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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

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

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 1/2022

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

Comitato scientifico

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

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Sergio Contessa, 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, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

FASCICOLO N. 1/2022

SOMMARIO

1. **L'attuale ambito di esercizio del diritto del cittadino di esprimere liberamente il proprio pensiero (art. 21 Cost.) può ancora considerarsi conforme alla Costituzione nel nuovo confuso clima politico che tende con molte incertezze a stabilizzarsi.**
di Giuseppe Palma……...pag. 1

2. **La protezione della salute personale (articolo 32 Cost.), in qualità di coefficiente politico (con risonanza giuridica) della sistematica dei valori costituzionali, è funzionalmente diretta (anche) a garantire il ruolo spettante ad ogni componente del "popolo sovrano" di poter concorrere alla formazione della volontà generale.**
di Giuseppe Palma ……pag. 13

3. **Automazione e processo amministrativo: una convivenza difficile?**
di Gennaro Terracciano…….pag. 25

4. **The corona juventocide political immunosenescence due to distorted census weight at the expense of young age cohorts.**
di Matthias Theodor Vogt ……...pag. 33

5. **Morfologia dell'ordinamento sportivo.**
di Francesco Cardarelli..…….. pag. 95

6. **La regolamentazione Consob sulla raccolta di fondi online: l'equity e il lending crowdfunding.**
di Marco Tiberii……..pag. 138

ISSN 2036-7821

7. **La dimensione «forte» della potestà legislativa statale tra livelli essenziali di assistenza e tutela della salute, con una postilla alla sentenza della Corte cost. n. 37/2021.**
di Mariaconcetta D'Arienzo……..pag. 158

8. **Il rapporto fra ordinamento del calcio e ordinamento generale al tempo del Covid.**
di Giovanni Martini…….pag. 175

9. **A Carbon Tax to Regulate CO2 Emissions: the EU's Road to an Environmental Taxation System.**
di Laura Letizia……..pag. 194

10. **La tutela del whistleblower tra etica e pragmatismo. La logica premiale del modello statunitense: un modello da importare.**
di Valentina M. Donini……..pag. 216

11. **Tax Treatment of professional football players remuneration in Germany and Italy. A comparative and EU analysis of a sector with tax gaps from a fiscal and administrave angle.**
di Filippo Luigi Giambrone……pag. 243

12. **"Comunità amministrata" e danno erariale.**
di Massimiliano Atelli...…….pag. 293

13. **Sports facilities taxation: Italian legislation and proposals of reform under an European approach.**
di Giuliana Michela Cartanese……...pag. 307

ISSN 2036-7821

14. Difensore civico per il digitale e codice dell'amministrazione digitale.
di Alessandro Chiappini……pag. 331

15. Compiti dei Comuni nel sociale e limiti alla pignorabilità dei bilanci.
di Francesca Benedetto……pag. 358

16. Il Responsabile Unico del Procedimento: troppe competenze e responsabilità o poca formazione?
di Martina Cardone……pag. 397

17. L'uso degli algoritmi nel processo penale ed amministrativo: analisi e confronto dei rispettivi metodi applicativi alla luce degli arresti giurisprudenziali in materia.
di Elisa Galloppa……..pag. 423

18. Ordinanze contingibili e urgenti: natura, presupposti e problematiche connesse anche in epoca pandemica.
di Ludovico Castiglione……..pag. 447

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'attuale ambito di esercizio del diritto del cittadino di esprimere liberamente il proprio pensiero (art. 21 Cost.) può ancora considerarsi conforme alla Costituzione nel nuovo confuso clima politico che tende con molte incertezze a stabilizzarsi

di Giuseppe Palma

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

Sommario

1. Prologo; 2. La configurazione dell'art. 21 ad opera della Commissione parlamentare di approvazione del progetto di Costituzione; 3. L'imperativo categorico che conforma l'esercizio dell'attività politica dei cittadini ai sensi dell'art. 54 del Titolo IV della Costituzione; 4. Breve conclusione.

Abstract

First of all, it is necessary to indicate the reason that prompted attention to reconsider the action of the presence in the Constitution of the aforementioned right to freely express one's thoughts in speech, writing and any other means of dissemination, because the related topic, after the 70/90 years in which it had been moderately examined and debated, it suffered a slow inattention, it remained as a "monad" neglected by the attention of both politicians (and this can be understood) and legal investigation, unless there is a new attention due to the latest events of gratuitous street violence.

It is true that in the years indicated above the question was raised more on the implementation of the provision contained in the XII transitional and final provision, which contains the prohibition of reorganization in any form of the dissolved fascist party (and this in itself is justified) but also and more broadly on the question relating to the claimed freedom relating to the means of public communication by private individuals who reacted against any form of limitation, such as the concession then envisaged.

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

ISSN 2036-7821

1. Prologo.

Occorre innanzitutto indicare il motivo che ha sollecitato l'attenzione di rimeditare l'azione di presenza nella Costituzione del menzionato diritto di esprimere liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e con ogni altro mezzo di diffusione, perché la relativa tematica, dopo gli anni 70/90 in cui era stata moderatamente esaminata e dibattuta, ha subito una lenta disattenzione, è rimasta come una "monade" trascurata dall'attenzione sia dei politici (e ciò si può comprendere) sia dall'indagine giuridica, a meno che non vi sia una nuova attenzione a causa degli ultimi eventi di gratuita violenza di piazza.

È pur vero che negli anni sopra indicati la questione era posta più sull'attuazione della disposizione contenuta nella XII Disposizione transitoria e finale, la quale contiene il divieto di riorganizzazione sotto qualsiasi forma del disciolto partito fascista (e ciò di per sé si giustifica) ma anche e più largamente sulla questione relativa alla rivendicata libertà relativa ai mezzi di comunicazione pubblica da parte dei privati che reagivano contro ogni forma di limitazione, come ad esempio la concessione allora prevista; in conseguenza tale questione fu pure rimessa all'esame di costituzionalità e la Corte[1] ebbe modo di precisare alcune linee che destarono molto interesse, come ad esempio "*che libertà di diffusione ricomprende tanto il diritto di informare, quanto il diritto di essere informati ...l'articolo 21 colloca la predetta libertà tra i valori primari assistiti dalla clausola dell'inviolabilità (articolo 2 Cost.), i quali in ragione del loro contenuto, in linea generale si traducono direttamente e immediatamente in diritti soggettivi dell'individuo di carattere assoluto* "..."*tuttavia l'attrazione di tali diritti fondamentali nei rapporti della vita comporta una serie di relativizzazioni alcune delle quali derivano da precisi vincoli di ordine costituzionale oltre che da particolari fisionomie della realtà nella quale quei valori sono chiamati ad attuarsi* "...." *il diritto all'informazione va determinato e qualificato in riferimento ai principi fondanti della forma di Stato delineata dalla Costituzione, i quali esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale*" (e più avanti si pone l'accento sul pluralismo delle fonti).

La lunga trascrizione non è un semplice "riempimento discorsivo" poiché essa induce a desumere che l'indirizzo della Carta, anzi messo a dimora nella Carta, non ha spinto i successivi osservatori a desumere il sostanziale "percorso" interpretativo dell'articolo 21 in esame, specie l'accennato collegamento operativo con la disposizione di cui all'articolo 2 citato (e non solo in termini di diritti concessi ma anche con i connessi doveri), in conseguenza si è affermato in generale che l'unico limite sarebbe consistito esclusivamente (soprattutto in prospettiva politica) nel divieto di diffondere la passata ideologia fascista perché tale divieto, come si è già ricordato, risultava sancito dalla XII norma transitoria, in qualità di limite

[1] Cfr. Corte Costituzionale n. 112 del 1993; cui adde Corte Costituzionale n. 74 del 1958;

ISSN 2036-7821

costituzionalmente imponibile, e così ogni ulteriore profilo ricostruttivo è stato obliterato (e ciò si nota anche in termini di remissione al sindacato di costituzionalità).

Senonchè la situazione reale non può in nessun modo essere archiviata, ancorché tale archiviazione sia stata favorita dall'ambiente politico-partitico, infatti la norma transitoria ha una sua propria vigenza, resa impellente dal momento storico in cui risulta redatta, per converso il diritto di esprimere la propria opinione (pensiero) non va collegato a siffatta norma bensì alla garanzia sancita "ai diritti fondamentali dell'uomo" e "richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica" (economica e sociale).

È vero, non si può evitare di mettere in risalto l'afasia nella ricostruzione della norma in esame in questa sede, ma hanno concorso (ovvero hanno potuto concorrere) anche le prime letture della Carta, che hanno sminuito l'azione di presenza dei primi 3 articoli della Costituzione e si diffuse largamente l'opinione che nella specie trattavasi di norme meramente programmatiche (come chi scrive ha ricordato in un precedente lavoro), ma non si può giustificare che a distanza di tempo, con l'affermarsi sempre più dell'opinione della reale azione di presenza (naturalmente operativa) di tali articoli, si continua ad escludere un profondo riesame della libertà di esprimere il proprio pensiero, come se una questione di tale importanza sia stata definitivamente archiviata.

Al fine di definire la prospettiva della presente indagine si ritiene opportuno sottolineare che essa non si ripromette di ripercorrere le solite linee seguite nella isolata disamina di una disposizione costituzionale, ma piuttosto di reinserire detta disposizione nella complessa planimetria della sistematica costituzionale, secondo il metodo di ricostruzione della disposizione, che chi scrive ha sempre adottato, poiché ha sempre considerato utile innanzitutto comprendere il reciproco rapporto funzionale tra la complessiva trama dei valori nella Carta adottati, i quali per linee interne funzionalizzano la singola disposizione, ed al tempo stesso scoprire come un singolo istituto adottato possa concorrere a determinare i valori, stigma della democrazia repubblicana, emblematicamente descritti, che prendono vita concreta sociale[2].

Pertanto la impostazione assume anche il pregio di una conferma della utilità del metodo di ricerca adottato ancora una volta da ultimo nella precedente ricerca in tema di rapporto funzionale tra "cultura ed istruzione". È bene anche precisare che la tematica qui trattata non è stata suggerita dai ben noti eventi di violenza gratuita, poiché essa era da chi scrive da tempo all'attenzione, anche perché (per così dire) il "canto della civetta" si poteva ascoltare già da tempo e non si è fatto caso

[2] Cfr. in modo esteso G. Palma Il rapporto funzionale tra il diritto allo studio (e/o all'istruzione) e la contestuale previsione della "libertà di insegnamento" ecc. in amministrativamente, fascicolo 4 del 2021 e bibliografia ivi citata

ISSN 2036-7821

tempestivamente proprio per le ragioni che la disposizione era in gran parte archiviata e si sa che certi fenomeni non nascono nella mente di Giove ma nell'apparente insignificanza di pensieri espressi in anticipo. In conclusione si pone lo scopo di determinare la potenzialità della disposizione dell'articolo 21 citato risalendo, al di là dei lavori dell'Assemblea Costituente più esaurienti a connotare le disposizioni in termini tecnico-giuridici, ai lavori della Commissione di approvazione del progetto di Costituzione molto più significativi a porre in luce le argomentazioni di connotato "politico", perché non si può trascurare che le disposizioni costituzionali sono "bifronte" come è giusto che siano[3].
A tal proposito è utile notare che i primi autorevoli studiosi che hanno approfondito le singole disposizioni costituzionali può presumersi che conoscessero bene i lavori di approvazione del progetto, anche perché ebbero un'ampia illustrazione sulla stampa e perciò (forse) evitarono di coinvolgerli nello studio delle singole norme (chi scrive ha rilevato un siffatto silenzio in una precedente indagine), ma ora essi meritano di risalire alla ribalta stante il rilevabile "distanziamento" dalla cultura costituzionale, in altri termini essi costituiscono un terreno da "rifertilizzare", anche (e soprattutto) al fine di evitare che quanto premesso venga confuso con l'allarme diffuso dal clima politico attuale.

