzati a patto che individui un soggetto incaricato di manutentare, aggiornare, programmare e controllare costantemente il software. Altro esempio si ritrova nell'ordinamento tedesco, dove è stata recentemente inserita nella disciplina sul procedimento amministrativo una apposita disposizione che sottopone l'utilizzo delle procedure automatizzate al rispetto di due criteri: l'assenza di margini di discrezionalità, sulla quale alla luce delle citate considerazioni possono essere avanzate delle perplessità, e soprattutto, la legittimazione proveniente da una specifica fonte di rango legislativo. [32] [33]
La differenza fra le due esperienze è che, mentre l'esempio spagnolo consente una maggiore flessibilità, l'esempio tedesco rappresenta sicuramente in modo più stringente il rispetto del principio di *legalità in senso sostanziale*, fornendo dei limiti direttamente su base legislativa senza delegare a fonti di rango inferiore.[34]
In sostanza una siffatta disposizione rispetterebbe a pieno i principi del Rule of Law ed eliminerebbe ambiti di incertezza sull'utilizzo di A.I.[35]
Ogni strumento che, nel suo utilizzo, rischia di produrre effetti critici sia sul piano dei principi che regolano l'azione pubblica, sia soprattutto sulla tutela dei diritti individuali, che nel caso di applicazione al diritto penale possono andare ben oltre a quelli in gioco nel procedimento amministrativo, dovrebbe necessariamente rispettare il Rule of Law ed essere previsto, delimitato e disciplinato da una apposita norma.

4. *Conclusioni.*

Nonostante in più ambiti sia ormai fondamentale l'impulso dato dal legislatore comunitario, dalla tutela dell'ambiente all'antitrust, l'ordinamento interno non può

[32] Legge sulla procedura amministrativa del 25.05.1976 art.35a introdotto con la riforma del 2015*"Ei Verwaltungsakt kann vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden, sofern dies dur ch Rechtsvorschrift zugelassen ist und weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum besteht.";*

[33] T.WISHMEYER - T.RADEMACHER, *Regulating Artificial Intelligence,* Springer *2020;* A.SUDMANN, *The democratization of artificial intelligence.Net politics in the Era of learing algorithms,*Transcript Verlag, 2019;

[34] S.CIVITARRESE MATTEUCCI, *Umano, troppo umano.*, op.cit.
Sulla "Legalità sostanziale" *o concetto forte della legalità: la legge non solo deve attribuire il potere all'amministrazione ma deve anche indicarne il contenuto e le modalità di esercizio.* A.MACHEDA, *Principio di legalità, poteri impliciti e legge provvedimento,* in www.ildirittoamministrativo.it; D.SIMEOLI, *Appunti sul principio di legalità amministrativa,* in www.questionegiustizia.it/rivista/;

[35] Secondo Joseph Raz il Rule of Law è una virtù del sistema giuridico che indica il suo stato di salute o buon funzionamento. F.VIOLA, *Il rule of law e il concetto di diritto*, in Ragion Pratica n,1/2008;

rimanere immobile davanti una tale evoluzione, mentre le istituzioni dell'Unione Europea continuano coerentemente ad estendere le prospettive delle IA, arrivando anche in ambito sanitario.[36]

Nel *Libro bianco sull'intelligenza artificiale* del 2020, che mira a favorire i progressi scientifici volti ad elaborazione di IA utilizzabili in ogni area possibile, la stessa Commissione UE evidenzia come la normativa generale dell'Unione in materia di sicurezza attualmente in vigore si applica ai prodotti ma non ai servizi, per cui si applicherebbe al "prodotto software" e non al servizio che lo utilizza, dalla sanità ai trasporti. Pertanto, mentre l'Unione Europea provvede ad adeguare la propria normativa in ossequio ai principi posti dal predetto documento, gli stati dovrebbero iniziare a disciplinare in un modo più ampio possibile tutto ciò che concerne le intelligenze artificiali e le loro applicazioni pratiche.

Valutazioni di questo tipo, interne al nostro Paese, dovrebbero affiancare sin da subito i già avviati meccanismi di sperimentazione di IA nei procedimenti amministrativi e giurisdizionali.

Infatti è stato recentemente siglato fra il Ministero dell'Innovazione e la *Fondazione Leonardo*, società partecipata del Ministero dell'Economia e delle Finanze, un protocollo di intesa sull'etica dell'Intelligenza Artificiale nella Pubblica Amministrazione.[37]

Tale protocollo mira a definire due progetti da destinare ad una sperimentazione sulla applicazione delle IA nei procedimenti amministrativi, rimarcando la tutela di quei principi già richiamati a dicembre 2019 dal Consiglio di Stato., oltre che ad elaborare un "codice di conformità" per l'implementazione di queste tecnologie sia nel pubblico sia nel privato.