2. La configurazione dell'articolo 21 Cost. ad opera della Commissione parlamentare di approvazione del progetto di Costituzione.
Si può desumere che l'indagine della disposizione in esame venga condotta sulla discussione svoltasi nell'ambito della Commissione parlamentare di approvazione del progetto di Costituzione, dappoiché si può direttamente rilevare (e valutare) l'aspetto e il profilo essenzialmente "politico" insito nella disposizione, stante la natura "bifronte" delle norme inserite in Costituzione.
E va subito rilevato come la discussione si è svolta secondo un modulo generale già messo in luce in una precedente indagine, secondo cui è rinvenibile una costante tensione tra i rappresentanti dei vari orientamenti politici ed i componenti esperti nella cultura tecnico-giuridica, che ebbero poco spazio nel prospettare l'utilità di alcune precisazioni ed ottennero, però, maggiore voce in capitolo nei successivi lavori dell'Assemblea Costituente, laddove i primi, animati sul piano ideologico/politico, riuscirono a raggiungere lo scopo, ancorché mediante un raggiunto "compromesso" (siffatto compromesso ha in molte occasioni determinato l'approvazione di formule semplici e sintetiche), ed evitando che in esse venissero previste molte limitazioni (e/o condizioni) che avrebbero condizionato il lavoro del

[3] Cfr. il lavoro cit. nella nota precedente

ISSN 2036-7821

futuro Parlamento, dopo la non adozione di un mero "preambolo " da molti invocato[4].

Si porti l'attenzione su quanto affermò il Presidente Terracini nella seduta iniziale di esame del Titolo I, "*dice l'autorevole Relatore: la regolazione dei diritti e dei doveri ha luogo non col semplice rinvio alla legge, ma con l'indicazione di criteri nei quali la legge troverà l'infrangibile limite e la direttiva da seguire*" e più oltre "*che cosa trova il popolo.... se gli avessero detto, per esempio, che la libertà personale è inviolabile perciocchè nei casi previsti dalla legge, il popolo avrebbe potuto aspettare con quale legge e per mezzo del suo voto elettorale fare in modo che la legge rispettasse poi nella massima misura la inviolabilità della libertà personale*" (così Onorevole Tieri, seduta del 26 marzo 1957). A ciò replica l'onorevole Bettiol "*passati gli dei falsi e bugiardi noi ci troviamo di fronte al primo serio tentativo compiuto dal popolo italiano che dia a se medesimo una Costituzione che sia l'espressione di una profonda sanità morale e costituisca la felice sintesi delle forze sociali e politiche operanti in questo momento nel nostro Paese con pieno riconoscimento di tutti i diritti che spettano alla minoranza...*" (e più avanti ricordando le espressioni dell'Onorevole Moro), "*la nostra Costituzione, in quanto tale è un'opera antifascista, dato che il fascismo è quel movimento che nega il legittimo fondamento di ogni Costituzione..... c'è qualcuno che ancora irride ai diritti naturali e che crede che ogni diritto cosiddetto naturale sia una pura e semplice attribuzione al cittadino di un diritto da parte dello Stato mentre invece noi crediamo-in quanto crediamo nel valore della personalità umana- che questa porti con sé dei diritti che non possono assolutamente essere calpestati dal potere statale.... prima di questo progetto di Costituzione rappresentano indubbiamente una garanzia fondamentale di libertà per l'individuo, la quale si inquadra in quella concezione non già individualistica, ma profondamente umana che sia alla radice di tutto il progetto di Costituzione*".

L'on. Crispo (nella stessa seduta citata) afferma che "*mentre la Costituzione riconoscendo i diritti fondamentali di libertà si è preoccupata di determinare l'eventuale limitazione, non si è preoccupata di prevederne l'eventuale sospensione in alcuni casi eccezionali.... e perché la Costituzione non è il Codice della libertà originaria intesa come arbitrio assoluto ma regola invece l'eterno conflitto fra l'individuo e lo Stato fra il principio di libertà e quello di autorità onde il concetto di libertà non può non essere integrato con quello di autorità*".

Non diversamente si esprime l'onorevole Di Gioia "*se in Italia si vuol distruggere veramente il fascismo, occorre che gli articoli 12, 14 e 16, quelli che riaffermano il diritto dell'uomo alla libertà di pensiero, alla libertà di culto, alla libertà di stampa... diventino norme di vita costante del popolo, di tutti noi e siano integrati, completati, sostanziati da tutta la possibile giustizia*" (seduta del 27 marzo 1947). Nella medesima seduta l'On. Leone sottolinea l' "*aspirazione a fondare un compiuto equilibrio, una compiuta sintesi fra la*

[4] Per i riferimenti alle dichiarazioni citate nel testo cfr. La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, Camera dei deputati – Segretariato generale, volume I e II

ISSN 2036-7821

libertà (ovvero fra i diritti naturali, innati di libertà e l'autorità) ed il complesso degli interessi necessari alla vita e allo sviluppo della società organizzata".

Nella medesima seduta l'onorevole Cavallari si sofferma su un profilo di notevole interesse sostenendo che "*il metro col quale noi potremmo misurare questa parte del progetto di Costituzione- che del resto è il metro col quale potremmo misurare anche le altre parti- è il metro politico e cioè un'indagine politica quella che dobbiamo compiere sopra il primo titolo del progetto di Costituzione della Repubblica Italiana...e questa indagine la dobbiamo compiere dando uno sguardo a quelle che sono state le nostre esperienze passate considerando l'attuale momento politico e avendo di mira quelle che sono le mete alle quali la democrazia italiana e la Repubblica Italiana vogliono arrivare.... queste mete sono state le aspirazioni di tutti i cittadini italiani durante quegli anni tristissimi: cioè di poter dire finalmente di vivere in un clima di libertà... il principio di libertà personale... tutti questi principi devono essere condizionati al principio delle libertà democratiche. Noi vogliamo la libertà che tenda alla riaffermazione ed al rafforzamento continuo e progressivo della democrazia italiana*".

L'onorevole Trimarchi (medesima seduta) rileva che "*alcuni giuristi si domandano se è opportuno inserire nella legge e nella Costituzione questi diritti, che sono più propriamente gli attributi della persona umana, o non è meglio che la definizione di questi diritti sia lasciata alla scienza sociale. Ciò sarebbe possibile se nella nostra società non ci fossero pericoli di attentati a queste fondamentali libertà, se non uscissimo purtroppo da una dolorosa esperienza che ci ha detto che determinate dottrine moderne, sullo Stato e sulla concezione sociale hanno menomato e calpestato, diminuito del tutto i diritti della persona umana e sarebbe stato, eliminato del tutto i diritti della persona umana.*

Ecco perché "*è bene che i diritti della persona vengono definiti nella Costituzione per evitare che domani in una collisione fra la persona e lo Stato la persona non abbia la sufficiente garanzia dei suoi diritti, che sono diritti primari fondamentali*" e sulle libertà politiche afferma "*libertà di stampa, libertà di propaganda, libertà di pensiero, libertà di associazione libertà di religione…è stato detto che quella della Costituzione, mentre da un lato riconosce questo diritto alle libertà politiche, dall'altro, con le limitazioni che pone, in pratica restringe e menoma le libertà stesse… ma quando la libertà si riferisce alla propaganda, alla stampa, alla manifestazione comunque del pensiero umano nell'ambito sociale, quando cioè il pensiero dell'individuo va a trasferirsi negli altri membri delle società attraverso le manifestazioni pubbliche e allora è necessario che venga posto un limite chiaro e preciso per salvaguardare i beni morali della società, per impedire che l'uso di questa libertà possa pervertire le coscienze, portare al male … se questa libertà dovesse essere consentita per il male ... non potrebbe, non dovrebbe essere concessa. Perciò è bene che il limite ci sia e il limite è quello della morale, del buon costume, dell'ordine pubblico* ".

Ed avviandosi verso la conclusione è importante ricordare quanto l'onorevole Fusco (seduta del 28 marzo 1947) precisa con brevissime frasi una "verità", che sarà ripresa più avanti, che la Commissione al Titolo "libertà civili" aveva sostituito quello di

ISSN 2036-7821

"rapporti civili" perché le libertà civili erano espressione troppo indeterminata mentre la dizione "***rapporti civili*** *riconsacra, rinnova, rinverdisce la civiltà basata sul criterio della coesione, dell'associazionismo, dell'integrazione*".

Va rilevato, a conclusione della lunga esposizione degli interventi più significativi ai fini della presente indagine che il Presidente Terracini, prima di procedere all'approvazione degli articoli inclusi nel Primo Titolo (seduta del 10 aprile 1947) indica alcune coordinate che dovranno essere considerate ai fini dell'approvazione e fa notare che "*un semplice rinvio alla legge, senza che nella Costituzione siano indicati per lo meno i limiti entro cui il legislatore si può muovere, senza che nella Costituzione siano affermati i fondamenti della garanzia che devono essere date al cittadino sembra ancora oggi … una cosa impossibile. Sembra sia assolutamente da evitare dall'altro lato che si debba inserire nella Costituzione tutto ciò che riveste carattere di eccessiva particolarità, una disciplina integrale non può essere fatta nella Costituzione* "; è più oltre rileva che "*troviamo che quasi tutti i giuristi e comunque tutti coloro che si accingono a discutere e a vagliare norme in questo campo non riescono mai a distanziarsi da quelli che sono i testi e le forme tradizionali. E' quindi molto difficile incapsulare in questa formula una realtà nuova che abbraccia situazioni giuridiche e politiche e di fatto completamente diverse… è evidente quindi che oggi sono da ricercare formule rispondenti a questa esigenza di una società che non è più quella di un tempo*".

E così nella seduta del 14 aprile 1947 la Commissione procede all'esame dell'articolo 21 ed alla sua approvazione. È lecito trarre una prima conclusione rilevando come i rappresentanti dei vari orientamenti politici presenti in Commissione hanno aderito ai valori politici- ideologici inclusi nel Titolo I, se mai hanno a volte tentato di precisarli in termini più "generali" possibili in modo da non delimitare la futura competenza legislativa e soprattutto hanno provato a fissare meno limiti e/o condizioni alla esplicazione futura della vita politica successiva (del resto quest'ultimo aspetto è il frutto maturo del "compromesso", il quale tuttavia ha consentito di adottare la Costituzione) ed infatti in termini di approvazione della disposizione in esame la massima attenzione è stata portata quasi esclusivamente sui mezzi di conoscenza del diritto di esprimere il proprio pensiero, vale a dire sulla stampa, sulla radiofonia, appunto perché attraverso questi i partiti politici si assicuravano la propria "voce pubblica" specialmente in tempo di elezioni[5].

Pur riservandosi di ritornare sulla facoltà di esprimere liberamente il pensiero, è utile notare che anche questo diritto non viene assicurato in termini esclusivamente individualistici bensì in qualità di "rapporto", in altri termini di "relazione", poiché contiene una prospettiva relazionale, e relazionale verso chi se non verso la società (popolo sovrano) di cui ogni cittadino è componente di diritto, rapportandosi con gli altri componenti che concorrono a rendere sempre più possibile quello spirito di

[5] L'argomento è esposto più ampiamente nel mio lavoro già cit. nella nota 2

ISSN 2036-7821

solidarietà che facilita anche la facoltà di concorrere con gli altri nel maturare la politica della repubblica democratica (ecco che la farfalla abbandona il proprio bozzolo, vale a dire i meri interessi individuali, rapportandosi con la società). Ma allora si può anche desumere che il diritto in esame rientri perfettamente nella categoria dei diritti della persona sanciti e garantiti all'articolo 2 Cost. i quali, come è noto, sono "agganciati" ai doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale; in buona sostanza l'articolo 21 contiene la disciplina di un diritto il cui riconoscimento e la cui garanzia sono già previsti nei valori che formano la piattaforma su cui si regge la Repubblica democratica italiana, e se l'occasione lo richiede il legislatore può adottare una disciplina specifica come per ogni altro diritto rientrante nella categoria di quelli contemplati appunto nell'articolo 2 Cost. citato, come chi scrive ha avuto modo di rimarcare in un precedente lavoro.
Da ciò si deduce che la Carta costituzionale non contiene un vago decalogo di norme disparate (sul tipo di un Codice, o di un T.U.) bensì rivela una unitaria coerenza di disciplina organica tale che ogni norma conserva un collegamento organico con i valori fondanti, e questi illuminano per linee interne ogni altra norma, donde quel rapporto di reciproca funzionalizzazione di cui è parola nell'introduzione della presente indagine.

3. L'imperativo categorico che conforma l'esercizio dell'attività politica dei cittadini ai sensi dell'articolo 54 del titolo IV della Costituzione.
Al fine di chiarire perché chi scrive avverte la necessità di fare riferimento all'articolo 54 (ex articolo 50), essa è sorta dall'interrogativo se i soli limiti alla libertà di esprimere il proprio pensiero possano ritenersi quelli elencati nei commi dell'articolo 21 specialmente nei limiti condizionanti i mezzi di diffusione del pensiero, come stampa, sistemi radiofonici eccetera, anche in considerazione che la discussione in Commissione si è svolta soprattutto su di un siffatto aspetto, quindi non può considerarsi una digressione spostare l'attenzione sull'articolo qui citato, il quale sancisce il dovere di fedeltà alla Repubblica e di osservare la Costituzione e le leggi, che rientra tra i "doveri politici" di cui al Titolo IV.
A tal fine appare utile memorizzare alcune opinioni espresse in Commissione di approvazione del progetto di Costituzione[6]: *"bisogna dire qualcosa di più nell'interesse supremo della nazione e dello Stato repubblicano; cioè bisogna impedire a qualunque costo il sorgere di partiti che apparentemente possono dire di avere un metodo democratico, ma che in effetti non fanno che sostenere i metodi totalitari del passato regime. E' necessario impedire che il sorgere libero di certi partiti possa procurare enorme danno al nostro paese"* e più oltre *"quando i poteri pubblici, le libertà fondamentali e i diritti garantiti dalla Costituzione la*

[6] Sui riferimenti alla discussione contenuti nel testo cfr La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori, già cit., specificamente vol. III

ISSN 2036-7821

resistenza all'oppressione è diritto e dovere del cittadino… il diritto si trasforma in un dovere nei confronti delle collettività" (Preziosi, seduta del 20 maggio 1947).

E Giolitti (nella stessa seduta) afferma che "*l'intero titolo si presenta come un sistema coerente e bene equilibrato di diritti e doveri tali da soddisfare come non sempre avvenuto per i Titoli precedenti, bisogna riconoscerlo, anche un senso ed un gusto giuridico raffinato*" ... "*Al dovere dei cittadini di essere fedele alla Repubblica e alla Costituzione come sancisce il primo comma dell'articolo 50 (ora 54) deve corrispondere, proprio per il coerente equilibrio di diritti e di doveri felicemente raggiunto in questo Titolo, il diritto del cittadino di resistere alla violazione che venga perpetrata da parte dei pubblici poteri* ".

L'onorevole Condorelli, in ordine all'articolo 50 (ora 54) sostiene che "*questo articolo è prima di tutto superfluo ed inutile e poi è anche difettoso dal punto di vista dei termini usati*".

L'onorevole Merlin sull'articolo 50 (ora 54) afferma "*queste sono parole da fondersi nel bronzo e da scolpirsi sul marmo, parole che noi vorremmo penetrate così nella coscienza del nostro popolo da non doversi mai più discutere*".

L'articolo in esame passò all'approvazione della Commissione nella seduta del 23 maggio 1947 e l'aspetto più dibattuto è costituito sul dovere-diritto di "resistenza", dovere di ogni cittadino contro la prefigurabile violazione del regime democratico e l'onorevole Martino interviene affermando che "*non si oppone un'assoluta eccezione a che un concetto del genere venga affermato nell'articolo 50, ma intendo col mio emendamento giungere non alla soppressione del concetto ma ad una formulazione più precisa e più rispondente alla natura di una legge statutaria*" e più avanti "*Ecco perché credo che si debba sostituire la formula da me proposta, con essa infatti i diritti dei cittadini indicati nella prima parte della Costituzione verrebbero completati con i doveri, diritti e doveri, tra i quali questo formulato nell'articolo 50 secondo la dizione da me proposta, si integrerebbero tra loro presidiati dalla Corte Costituzionale, quale supremo organo per il regolamento di diritti e di doveri fra i cittadini e lo Stato*".

L'onorevole Colitto, sempre in tema di resistenza, afferma che "*la più recente dottrina giuspublicistica ha affermato che non esiste un diritto di resistenza che si possa porre a fianco degli altri diritti di libertà*". È bene ricordare che l'onorevole relatore (onorevole Merlin) precisa tra l'altro che "*la discussione di questo comma si parlerà in assemblea perché evidentemente la materia è connessa e potrà esaminare se proprio nella Corte Costituzionale non vi sia un rimedio ed una salvaguardia contro i pericoli un po' esagerati che si sono indicati*"; così il diritto di resistenza scompare dall'attenzione generale ed il relativo epitaffio è stato così scolpito "*naturalmente tutti gli argomenti del progetto presentano connessioni e interferenze fra di loro, e non ce ne può essere alcuna che presenti tale fisionomia che possa essere trattato isolatamente senza inconvenienti*" (onorevole Bozzi, seduta 28 maggio 1947).

È proprio questa rilevata "interferenza" che impedisce di considerare separatamente le singole disposizioni costituzionali, sottolineata peraltro dal Relatore del progetto, la quale deve riconoscersi come il "dovere" di cui al primo comma dell'articolo 54

ISSN 2036-7821

finisce per assumere il connotato di dovere generale e che svolge la sua azione di presenza in termini di prospettiva generale su ogni "diritto" elargito ai cittadini della Repubblica. Peraltro, perché la mancata adozione, per ragioni in parte condivisibili, del diritto di "resistenza" rende un tale "dovere di fedeltà" (per così dire) maggiormente imperativo in forza del quale è lecito valutare se il concreto esercizio di un diritto di libertà sia o meno idoneo a consolidare il regime repubblicano adottato dalla Costituzione ovvero è diretto ad introdurre modificazione di regime.
In altri termini un siffatto dovere, oltre alle altre fattispecie come il ricorso alla Corte Costituzionale, alla petizione, al referendum abrogativo, alla presentazione di iniziativa legislativa[7], è teso a conformare il comportamento personale di ogni componente del popolo sovrano, vale a dire dello Stato comunità che incede nello Stato ordinamento istituzionale. E perciò se i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali garantite dall'articolo 2 Cost., devono essere esercitati con il rispetto dei doveri di solidarietà questi ultimi possono considerarsi violati (anzi devono così essere giudicati) se il loro esercizio procede in contrasto al dovere "politico generale" della fedeltà alla Repubblica e della Costituzione, e sotto questo angolo di osservazione anche la planimetria dei doveri previsti nell'articolo 2 Cost. assume una propria risonanza giuridica, ponendo ancora una volta il reciproco rapporto di funzionalizzazione, come si è messo in evidenza più sopra.

4. Breve conclusione.

Dalla complessiva esposizione dei maggiori tratti argomentativi della tematica fin qui esaminata si può già agevolmente desumere il punto di approdo, tuttavia al fine di sgombrare il campo da ogni ulteriore dubbio si preferisce ritornare in termini ancora più riassuntivi sulla conclusione che si può onestamente desumere e politicamente sostenersi.
Ed allora appare opportuno fissare l'attenzione sulla configurazione delle libertà secondo la disciplina costituzionale, quindi in termini concettuali. Si può ben sostenere che secondo la vigente Costituzione le libertà, conformemente alle moderne società democratiche, sono state riconosciute ad ogni persona con inderogabile esigenza di ordine pubblico e di solidarietà al fine di partecipare all'esercizio del potere politico, determinante la condizione dell'uomo che vive in una società ispirata a tale principio e che informa perciò la stessa società.
Cosicchè si tratta non più di libertà cosiddette negative intese a segnare uno spazio di azione individualistico, giusnaturalistico (come si è già scritto una volta, dell'uomo selvaggio nella giungla nera), bensì di libertà positive che legittimano la persona ad assumere il comportamento valutato conveniente anche al fine di collaborare

[7] In argomento cfr già G. Palma, Anche al "distinto" apparato burocratico pubblico si impone il dovere di fedeltà alla Repubblica, ripub. in Studi sul "distinto" apparato di Amministrazione pubblica, Giappichelli Ed. 1921, 77 ss.

ISSN 2036-7821

positivamente e quindi in modo solidale alla vita "politica" della società di cui è riconosciuto componente, di modo che detta società può avviarsi a divenire una "comunità" (ecco che l'uomo selvaggio si abitua nel bosco tutelato dal potere politico e anche da lui determinato).

Ed infatti a quanto pare è questa "filosofia" che può desumersi dai primi articoli della Carta e, per quanto qui interessa, dall'articolo 2 che non fa mistero che la garanzia dei diritti inderogabili dell'uomo sono funzionalmente connessi ai doveri di solidarietà politica, economica e sociale. Ma una siffatta impostazione generale appare maggiormente percepibile e maggiormente condivisibile ove l'attenzione venga spostata dalla singola disposizione sui lavori di approvazione del progetto di Costituzione, nei quali le singole prospettive politiche e ideologiche, sebbene il compromesso raggiunto (o, se si vuole, temuto), sopravanzarono la volontà di adottare, seppur emblematicamente, i valori fondanti della Repubblica "sociale" (quindi democratica).

Senonché queste disposizioni non hanno avuto finora la fortuna di esplicare la rispettiva forza giuridica perché si è diffusa l'opinione che esse avessero bisogno dell'intermediazione legislativa e si è lasciato che il regime della cosiddetta "effettività" continuasse a tenere in vita il regime precedente. D'altro canto è caduto nel vuoto quanto Ruini preciso, che "*si può ricongiungere ai principi ideali in base ai quali risorge e si avvia a forme nuove la democrazia* italiana" e in materia dei diritti e dei doveri *"fissano i principi generali ispiratori di tutta la Costituzione* ".

E non è altrettanto superfluo, ai fini della conclusione della presente indagine, precisare cosa debba intendersi per "pensiero" di cui ogni cittadino ha il diritto di manifestare, perché esso non può consistere in una mera manifestazione di tono (per così dire) letterario o che ha per oggetto la manifestazione di un proprio sentimento o di una falsa notizia, che in questo periodo sembrano abbondare anche sul terreno pseudo-politico, ovvero ciò che la mente umana concepisce intorno ad un oggetto o che è suscitato da un qualsiasi fatto, bensì frutto di riflessione, meditazione, processo mentale relativo ad un problema che si connota per i suoi riflessi sul piano politico e, se si vuole, di critica politica; quest'ultima è più che consentita se si considera il dovere di concorrere e di collaborare alla vita politica generale, nella misura però che non sia diretta esplicitamente o implicitamente a propagandare regimi giuridici e istituzionali differenti da quello consacrato nella vigente Costituzione, ed il riferimento non è soltanto a quello generalmente definito fascista (a questo, come già rilevato, provvede la norma transitoria XII) ma ad ogni altra forma di regime istituzionale, come ad esempio sovranismo, corporativismo, nazionalismo, cesarismo, populismo, totalitarismo, ecc...

Perché tali regimi si mostrano di per sé modificativi del regime democratico con la conseguenza che di per sé violano il dovere di fedeltà alla Repubblica ed di osservanza della Costituzione di cui all'articolo 54 Cost.. E, se ci si muove ancora una

ISSN 2036-7821

volta in prospettiva di quanto fin qui dimostrato circa la natura di dovere politico generale spettante all'articolo 54 Cost., allora è facile dedurre che questi ultimi "pensieri" vadano in un qualche modo sanzionati e nei limiti del possibile impediti, ed impedire la loro divulgazione rientra nella competenza legislativa in quanto diretti a sovvertire il regime democratico della Repubblica.