Lo stesso documento firmato dal Governo nazionale contiene una puntuale riflessione in linea con le predette considerazioni; si legge, infatti, che *si avverte la necessità che il diritto "guidi" e "orienti" la tecnologia, onde permetterle di percorrere binari rispettosi di un sistema assiologico di valori riflesso nelle costituzioni degli stati moderni e nei trattati internazionali. Affinché tale missione sia portata a compimento, però, non è sufficiente un'opera di rivisitazione delle garanzie costituzionali dei diritti fondamentali; occorre, invece, una puntuale verifica circa le norme dell'ordinamento positivo e la loro perdurante abilità a riflettere alcuni principi ispiratori che ne giustificano la collocazione all'interno del sistema delle fonti.*

Seppure all'interno sia espressa una chiara preferenza per una regolamentarizzazione affidata a fonti secondarie a seguito di un processo di delegificazione e nei limiti dati dal legislatore, avvicinandosi pertanto all'esempio spagnolo, si sottolinea come gli

[36] Commissione Europea, Libro bianco sull'intelligenza artificiale Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia, Bruxelles 19.02.2020. www.ec.europa.eu

[37] https://innovazione.gov.it/un-protocollo-d-intesa-sull-etica-dell-intelligenza-artificiale-nella-pubblicaamministrazione/

strumenti di soft law richiamati nella giurisprudenza non siano più sufficienti e adeguati.

L'evoluzione tecnologica oltre i normali livelli di adattabilità dell'essere umano, da quando in ossequio ai risvolti pratici della *legge di Moore* la complessità e l'efficienza di un microcircuito raddoppia ogni 18 mesi[38], ci spinge inevitabilmente a riflettere sulle sue implicazioni nel campo del diritto.

L'utilizzo in ogni branca giuridica dei citati sistemi predittivi e sistemi esperti non è una mera prospettiva futura ma già realtà che si sta via via concretizzando, perciò si deve giungere alla considerazione che con l'evoluzione scientifica in atto il mondo del diritto è costretto a stare al passo e ad avere una maggiore apertura verso queste nuove tecnologie, con il solo limite di tutelare al contempo i diritti e gli interessi legittimi.

La devoluzione ad intelligenze artificiali di procedimenti decisionali delicati è già realtà anche in ambiti diversi dal diritto amministrativo, dove sono stati sperimentati i così detti algoritmi predittivi, i quali sulla base di dati statistici e diversi parametri elaborano modelli utilizzabili con diverse finalità.[39]

Ciò su cui si deve riflettere, infatti, non è se utilizzare le tecnologie che via via ci vengono offerte, ma in che modo adoperarle al meglio per il bene della collettività ponendo al contempo dei paletti che impediscono a tecnologie sempre più "intelligenti" di prevalere sull'attività umana trasformandosi da "servi" in "padroni".[40]Ogni elemento nuovo, che può consentire una più veloce e performante modalità di adottare atti o provvedimenti, deve superare necessariamente delle valutazioni in merito alla sua capacità di agire senza ledere i diritti e gli interessi legittimi di tutti i soggetti coinvolti.

Date queste premesse, per limitare il più possibile il sorgere di problemi che diventerebbero altrimenti inevitabili, il complesso di regole che conferisce il potere di utilizzare questi nuovi strumenti deve inevitabilmente derivare da una esplicita *power conferring rule*. Solo attraverso un procedimento legislativo e una dialettica fra idee contrapposte, prescindendo dalla eventuale scelta di rifarsi al modello spagnolo ovvero a quello tedesco, può esserci un bilanciamento a monte sui diritti in gioco. In

[38] T.L.FRIEDMAN, *Grazie per essere arrivato tardi*, 2016. Gordon Moore, cofondatore di Intel, la più grande società produttrice di microprocessori, teorizzò già nel 1965 questo principio che divenne in breve tempo una realtà nell'evoluzione tecnologica;

[39] Vengono distinti tre diversi livelli di automazione: Automazione completa attraverso i sistemi esperti, automazione ad intervento umano ridotto e automazione predittiva. Sul punto D.U.GALLETTA - J.G.CORVALAN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto,* in Federalismi.it 6.02.2019;

[40] A.SIMONCINI, *Profili costituzionali dell'amministrazione algoritmica,* op.cit. Qui viene metaforicamente contrapposta la preoccupazione "Orwelliana", emersa nelle pronunce del TAR Lazio, con una visione in cui le macchine si ribellano all'uomo come nel film *Blade Runner,* ciò per mettere in guardia sulla repentina evoluzione e sui rischi che si corrono a causa del fascino che godono tutti gli strumenti che permettono di risparmiare tempo e lavoro;

un siffatto contesto in piena evoluzione è auspicabile che venga messa in moto al più presto una discussione in sede parlamentare volta a sintetizzare e tradurre in disposizioni di legge i principi dati da diverse fonti, individuando, per quanto possibile, un limite fra vincolatività e discrezionalità, all'interno del quale permettere l'utilizzo più o meno esclusivo di software sostitutivi dell'attività umana.[41]

[41] L.TORCHIA - S.CIVITARRESE MATTEUCCI, *La tecnificazione dell'amministrazione*, op.cit..