Va subito introdotta una precisazione di grande profilo, e cioè quanto testé precisato non intende disconoscere che le differenti culture politiche presenti in Parlamento non possano disciplinare i doveri imposti dalla Costituzione in termini (a così dire) più ristretti ovvero più larghi secondo le maggioranze esistenti, perché ciò rientra nel normale metodo democratico, ma un tale modo di procedere non può e non deve essere praticato nei confronti del rispetto del dovere generale politico di cui è parola, che è diretto ad impedire la "dissoluzione" della vita democratica, se non altro la sua "involuzione".

D'altro canto un analogo discorso potrebbe essere esteso in tema di diritto alla salute, in ordine al quale molti intendono la libertà come il diritto di poter infettare i soggetti della comunità sociale, o in tema di libera iniziativa economica, il cui dovere di rispettare l'utilità sociale dovrebbe quantomeno ricomprendere il rispetto della incolumità dei dipendenti (lavoratori), ma occorre arrendersi ancora innanzi a quel criterio dell'effettività che continua a resistere anche in presenza delle modifiche che il tempo storico-politico ha finora prodotto nella realtà sociale.

Come si può dedurre, in ultima analisi, il dovere di fedeltà alla Repubblica e di osservare la Costituzione si manifesta tutt'altro che un mero dovere morale, con il valore cioè di costituire solo un elemento della "coscienza individuale".

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La protezione della salute personale (articolo 32 Cost.), in qualità di coefficiente politico (con risonanza giuridica) della sistematica dei valori costituzionali è funzionalmente diretta (anche) a garantire il ruolo spettante ad ogni componente del "popolo sovrano" di poter concorrere alla formazione della volontà generale.

di Giuseppe Palma

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

Sommario

1. Incipt 2. Continuazione 3. Prospettazione della tesi ricostruttiva.

Abstract

There is a need to prevent any doubts relating to the exact delineation of the investigation undertaken as, as specified in the title, it aims to investigate the potential in perspective of the provision on the right to health of the individual also as an interest of the collectivity (article 32, 1st Const.), consequently it does not intend to retrace the "ancient scales" of the purely literal illustration that it surpassed after the first readings then proposed (some more direct to clarify the content to be attributed also in terms of scientific health knowledge) and consequently does not intend to take the cue from the disputes in the square, which for certain profiles seem to want to evolve in the statute of new political formations.

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

ISSN 2036-7821

1. Incipit.

Si avverte l'esigenza di prevenire ogni dubbio relativo alla esatta delineazione dell'indagine intrapresa per quanto, come si è precisato nella intitolazione, essa si pone lo scopo di indagare la potenzialità in prospettiva della disposizione sul diritto alla salute del singolo anche come interesse della collettività (articolo 32, I° Cost.), in conseguenza essa non intende ripercorrere le "scale antiche" della illustrazione meramente letterale che ha sopravanzato dopo le prime letture allora prospettate (alcune più dirette a precisare il contenuto da dover attribuire anche in termini di conoscenze scientifiche sanitarie) ed in conseguenza non intende prendere lo spunto dalle contestazioni di piazza, le quali per certi profili sembrano voler evolvere nello statuto di nuove formazioni politiche. Anche perché un siffatto profilo non è del tutto sconosciuto nella concreta esperienza di decenni orsono quando, in materia di obbligo di vaccinazione dei bambini, furono sollevate molte questioni circa la legittimità della legge, la quale non aveva previsto il diritto al risarcimento dei danni conseguenti ad alcuni vaccini somministrati.

Cosicché, l'indagine intrapresa intende aprire una prospettiva, come si è accennato, secondo cui la disposizione in esame nel suo significato per così dire "costituzionalmente orientato" si inserisca (o meno) nella platea dei coefficienti politico ideologici adottati nei primi 3 articoli della Costituzione.

A tal proposito, si ricorda che sin dalla monografia sul contenuto della proprietà, ai sensi dell'articolo 42 Cost.[1], veniva adottato un approccio (ante litteram) orientato costituzionalmente, che, non compreso, consentì ad un autorevole costituzionalista di non apprezzare lo stesso, ma, pur con "gusti diversi", ciò non diminuisce la rilevanza dell'intuizione. Tuttavia, fu una corretta critica tecnico-giuridica?

La conseguenza, pervero, fu che la tesi ivi sostenuta è stata sostanzialmente obliterata. Non diversamente con riferimento alla cosiddetta proprietà pubblica[2], un autorevole cultore di diritto pubblico espresse la difficoltà di non capire l'autore cosa mai intendesse sostenere; ma l'arcano era facile a spiegarsi, poiché chi scrive aveva ricordato le difficoltà incontrate dai chiarissimi estensori del Codice Civile in ordine al demanio, il quale, essendo inalienabile, risultava difficilmente configurabile come proprietà e si lasciò la denominazione di "beni pubblici" e chi scrive la definì proprietà oggettivamente pubblica, una moderna proprietà collettiva (del resto la proprietà collettiva esisteva ed esiste, come ad esempio il maso chiuso anche se non ha avuto l'onore della menzione codicistica); i codificatori ebbero minori dubbi in tema di beni indisponibili, definiti da chi scrive "proprietà soggettivamente pubblica" in conseguenza della loro specifica disciplina, in forza della quale una volta declassati rientrano pienamente nel regime della alienabilità.

[1] G. Palma, Beni di interesse pubblico a contenuto della proprietà (Napoli 1971) ora nella ristampa per i tipi della Giappichelli, Torino 2019 con prefazione

[2] G. Palma, Il regime della proprietà pubblica (con la collaborazione di G. Terracciano) UTET 1999

ISSN 2036-7821

D'altro canto, anche in alcuni manuali di diritto pubblico si legge che l'A. ben conosce l'autorevolezza di coloro che invitano ad aprire nuovi orizzonti di ricostruzione giuridica (cit. ad esempio M.S. Giannini, Mortati), ma egli conclude che il sistema amministrativo è quello in precedenza descritto nel manuale. Una siffatta prospettiva ha potuto forse introdurre il distanziamento fra le aree disciplinari, ma su questo specifico aspetto si tornerà più avanti.

In conclusione, l'indagine intrapresa è una sorta di continuazione del sistema interpretativo adottato da tempo, da ultimo in tema di diritto di esprimere il proprio pensiero[3], e quindi una sorta di ulteriore conferma e precisazione della metodologia adottata.

Essa può così essere riassunta: consiglia di rileggere la singola disposizione, oggetto di indagine, non nella formulazione conseguita nell'ambito dell'Assemblea Costituente, bensì risalendo ai lavori e discussioni svoltesi nell'ambito della Commissione Parlamentare di approvazione del progetto di Costituzione, e ciò al fine di porre in luce i vari profili politico-ideologici espressi in tale sede, poiché in Assemblea costituente risultano prevalenti ragioni di interventi soprattutto tecnico-giuridici.

Nella prima sede citata si può desumere il vero "compromesso" che le dieci differenti formazioni politiche raggiunsero nell'adozione dei principi e valori costituzionali, laddove l'apporto dei giuristi presenti ebbe maggiore rilevanza nella successiva sede dell'Assemblea Costituente (le cd. truppe cammellate, come da me definite). Anzi, va aggiunto che i suddetti valori (coefficienti) ideologici si tentò di includerli in un "preambolo", ma l'operazione non ebbe buon esito, cosicché non rimase che ricorrere ai citati compromessi (essi vengono in più di una occasione esplicitamente dichiarati), i quali in molte occasioni indussero all'adozione di disposizione emblematiche, prive di ulteriori e più specifici "attributi". Ma il risultato è stato comunque conseguito e cioè di avere adottato e consacrato i valori fondazionali della Repubblica.

Va subito aggiunto che le differenti (dieci) formazioni politico-partitiche perseguirono lo scopo di evitare che le norme adottate alla fine contenessero più specifiche linee di disciplina, al fine di non condizionare eccessivamente il successivo intervento legislativo-parlamentare, scopo che si imposero i tecnico-giuridici in sede di Assemblea.

Da quanto premesso si può in parte spiegare l'atteggiamento in seguito subentrato di considerare che (specialmente) i primi tre articoli della prima parte della Carta avrebbero potuto esplicare la loro azione di presenza soltanto in forza di una legge futura, il che ha suggestionato notevolmente la lettura di singole distaccate

[3] L'attuale ambito di esercizio del diritto del cittadino di esprimere liberamente il proprio pensiero (art. 21 Cost.), ecc. di prossima pubblicazione

ISSN 2036-7821

disposizioni della platea fondazionale e neppure alcune importanti "indicazioni" espresse nel tempo dalla Corte Costituzionale (specialmente con la subentrata valutazione di seconda generazione, così da chi scrive definita) sono state a volte neglette, come ad esempio, il richiamo in materia di diritti riconosciuti ai cittadini (sovrani) (come in materia di diritto alla salute, il diritto di esprimere liberamente il proprio pensiero) ai diritti di cui all'articolo 2 Cost, donde il progressivo distanziamento della cultura costituzionale.

È vero, e va subito avvertito, che le condizioni politiche conseguenti alla "distruzione" degli eventi bellici del Paese non consigliavano (per così dire) di andare per il sottile, e si pensò piuttosto a ricostruire il Paese ed a tal fine si preferiva formare la compagine governativa la più ampia possibile al fine di realizzare nel tempo larghi interventi economici e sociali. Ma il lato negativo (forse non ovviabile) fu che la maggioranza si raggiunse quasi sempre con l'aggregazione di formazioni partitiche di stampo liberale (ed anche di peggio), che assicuravano la loro fiducia al governo nei limiti della cosiddetta "effettività", vale a dire la continuazione del regime politico vigente negli ultimi anni della democrazia statutaria.

Ma l'interrogativo da porre sembra essere il seguente: è ancora giustificato un siffatto clima politico quando si avvertono diffusi "fermenti" sociali di tonalità solidale, come ad esempio nelle periferie delle grandi conurbazioni (vedi i cosiddetti diritti di cittadinanza, il soccorso solidaristico in occasione della pandemia, eccetera), donde la causa reazionaria di alcune organizzazioni? Chi scrive pensa di no, ancorché una generale crisi della democrazia va estendendosi negli ultimi tempi (che sia procurata dalla violenta modifica del regime climatologico?). Si può ritenere che una tale "mistificante" situazione non possa e non debba costituire un ostacolo alla "libertà di insegnamento" e che un vero ricercatore non può ritirarsi nella torre eburnea ed aspettare che la tempesta sia passata per rallegrarsi al canto degli uccelli che fanno festa.

2. Continuazione.

Ed allora occorre riprendere l'itinerario della ricerca in "scienza giuridica", nel tentativo di penetrare nella profondità della cultura giuridica che ha accompagnato (causa ed effetto al tempo stesso) una così lunga pausa meditativa. Ed occorre a tal fine porre in evidenza che la cultura giuridica, la quale favoriva la prospettiva che il Parlamento non fosse costretto ad introdurre notevoli modifiche al regime giuridico preesistente e che quindi "connaturava" la cultura giuridica diffusa radicata nella cultura paleo-civilistica, consigliava di non dover introdurre notevoli variazioni al corpus codicistico. A tal fine si ricordi l'autorevole osservazione critica di Lipari secondo cui all'inizio si è ritenuto che la Costituzione non si applicasse alla disciplina codicistica.

ISSN 2036-7821

Del resto si può ben affermare che nel momento storico nel quale il "castello" del borgo comincia a dismettere il suo significato di sede del potere "signorile" per tramutarsi in fortificazione a difesa del contado, e pertanto l'attenzione viene lentamente trasferita sulla "società", si potenzia il diritto paleo/civilistico ed il Romagnosi pone in evidenza (ed il Maestro dei maestri non smetteva di consigliare ai giovani ricercatori di studiarlo) che "*a questo ordine si pretende di rispettare e far rispettare i diritti scambievoli dei cittadini e servire allo stesso tempo ai rapporti delle sociali esigenze successivamente industriale e commerciale. Conservare, ottemperare, rispettare e far rispettare gli scambievoli diritti di proprietà, di libertà e di sicurezza tanto verso i privati quanto verso la comunanza; esigere certi uffici a pro della collettiva produzione agraria industriale e commerciale, ecc.*"[4].

D'altronde è ben noto che la cultura civilistica italiana si è mossa sin dall'origine sugli studi ben sviluppati della dottrina francese; questa viene costantemente consultata e tradotta in Italia, come ad esempio il Corso di diritto civile francese (1820), nella prefazione del quale rilevasi che "*una legislazione imparziale comune a tutte le classi della società non sarebbe stato un imperativo per i nostri padri; imperciocchè se una sentenza è più vera di quella che le leggi private sono sotto la protezione tutelare del pubblico diritto..... per le contrarie ragioni, ove per la forza del tempo sia per valore della Provvidenza avvenga che la società e la sovranità riacquistano i titoli loro, l'uno e l'altra sentenza bentosto la necessità di una comune garanzia; e questa non può aversi che un corpo di leggi imparziali l'intimazione delle quali sia certa, i precetti giusti, l'esecuzione comoda e che coincidendo con le forme sociali e rispettando egualmente i diritti di tutti mirano a fondare le virtù pubbliche nel cuore dei popoli*"[5].

Si prenda ancora in considerazione l'opinione espressa nel 1853 da Marini *su "diritto del Regno delle due Sicilie*"[6] *"e per fermo la costituzione di un popolo non è che l'espressione dei suoi bisogni, dei suoi desideri, dei suoi costumi, delle sue abitudini, delle sue tendenze, delle sue virtù..... e in questo abito fisico e morale creato lentamente..... (ed in questo che) essi bramano di essere governati da leggi di un principato dolce largo e civile, cui da tre secoli aspirano di essere governati*".

Va conclusivamente sottolineato come l'insieme delle vicende storiche vissute con rilevante approfondimento vengano "incanalate" alla fine nel ben noto e diffuso Codice napoleonico, il quale diviene lentamente come lo statuto tipo di ogni componente della società, in materia di diritti, di facoltà dell'agire libero di ogni soggetto-individuo, che pertanto può rivendicare liberamente i diritti in esso previsti e garantiti solo e se lo desiderano e quando lo ritengano opportuno: di qui il diffondersi del concetto di libertà negative di essenza giusnaturalistica. E se si nota, altresì, che detto corpus normativo non presumeva la preesistenza di un atto di tono

[4] Cfr. G.D.Romagnosi, Firenze 1844, Acque nella reale economia, pag. 2
[5] Cfr. anche Corso del diritto civile francese di Toullices, Napoli 1823
[6] Cfr. G. Marini, Diritto pubblico e privato, Napoli, 1853

ISSN 2036-7821

fondativo, sul tipo di un atto costituzionale che avrebbe potuto in qualche modo "condizionare" la disciplina codicistica (in conseguenza i diritti e le libertà di impresa, di commercio, ecc. erano da interpretarsi e da garantire così come disciplinati dal codice), si può pienamente comprendere come anche l'opinione culturale, oltre ovviamente politica, militarono a favore di una siffatta impostazione al fine di escludere che il legislatore fosse costretto ad intervenire con modificazioni sulla disciplina codicistica (peraltro riveduta e corretta appena nel 1942).
Donde la difficoltà che la Costituzione potesse filtrare anche a livello di statuto del cittadino dai nobili lignaggi e di qui il lento eclissarsi o se si preferisce l'attenuarsi della cultura costituzionale, ritenuta dalla politica (se mai) non di urgente attuazione perché la vita della società veniva comunque (e per alcuni sufficientemente) disciplinata dal Codice civile e di qui il conseguente sopravanzare di procedere all'interpretazione di ogni singola norma, la quale peraltro impiegava termini già ampiamente studiati nella precedente dottrina. Ma su questo nucleo argomentativo occorre sia pur brevemente "spendere" l'attenzione, poiché per chi scrive costituisce una sorta di spartiacque della cultura democratica ed occorre portare lo sguardo sull'esatto valore fondativo della Prima parte del testo costituzionale.
Nel procedere insistentemente sulla metodologia di interpretazione del citato settore chi scrive si è sempre più convinto che la Prima parte (quindi inclusi 3 primi articoli e i successivi V Titoli) non costituisce una riserva di caccia (e/o indiana) di "ricercatori di uno specifico profilo della "scienza giuridica", con la conseguenza che soltanto a questi è legittimato frequentarla, poiché proprio dalla frequentazione dei lavori della Commissione parlamentare di approvazione del testo costituzionale si può desumere a chiare lettere che tale Commissione si esprimeva nel senso che i Titoli approvati (sempre in termini di compromesso in precedenza ricordato) come ed in qualità di "**direttive**" imposte al legislatore futuro, il quale (sempre che si possa concordare sul significato di "direttiva") avrebbe assunto il compito (politicamente ampio e discrezionale) di completare la disciplina (in altri termini il relativo regime giuridico) degli istituti in essi previsti in modo funzionale ai valori (coefficienti politico-ideologici) di cui ai primi tre articoli della Costituzione. In conseguenza, lo studio e l'interpretazione della Prima parte è ben lungi da poter essere ritenuta un'area culturale riservata alla frequentazione di una particolare categoria di ricercatori, perché essa costituisce e rivendica perciò che ogni componente dell'aria di scienza giuridica debba e voglia interessarsene - ripeto e sottolineo da parte di ogni ricercatore che si dedica alla scienza giuridica -, cosicché la prima parte rappresenta e costituisce la premessa giuridica, o, se si preferisce, contiene e fissa i presupposti utili e necessari alla delineazione della "teoria generale", momento fondazionale dell'ordinamento generale (sarei tentato di impiegare "universale" della Repubblica democratica).

ISSN 2036-7821

E come si sa, la teoria generale include la conoscenza di valori ideologici, filosofici e politici[7]. Il rammarico è dato però dal rilievo che tale "difficile" prospettiva di studi risulta lentamente emarginata. E su questo complessivo rilievo che si fonda la metodologia interpretativa sempre adottata. Ed a tal fine si procede ad una semplice osservazione rilevando che quando il legislatore pone mano a realizzare la funzionalizzazione di uno degli istituti inseriti in un qualsiasi Titolo della prima Parte, funzionalizzandolo ai valori (coefficienti) consacrati nei primi tre articoli, la legge adottata si riversa " direttamente " (e non può essere diversamente) sull'apparato di pubblica amministrazione che è chiamato ad assicurare i diritti che dalla legge discendono a vantaggio del cittadino (ovvero assicurare gli oneri e gli obblighi a quest'ultimo imposti).

In conclusione, non vi è alcuna privativa di nessuna cultura specifica che possa rivendicare una sorta di primogenitura (specie nel presente periodo di una operata e forzata distanza dalla cultura costituzionale).

Si vuole chiudere il presente incipit con il ricordare (proprio in materia sanitaria) che la febbre è soltanto il sintomo di una malattia, per cui l'effervescenza inconsulta delle piazze costituisce solo la febbre, ma la malattia sembra connotare la stessa democrazia ed a tal proposito sembra che l'ombra minacciosa di un asteroide si rifletta sulla democrazia e tale asteroide consiste nella profonda crisi economica che sembra interessare molti Paesi, ma che da noi forse si mostra ancora più difficile perché non prevista negli ultimi anni dalla politica al governo. In conseguenza, l'opinione pubblica è distratta dal continuo esporre dei matematici, i quali vorrebbero esprimersi in molte occasioni come le storiche e famose figure dei primi studiosi della matematica, che erano anche studiosi di filosofia, i quali però non conoscono il diffuso relativismo della conoscenza (né ad esempio la fisica quantistica), che consiglierebbe una tendenza ad associarsi nell'ambito della scienza[8], e, invece, essi si limitano a formulare algoritmi con lo scopo di sollevare le drammatiche condizioni economiche di parte della società "sovrana": ma una tale impostazione può essere utile anche a "sanare" la sospettata malattia del regime democratico?

A chi scrive sono sorti forti dubbi, poiché la democrazia non si può curare con gli algoritmi, bensì con il sollecitare l'attenzione della società che si impegni maggiormente nel rivalutare i valori del vivere in "comunità" coesa e solidale e sfuggire all'attuale pausa di retrotopia. Ma la domanda da porsi parrebbe: non spetta anche (o soprattutto) al diritto, alla cultura giuridica, rinverdire la conoscenza della "speranza " che è strettamente connessa alla sana utopia del futuro? Ma se quanto si è qui sottolineato, come nell'attuale epoca storico-politica la scienza è

[7] Cfr. Teoria generale e scienza giuridica, di G. Laman Togna, in Enc. del diritto, Vol XLIV, 1992, pagg. 135 ss.
[8] Interessante leggere sul profilo tracciato le considerazioni di H. Le Tellier in L'Espresso del 5 dicembre 2021

ISSN 2036-7821

condizionata (anzi la ricerca scientifica) al principio della relatività della conoscenza, è ancora giustifica fissare confini nell'ambito della ricerca giuridica al fine di segnare zone di riserva culturale?

3. Si perviene così a prospettare una risoluzione all'interrogativo di cui all'intitolazione.

A tal fine, è bene rilevare subito come il primo approccio al tema è stato quello di definire, starei per dire onomatopeico, il diritto alla salute come un diritto sociale, e di per se era più che naturale che venisse posto in evidenza come tale diritto fosse esercitabile anche "nell'interesse della società" (vedi art. 32 cost.).

D'altro canto, era anche opportuno che venisse posto in evidenza, sulla falsariga di quanto in precedenza premesso, come, per effetto del precedente periodo giuridico-storico, la "società" e cioè il popolo si era progressivamente "imposto" all'attenzione dei titolari del potere pubblico in tutti i regimi affermatisi, e quindi non si poteva mai dubitare che questi ultimi non si curassero del "benessere" della società anche al fine di scongiurare il sorgere di orientamenti di opposizione.

Ad una tale esposizione (con intenzione anche ricostruttiva) subito si contrappose (per così dire) il solito "giudizio universale", perché molto diffuso, che nella specie trattavasi di libertà negativa (si ricordi il sopraggiunto periodo paleo/civilista), il quale però era teso a relativizzare il secondo comma dell'articolo 32. E pure, come si è in precedenza posto in evidenza, veniva in parte obliterato che la Corte Costituzionale, sia pure per inciso, aveva accennato ai diritti fondamentali di cui all'articolo 2 della Costituzione (in altri termini configurabili come diritti della persona). Ma la prospettiva non ebbe l'opportunità di imporsi all'attenzione degli studiosi, perché concordi nel condividere la natura meramente programmatica dei primi articoli della Carta ed in questa stessa "aura giuridica e politica" venne incluso anche l'articolo in esame, definendolo "norma programmatica", nel senso che spettasse al Parlamento in concreto "attuarla". È da riconoscere, però, che un siffatto orientamento non intendesse aggiungere nulla di nuovo (perché come si è più volte messo in evidenza la Costituzione non è un Codice, né un T.U.), in quanto che è implicito che sia il Parlamento a provvedere ad una tale attuazione (ove lo riconosca necessario); ma l'interrogativo da porre è: secondo quale prospettiva valoriale? Senonché, l'attenzione più comune è consistita nella individuazione dei confini reali della materia sanitaria in consonanza dello sviluppo scientifico, includendovi come si sa, anche l'ambiente salubre.

Eppure, come già menzionato nel 1992 (sentenza numero 307) la Corte costituzionale ha proceduto a configurare il diritto in esame come "diritto fondamentale" (cfr. anche la sentenza n. 258 del 1994). Ed anche nella più recente sentenza numero 5 del 2018 (che assume il connotato di una monografia), si sostiene che il diritto alla salute è *"a propria volta riflesso del fondamentale principio personalistico -articolo 2 Cost.-* ".

ISSN 2036-7821

Risulta, quindi, aperta la prospettiva valoriale sulla quale si tornerà a breve; d'altro canto essa può ben rientrare nello scopo di attribuire significato a quella "formula" di interpretazione costituzionalmente orientata, sulla quale ci si è soffermati in precedenza, la quale peraltro deve anche conformarsi al principio secondo cui le "disposizioni costituzionali" subiscono l'effetto della situazione storica-politica (vedi sentenza numero 74 del 1958).

Va però introdotta una precisazione: si può rilevare come "il compromesso" raggiunto in sede di approvazione del progetto di Costituzione tra le formazioni politiche, e che in certi limiti e condizioni consentì però l'approvazione della Carta, si sia ristabilito tra le composizioni politico-partitiche anche nella fase in cui le forze parlamentari sono state chiamate alla sua concreta attuazione ed il risultato che è dato evidenziare è tutt'altro che positivo, costituendo a volte un ostacolo al reciproco apporto nell'adozione di una decisione, che a volte è causa del frequente trasferimento del personale politico da un gruppo ad un'altro, frutto del compromesso portato avanti sino al punto del non ritorno; e ci si può ancora interrogare se non sia questa situazione che rappresenta "la malattia" della democrazia attuale ricordata in precedenza (la cd. Transumanza, come si è definita in altra occasione).

Occorre ritornare sull'ordine argomentato, più sopra anticipato, circa il rapporto funzionale che si è progressivamente maturato tra la politica di governo di qualsiasi regime e il benessere-sanità dei componenti della società da questi praticata. In proposito va subito posto in risalto, in termini giuridico-storici, che lo Stato unificato non ha escluso di portare l'attenzione del potere pubblico sul grave problema dell'igiene e sanità (cfr. la legge del 1865), il quale, in parte trascurato nello Stato piemontese, ma anche preoccupante per le condizioni in materia negli Stati preunitari, richiedeva ed imponeva alla politica di intervenire anche in considerazione del grado non certo lusinghiero della scienza medica (si poneva in risalto il numero dei morti, ad esempio, causati dalla peste). Però, pur preoccupandosi dell'intervento igienico-sanitario, non venne assunto dall'apparato burocratico statale ma lasciato alla gestione delle autonomie locali ed in parte ad iniziative private soprattutto a carattere caritatevole e religiose.

Non è consentito riprendere in questa sede quanto esposto da chi scrive in una precedente monografia[9], tuttavia devesi mettere in risalto che il servizio sanitario (anche a titolo gratuito per i poveri) era affidato all'esercizio dell'attività locale (si ricordi il cosiddetto armadio sanitario, le cosiddette condotte sanitarie, ecc,), sotto però la vigilanza del Ministro degli interni e suoi sottoposti gerarchicamente prefetti (allora presidenti dell'ente Provincia). È vero che si ricordasse a volte l'importanza di

[9] Cfr G.Palma, Indirizzo politico, statale e autonomia comunale, tratti di una parabola concettuale , Napoli 1982 ed ora Ristampa per i tipi della Giappichelli, Torino 2021, con prefazione ed appendice

ISSN 2036-7821

provvedere ad evitare che la malattia si abbattesse sugli operai, però la prospettiva logico-funzionale nella quale si rimase fedele era quella dell'ordine pubblico, che si temeva come possibile causa di interruzione della "serenità" sociale.
È vero anche che sono registrabili in questo periodo, e maggiormente con il progressivo evolversi del regime in democrazia liberale, più tentativi di introdurre in materia alcune modifiche, ma esse vennero più motivate in ragione di adeguare l'intervento sanitario al progredire delle scoperte della relativa scienza e non a modificare la relativa impostazione ideologica, anzi favorendo sempre più in materia l'intervento privato (non si dimentichi che nello stesso periodo il cittadino che volesse stabilirsi in una differente città doveva dimostrare che in questa avesse una fonte di reddito e ciò sempre nella prospettiva di garantire l'ordine pubblico).
Orbene, se si rivolge l'attenzione sulle linee generali della problematica sanitaria, si può rilevare che alcune di queste non sono profondamente mutate in seguito all'adozione della Costituzione; infatti è facile notare (quanto meno) la rassomiglianza di alcuni interventi nella "Commissione parlamentare" di approvazione del progetto teso a riconoscere il diritto alla salute strettamente legato alla posizione di lavoratore (così come si sosteneva per l'articolo 36 Cost.), lo sforzo immane di tenere aggiornate le prestazioni sanitarie secondo le scoperte della scienza sempre più attiva in termini di scoperte. Ed anche la sistematica di organizzazione funzionale non è mutata molto; infatti, negli anni 90, prima con le USL, poi con le ASL, il servizio viene appostato nelle località, vale a dire in quelle più vicine alla società (ed è giusto), con l'esclusione del Ministro degli interni a favore del ministero tecnico della sanità e, a livello locale, al posto dell'organo prefettizio si sono conferiti ampi poteri alle Regioni; altri aspetti non pare che siano mutati molto, se viene posta l'attenzione dell'esistente fiume carsico che tenta sempre più di depotenziare la sanità pubblica a favore di iniziative private.
Invero, la discussione svolta in sede di approvazione del Titolo III si svolse fondamentalmente sulle disposizioni relative alla famiglia ed alla scuola, e pochi furono gli interventi sulla formazione dell'articolo 32. Tuttavia, al fine di predisporre le argomentazioni idonee per avviarsi verso la conclusione, conviene ricordare alcune opinioni espresse nella citata Commissione; "*La suprema legge della Repubblica, la suprema legge per la tutela di quel patrimonio fondamentale della Repubblica che è la tutela fisica dei cittadini. E allora affrontiamo il problema con il coraggio consapevole, meditato necessario, necessario e sufficiente per dire anche su questo problema una parola nuova e per mirare ad un ordinamento nuovo* ", e più oltre "*limitando la libertà e l'eguaglianza dei cittadini impedissero il completo sviluppo della persona umana*"; "*tutte le realizzazioni specie quelle di carattere sociale presuppongono due cose: una possibilità materiale in potenza e la volontà da parte di chi deve attuarle di volerle attuare (On. Camangi, seduta del 21 aprile 1947),* " *ho sentito che in questo articolo non possono essere considerati ne' diritti di libertà ne' diritti sociali. A me pare invece che sia intuitivo che le condizioni sanitarie della*

ISSN 2036-7821

popolazione devono essere considerate come realmente dei diritti sociali "..... "la salute è il primo requisito essenziale per la libertà dell'individuo. Un individuo malato o minorato nelle sue capacità fisiche o intellettuali indubbiamente non è più un uomo libero"; "oggi che tutti tendono alla solidarietà sociale non possiamo pensare ad una categoria di cittadini che siano considerati indigenti e che quindi continuano ad avere bisogno della carità, non c'è più carità c'è la solidarietà sociale "; "è questo principio anche di socialità che noi dobbiamo inserire nella futura etica del cittadino italiano"; "il miglioramento della salute fisica e morale dei cittadini"(onorevole Merighi, st. Seduta) . E l'onorevole Tupini, prima che la Commissione passasse alla votazione dell'articolo, precisa che "in fondo qui si tratta di un problema che è di natura amministrativa"(con riferimento al secondo comma).

Occorre, conclusivamente, interrogarsi allora se può ancora sostenersi che una siffatta prospettiva di azione in materia sanitaria voglia essere "funzionalizzata" a scopi di ordine pubblico, e ciò non appare certamente condivisibile e costringe a porre nel massimo valore costruttivo lo spunto prezioso contenuto in alcuni pronunciati della Suprema Corte all'articolo 2 Cost. e quindi ai diritti fondamentali, con annessi doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

È bene, però, anticipare un chiarimento circa l'impiego dell'aggettivo "etico-sociale" che si legge nella intitolazione del Titolo II oggetto della presente indagine e si può in proposito affermare che l'aggettivo "etico" nella sua lunga storia del relativo impiego (si richiami in proposito l'altrettanto lunga storia del "puritanesimo") ha perduto ogni incrostazione di origine morale-religiosa, per assumere una sua specifica accezione di impostazione essenzialmente politica e quindi di politica sociale. In conseguenza, sta ad indicare una prospettiva alla quale informare (ovvero a funzionalizzare, se si preferisce) la garanzia del riconoscimento di diritti fondamentali e dei connessi doveri del relativo esercizio. Si perviene così a far ritorno sulla planimetria dei coefficienti politici, ossia dei valori politico-ideologici terreno fondazionale della vigente Costituzione.

È bene ricordare ancora una volta quanto espresse Bozzi (seduta del 28 maggio 1947) che "*naturalmente tutti gli argomenti del progetto presentano connessioni e interferenze tra di loro e non ce ne può essere alcuna che presenti tale fisionomia che possa essere trattato isolatamente senza inconvenienti*". Ecco perché chi scrive suole definire le disposizioni costituzionali, soprattutto della prima parte, come bifronte, dappoiché risultano strettamente interconnesse (a dir così) sul piano funzionale con i sacri principi valoriali di cui ai primi tre articoli della Carta, i quali per volontà ideologico-politica sono da essere concretizzati mediante la realizzazione delle disposizioni e degli articoli previsti nei successivi Titoli: ecco chiarita la interconnessione funzionale, per così dire, per linee interne affidate al ruolo della politica parlamentare.

Conviene ricordare, altresì, che l'articolo 2 Cost. richiede l'adempimento dei doveri di solidarietà, ed il successivo articolo 3 pone alla Repubblica il dovere di assicurare ad ogni cittadino una perfetta uguaglianza al fine di garantire l'effettiva partecipazione

ISSN 2036-7821

all'organizzazione politica (economica e sociale) del Paese e, in termini più riassuntivi, alla formulazione della volontà politica generale, così che si possa prefigurare quale funzione debba essere assicurata con gli eventuali interventi parlamentari (o se si preferisce tra gli altri differenti interventi). Orbene se si considera che per "salute" si intende indicare il complesso delle condizioni fisiche di ogni individuo, allora è agevole dedurre che qualora un individuo non goda di una siffatta situazione è portato ad "estraniarsi" dal contesto della comunità nella quale è inserito, forse anche per il connesso sopraggiungere di un certo grado di squilibrio psicofisico, non trovando più interesse a considerare gli interessi sociali che la comunità esprime, con la conseguenza che si estranea da ogni tipo di partecipazione alla volontà generale (in concreto non è più uguale); ecco perché in Costituzione viene fissato e consacrato il compito della Repubblica di "assicurare" il diritto alla salute finalizzato appunto alla scopo di ristabilire le condizioni necessarie per un suo reinserimento nella comunità, vale a dire peraltro in quel popolo detentore della sovranità (e ciò non va dimenticato).

Se una tale conclusione è da condividersi, allora si può anche concordare come un siffatto impegno costituisca un compito di profonda essenza (etico-) sociale che i padri costituenti, in perfetta buona fede, hanno affidato alle forze politiche che si sarebbero distinte nella vita politica sopraggiunta, donde un interrogativo (l'ennesimo): si può essere dell'opinione che esse sono state in grado di assecondare una siffatta riposta fiducia? A tale interrogativo chi scrive non sa rispondere, ma in contrario avviso è dell'opinione che anche i cultori del diritto non sempre hanno mantenuto la barra diritta in tal senso ed hanno a volte tralasciato di contrapporsi al "distanziamento" dalla cultura costituzionale. Ma finché c'è vita politica c'è anche la speranza.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Automazione e processo amministrativo: una convivenza difficile?

di Gennaro Terracciano

(Professore Ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma "Foro Italico")

Abstract

The new regulations that came into force during the emergency period have significantly affected the doctrine and jurisprudence, in a first phase, on the risks and diminished guarantees of the so-called "Compulsory securitization" of the electronic administrative process, introduced by art. 84 of the D.L. n. March 17, 2020, n. 18 and, in a second phase, on the correct application of the principle of "mediated orality" in the so-called hearings. "Remotely", pursuant to Legislative Decree April 30, 2020, n. 28, of the following art. 25 of the D.L. n. 137/2020, as well as the further extension pursuant to art. 6 of the D.L. n. 44/2021.

This regime of 'attenuated' or 'mediated' by information technology found its fundamental ratio in a fully emergency context, but it seemed to be able to express, at system level, a trend towards an increasingly pervasive entry of ICT as necessary tools of operational aid in judicial activity.

This regime, however, also considering certain regulatory and operational dysfunctions, was overcome with the D.L. 21/09/2021, n. 127 and with the consequent Protocol of the Council of State of 20/07/2021, which showed a clear option for the return to the pre-pandemic regime of cross-examination in the presence.

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

ISSN 2036-7821

Le novelle normative entrate in vigore durante il periodo emergenziale hanno significativamente interessato la dottrina e la giurisprudenza, in una prima fase, sui rischi e sulle diminuite garanzie della c.d. "cartolarizzazione coatta" del processo amministrativo telematico, introdotta dall'art. 84 del D.L. n. 17 marzo 2020, n. 18 e, in una seconda fase, sulla corretta applicazione del principio di "oralità mediata" nelle udienze c.d. "da remoto", ai sensi del D.L. 30 aprile 2020, n. 28, del successivo art. 25 del D.L. n. 137/2020, nonché dell'ulteriore proroga di cui all'art. 6 del D.L. n. 44/2021.
Tale regime di oralità 'attenuata' o 'mediata' dall'informatica, ha trovato la sua *ratio* fondamentale in un contesto pienamente emergenziale, ma pareva poter esprimere, a livello di sistema, una tendenza verso un sempre più pervasivo ingresso delle ICT quali necessari strumenti di ausilio operativo nell'attività giurisdizionale.
Detto regime, però, considerate anche talune disfunzioni a livello regolatorio e operativo, è stato superato con il D.L. 21/09/2021, n. 127 e con il conseguente Protocollo del Consiglio di Stato del 20/07/2021, che ha mostrato una netta opzione per il ritorno al regime pre-pandemico del contraddittorio in presenza.
Orbene, senza volersi soffermare, come autorevoli studiosi hanno già fatto, sulle criticità e sui difficili rapporti tra principi di oralità e pubblicità delle udienze e virtualità del processo, è indubbio che questa esperienza ci pone, ancora una volta e ancora di più, di fronte all'esigenza di analizzare la difficile convivenza tra la pervasività dell'evoluzione tecnologica e la necessità di preservare l'umanizzazione del procedimento e del processo amministrativo.
Si avverte forte il rischio che la tendenziale disumanizzazione del processo presenti punti di tangenza con una giustizia predittiva, virtuale, automatica e a-valoriale, regolata da macchine e algoritmi che agiscono per mera riproduzione acritica dei precedenti, sottomettendo le istanze di giustizia e i principi dell'ordinamento giuridico (rischio già rilevato con riferimento alla previsione delle sentenze in forma semplificata).
Uno degli elementi di umanizzazione del processo è proprio l'interazione personale tra le parti processuali che consente al giudice, nella fase che precede la redazione del provvedimento, di gestire e 'dirigere' l'istruttoria e un contraddittorio non meramente cartolare, esaminando soggettivamente le contrapposte esigenze di tutela (soprattutto quanto alla tutela cautelare).
Queste esigenze di umanizzazione, che sono le principali contro-spinte all'affermazione della giustizia predittiva, ostacolata da un processo impostato, condotto e gestito dall'uomo, non possono, però, condurre all'estremo opposto di aprioristici atteggiamenti di chiusura nei confronti dell'intervento di sistemi algoritmici in sede giurisdizionale.
In altre parole, le preoccupazioni etiche di governabilità e controllabilità dei processi decisionali non deve generare pregiudiziali rifiuti di un'evoluzione tecnologica che,

ISSN 2036-7821

oramai, ha assunto un carattere pervasivo di ogni ambito dell'esistenza umana (a cui non può sottrarsi la giustizia).

Al fine di affrontare il problema a livello sistemico, è necessario, in primo luogo, tenere presente la *summa divisio* tra le procedure automatizzate in cui l'algoritmo è 'servente', ovvero è in grado di sistematizzare, raccogliere e rielaborare i dati al solo fine di agevolare la decisione umana e gli algoritmi di intelligenza artificiale 'forte', che sono in grado di auto-apprendere e di rappresentare autonomamente il processo decisionale, sostituendo, con funzione abduttiva, deduttiva e predittiva, la determinazione umana.

Gli algoritmi "forti", come detto, presentano un alto rischio di assenza di dominabilità, nel momento in cui il processo di continuo auto-apprendimento e di costante rielaborazione dei dati originariamente immessi nel sistema, determina il c.d. effetto *black-box* , generando una serie infinita di inferenze automatiche, sempre meno intellegibili, accessibili e sindacabili.

Orbene, la giurisprudenza amministrativa, soprattutto del Consiglio di Stato, dopo un iniziale *self-restraint*, valorizzando anche la normativa dettata dal C.A.D. e dal Regolamento UE sul GDPR nonché la *soft-law* a livello sovranazionale, ha mostrato una progressiva apertura (in particolare, nelle sentenze, sez. VI, nn. 2270/2019, 8472/2019 e, poi, 881/2020) nei confronti delle decisioni algoritmiche in sede di procedimento amministrativo, anche discrezionale.

Nella materia delle assunzioni e assegnazioni di docenti con procedure automatizzate (ai sensi del Piano della c.d. Buona Scuola di cui alla L. n. 107/2015) il Consiglio di Stato ha stabilito i limiti e condizioni di ammissibilità della decisione automatizzata in ambito amministrativo, individuati nella conoscibilità/trasparenza/accessibilità del procedimento; nella non esclusività e dominabilità umana della decisione; nella non discriminatorietà dei dati immessi nel sistema.

Non si rinvengono, però, un'analoga riflessione e analoghe prese di posizione con riguardo ai processi di automazione decisoria in sede giurisdizionale.

In primo luogo, anche in sede processuale occorre distinguere tra strumenti informatici di mero ausilio nel processo decisorio, che intervengono nella conduzione della fase istruttoria e del contraddittorio, e strutture algoritmiche in grado di sostituire integralmente la decisione umana.

A livello comparatistico non mancano negli altri ordinamenti veri e propri esempi di giustizia predittiva con una tendenza a sostituirsi all'uomo, soprattutto in ambito penale (i sistemi COMPAS-*Correctional Offenders Management Profiling for Alternative Sanctions* in U.S.A., al fine di stimare il rischio di recidiva di reato, e HART, *Harm Assessment Risk Tool*, dell'Università di Cambridge, al fine di prevedere interventi mirati per evitare la reiterazione dei reati, sperimentati con successo in ambito giudiziario).

ISSN 2036-7821

Essi sono capaci di realizzare un autonomo giudizio prognostico sulla condotta umana e di operare inferenze in senso abduttivo, con effetti positivi in termini di efficientamento e uniformità delle decisioni e, in definitiva, di certezza del diritto, ma anche con significativi rischi di distorsioni e discriminazioni.

Si registra, inoltre, una corrente di pensiero "induttiva" che, in applicazione della *Fair Division Theory*, propende per un "algoritmo equitativo" quale dispensatore di decisioni eque e giuste in sede giurisdizionale, propugnando procedure sempre più neutrali rispetto ai valori eteronomi del positivismo normativo spesso declinati in norme ampie, che sono considerate un ostacolo all'applicazione automatizzata[1].

Dette procedure hanno come obiettivo finale l'efficiente composizione equitativa delle istanze di tutela dei diritti liberamente disponibili dalle parti nella loro autonomia negoziale, mediante la ponderazione esclusiva degli interessi e dei valori dei soggetti coinvolti (c.d. "algoritmi equitativi").

Insomma, l'algoritmo viene visto, in modo estremo, quale modello matematico-computazionale di definizione bonaria delle preferenze individuali, in cui la concretizzazione della norma astratta si rinviene esclusivamente dall'osservazione empirica.

Ciò secondo una concezione che affonda le sue radici nel realismo giuridico americano degli anni '30, che vuole il diritto "in azione", in cui l'interpretazione della norma si plasma in relazione alle esigenze individuali e alle peculiarità empiriche.

È chiaro che, tra i poli della giustizia algoritmica predittiva e l'algoritmo equitativo induttivo dall'esperienza, si pone nel mezzo il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio del potere pubblico, necessariamente orientato alla valutazione di un'azione amministrativa di perseguimento del pubblico interesse, resa in applicazione di norme spesso indeterminate.

In essa appare essenziale la discrezionalità del giudice nell'applicazione del sillogismo circolare in cui fatto e diritto interagiscono e si confrontano, che rende essenziale il corredo valoriale e di ponderazione e, in definitiva, rende ineludibile l'intervento umano (salvo, forse, proprio con riferimento ai procedimenti cc.dd. algoritmici).

Ciò mostra altri lati oscuri della giustizia algoritmica: in primo luogo, una decisione giudiziaria basata totalmente su meccanismi di auto-apprendimento (*deep machine learning*) correrebbe il rischio di cristallizzare una 'dittatura del precedente giudiziario', per come immesso nel *data-base*, impedendo qualsivoglia *revirement* e processo evolutivo giurisprudenziale (come già evidenziato).

[1] *"Nella maggior parte delle sentenze dei magistrati, negli scritti dei giuristi della cattedra e del foro noi troviamo l'uno contro l'altro questi due principii: l'equità e il diritto. La guerra è antica quanto la scienza giuridica, e non accenna punto a voler finire."* V.Scialoja, Del diritto positivo e dell'equità, Discorso inaugurale letto nella Grande Aula della Biblioteca Valentiniana il giorno 23 novembre 1879 nel solenne riaprimento degli Studi nell'Universita di Camerino, ora in Annali della facoltà giuridica, dell'Università di Camerino, nuova serie, 1, 2012, p.179.

ISSN 2036-7821

In via ulteriore, si pongono significativi problemi di controllabilità della decisione e di imputabilità del processo decisionale, specialmente laddove è richiesta l'applicazione di norme, elaborate in modo elastico mediante concetti indeterminati, al fine di garantire l'individualizzazione del trattamento giudiziario.
Non sarebbe, inoltre, agevole fornire adeguate garanzie di impugnabilità di una decisione basata su sistemi totalmente artificiali, che dovrebbe arrivare all'utilizzo di un poco verosimile 'algoritmo di secondo grado', deputato ad una verifica meramente tecnica della decisione del precedente grado di giudizio.
Sarebbe, tuttavia, ingenuo immaginare che questi lati oscuri della giustizia algoritmica possano finire per relegare la tecnologia al ruolo di mero ausilio operativo della decisione del G.A., in quanto l'evoluzione dell' A.I., che sta compiendo passi da gigante nel senso di una più analitica riproduzione anche degli aspetti più umani del processo intellettivo, richiede di essere preparati e di accompagnare il cambiamento.
Ed allora, è opportuno non pensare all'intelligenza artificiale 'debole', quale ausilio alla decisione, e a quella 'forte', quale decisione vera e propria, in un'ottica di rigida contrapposizione, ma di graduale interazione e integrazione, sia in sede procedimentale che in ambito processuale.
Una soluzione potrebbe rinvenirsi nel costruire un'intelligenza amministrativa artificiale mediante un presidio di automazione che accompagni l'intero processo decisorio dell'esercizio del potere pubblico, percorrendo un *fil rouge* che parte dalla fase procedimentale e giunge a quella processuale.
Questo obiettivo si realizza, in primo luogo, tracciando e digitalizzando tutte le fasi del processo intellettivo-decisionale del decisore, selezionandone i dati essenziali e gli aspetti più rilevanti, consentendo al *machine learning* di valorizzarne le concatenazioni algoritmiche, dalla fase istruttoria sino a quella decisoria.
Una corretta, imparziale e trasparente automazione pre-decisionale nel 'farsi' dell'azione pubblica rappresenta il prodromo necessario ad una affidabile decisione giurisdizionale, che può essere anch'essa trasformata in chiave algoritmica.
La decisione, vista in una ampia declinazione di automazione dell'intero processo decisionale, deve poter contare su un solido *dataset* di processi e informazioni digitalizzate, non presentati al giudice in una confusa e alluvionale forma, che ne preclude l'accesso al fatto 'algoritmizzato' e rende oscura e imprevedibile, a guisa di una *black box* analogica, la sussunzione del fatto entro le ampie maglie normative.
In altre parole, è necessario pensare a sistemi di automazione *in itinere* che valorizzino un *dataset* non forzatamente immesso per addestrare meccanicamente il sistema o segmenti di esso, ma acquisito all'interno del sistema medesimo.
Da ciò discende l'elaborazione di una nozione di Intelligenza Amministrativa Artificiale (Progetto PRIN 2020) che deve tracciare l'intero *iter* decisionale, mappando tutti i processi mediante l'elaborazione di regole di condotta, *alert* e

ISSN 2036-7821

indicatori di monitoraggio della loro attuazione, al fine di assicurare una trasparenza, accessibilità e sindacabilità algoritmica, consentendo di individuare garanzie essenziali e criteri di legalità che coniughino un giusto grado di autonomia della macchina con il contrasto a deviazioni, vulnerabilità o errori del sistema.
Il rilievo dei richiami etici nell'azione amministrativa automatizzata si traduce, dunque, nell'esigenza di uno statuto giuridico della produzione e dell'utilizzazione dell'intelligenza artificiale a cui il decisore deve attenersi.
La formulazione di regole di buona amministrazione nell'ambito di una decisione applicativa di sistemi di intelligenza artificiale, a guisa di uno 'statuto o carta dell'azione amministrativa digitale' richiede, dunque, la fissazione di regole operative per l'utilizzo dei modelli automatizzati di accertamento dei fatti e di decisione, che consentano di tracciare gli eventi di rischio di cattiva amministrazione.
Da tale tracciamento, a valle, potranno discendere vere e proprie regole di condotta, in grado di orientare l'azione umana quali stimoli all'adozione di misure (e contromisure) per perseguire gli obiettivi fissati e/o contrastare i rischi tracciati.
In altre parole, la digitalizzazione mediante informatizzazione e tracciamento dei processi non deve ritenersi avulsa dall'attuale organizzazione strutturale della P.A., la quale forse è già inconsapevolmente predisposta quanto a metodiche e comportamenti relativi alla raccolta e archiviazione di informazioni, ai tentativi di descrizione dei documenti e del loro regime giuridico (*Knowledege Management*), nonché alla procedimentalizzazione dell'operato pubblico.
Si tratta, quindi, di far intervenire la nozione di I.A.A. quale strumento 'maieutico' volto all'emersione di una cultura della *data science.*
Questa trasformazione digitale in sede procedimentale si pone in un *continuum* sino alla sede processuale, generando il necessario prodromo anche al graduale utilizzo di sistemi tracciabili e comprensibili di giustizia predittiva.
Allo stesso modo, occorre una revisione delle norme e dei protocolli processuali che consentano di perseguire il difficile equilibrio tra le garanzie del contraddittorio (non incompatibili con l'ausilio tecnologico, ad esempio agevolando una comunicazione informatizzata, tracciabile e indicizzabile tra le parti del processo) e il conseguente utilizzo di algoritmi come supporto informativo alla decisione umana.
Basti pensare al decisivo apporto che può offrire la tecnologia nella fase istruttoria di accertamento del fatto sussumibile, mediante l'utilizzo di *standard* probatori, che sempre più spesso fanno riferimento all'applicazione di leggi scientifiche, in cui il livello di verità e falsificabilità dell'ipotesi di ricostruzione del fatto da sussumere sotto la norma indeterminata può essere stabilito valorizzando le concatenazioni algoritmiche del *machine learning.*
Il rinnovato interesse per l'accertamento istruttorio del fatto, in fase amministrativa e giurisdizionale, si riflette sull'elaborazione di indici scientifici su cui testare empiricamente i meccanismi di prova.

ISSN 2036-7821

L'idea di fondo è, dunque, quella di non calare l'automazione mediante intelligenza artificiale in compartimenti stagni, instillandola in modo coattivo solo in alcuni segmenti determinati di processi decisori che rimangono in massima parte costruiti in modo analogico.

Occorre realizzare un cambiamento di prospettiva verso un modello di informatica c.d. "metadocumentaria", in cui sia possibile presidiare a livello informatico tutte le fasi del processo decisionale e, in definitiva, generare un provvedimento che non abbia solo una forma elettronica, ma sia il risultato di una elaborazione in sede elettronica.

Con ciò declinando l'algoritmo, come ritiene il Consiglio di Stato, quale modulo organizzativo procedimentale ed istruttorio, verificabile, costantemente controllabile e correggibile dall'essere umano, ma a tale scopo sempre più in grado di rappresentare analiticamente il processo intellettivo.

L'automazione mediante organizzazione consentirà anche un giusto grado di tracciabilità e trasparenza dei processi, necessari a garantire la correttezza e la non discriminazione e la sindacabilità delle decisioni in sede giurisdizionale.

Il rapporto stretto tra decisione in sede amministrativa e quella in sede giurisdizionale si rinviene nella circostanza per cui l'operazione di accertamento e sussunzione del fatto è sempre preliminare e distinta dalla determinazione decisoria e deve essere svolta in egual modo tanto dal soggetto pubblico, ai fini della scelta discrezionale del provvedimento da adottare, quanto dal giudice nell'esercizio del sindacato di legittimità, che può spingersi sino all'accertamento delle premesse empiriche del potere pubblico, e nei limiti in cui può accettarsi un controllo dell'attività discrezionale.

L'autorità giurisdizionale opera, dunque, sul medesimo fatto mediato dalle acquisizioni delle risultanze del procedimento condotto dalla P.A. ed entrambi si trovano innanzi all'arduo compito di condurre la norma nella realtà empirica, con un'integrazione valutativa.

Si è rilevato che tale processo *"coinvolge parallelamente tanto l'attività amministrativa quanto l'attività giurisdizionale, essendo entrambe volte a manifestare una volontà di natura politico-amministrativa sulla gerarchia degli interessi che emergono dalla fattispecie, bensì a predisporre una corretta e completa conoscenza delle premesse fattuali, al fine di interpretare, di eseguire, di applicare a ragion veduta norme e principi ad elevato contenuto di astrattezza nella concretezza della realtà fattuale"*.

L'automazione dei processi decisori, dunque, può svolgersi in un *continuum* che presenta degli aspetti di circolarità, in quanto, come osservato dal Pres. Patroni Griffi (prefazione alla monografia su *"L'indizio nella decisione amministrativa"*), *"La trattazione congiunta, sul piano sistematico, di procedimento e processo, di decisione amministrativa, o provvedimento, e di pronuncia giurisdizionale, o sentenza (e altri provvedimenti decisori), costituisce frutto del tradizionale, e non per questo meno attuale,*

ISSN 2036-7821

"andirivieni" (Zuruckverweisung) tra procedimento e processo, nell'ambito di una dinamica circolare, in cui la tutela giurisdizionale approntata per il singolo caso, attraverso l'analisi in giudizio degli svolgimenti procedimentali (frutto della diacronicità del potere pubblico), conduce all'affermazione di un principio che, nel risolvere il caso, diviene principio guida per i futuri procedimenti, attraverso l'effetto conformativo esterno della pronuncia giudiziale".

È doveroso, dunque, non perseguire una digitalizzazione di facciata in cui l'algoritmo diventi un oscuro generatore di decisioni imponderabili mediante l'utilizzo di tecnologie elaborate da soggetti privati e spesso inaccessibili, ma una digitalizzazione di tali processi circolari, che si ottiene valorizzando l'enorme patrimonio conoscitivo dell'azione amministrativa e cogliendone le possibili concatenazioni algoritmiche in senso predittivo.

Luciano Floridi ha evidenziato che *"Se casa è dove sono i nostri dati, allora viviamo da tempo su Google Earth e nel cloud. Agenti artificiali e ibridi, vale a dire in parte umani e in parte artificiali (come, per esempio, una banca), interagiscono ormai in quanto agenti digitali con ambienti digitali e, dato che condividono la stessa natura, possono operare tra loro con molta più libertà e capacità di controllo. Deleghiamo o esternalizziamo in misura crescente ad agenti artificiali ricordi, decisioni, compiti di routine e altre attività con modalità che sono sempre più integrate con le nostre vite".*

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

The corona juventocide political immunosenescence due to distorted census weight at the expense of young age cohorts.

di Matthias Theodor Vogt

(Professore ordinario di Politiche Culturali presso l'Università/Hochschule di Zittau/Goerlitz)

Summary

1. Situation: 786 million Years of Life Damaged (YLD) of Italy's youth. 2. The Tropicalisation of our Hemisphere and the "War" (Macron) against a Virus. 3. Confidence and Ssocial Dys-Distancing as the basis of our civilisation. 4. Rationality-based policy addressing the prefrontal cortex, versus fear-based policy addressing the amygdala. 5. The loss of knowledge about death. 6. Thinking through Macron's "declaration of war" on the phenomenon of death with the means of ar. 7. The Oxford Index of the global strangulation of societies by their own governments. 8. First estimates for health damage to the global community. 9. The lacking prioritisation of government spending in favour of the young. 10. One person, no vote. The political implications of societal immunosenescence. 11. Potential post-coronam exit strategies in order to strengthen the human capital of the next generation.

Abstract

According to current knowledge, the Corona VII measures of the years 2020/21 represent one of the largest and most monodimensional non-bellicose allocations of funds in human history; for the USA alone, they are in the range of the costs of the Second World War or the "War on Terror" 2001 sq. (We speak of Corona VII virus because it is the seventh coronavirus to become pathogenic for humans in a longer series of coronaviruses that had already become endemic before). What is striking about the IMF statistics on the Corona VII measures is which countries have provided by far the highest shares of GDP for equity, loans, and guarantees: It is Italy with 35.3%, Japan with 28.3% and Germany with 28.8%. These, in turn, are exactly the three countries that had the highest share of very old 80+ year olds in 2020. We suspect a correlation. Our thesis is that the fiscal and social juventocide—not murder, but manslaughter of youth with globally at least 150 million Years of Life Lost (YLL), and in any case uncountable billions of Years of Life Damaged (YLD)—was triggered by the age- or senescence-related risk aversion of Western democracies, existing for many decades already and called "uncertainty avoidance" by Geert Hofstede. For this, we propose to apply to the political body the term immunosenescence (familiar from ageing research and used in medicine to describe the decline of the body's immune response beyond the age of 50), and to speak of political immunosenescence. We specify, that this is a highly special case of gerontocracy, because it gives the Young Elderly 60-79 years 'two votes' instead of one. The mathematics of elections has changed insidiously since 1945 due to demographic shifts in the age cohorts of many nations. The census weight of the young has declined decisively. This has direct consequences for the future capabilities of countries, as their school policies before and during the pandemic show. We can speak of a Cultural Long-Covid. From the birth rates we can see that in the near future not only the Western democracies, but also the Russian Federation and the East Asian region, here especially the People's Republic of China, will be faced with similar problems. As a result of our research, we discuss measures to strengthen the census of young age cohorts in elections, executive power and constitutions, as well as new strategies in education and arts' policy.

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

ISSN 2036-7821

1. Situation: 786 million Years of Life Damaged (YLD) of Italy's youth.

Life, both the ontogenetic life of humans and the phylogenetic life of humanity, is a constant learning process. For this learning (with up to 50% of our body's oxygen consumption in just 2 % of its mass), our brain is excellently equipped at the giga, tera and peta levels; humanity at the yotta level. The brain consists of probably 86 billion nerve cells (8.6×10^{10}, giga-level). These are interconnected with around 125 trillion synapses (1.25×10^{14}, tera level). Unlike the computer, which only operates in a binary sense, synapses can operate in 26 dimensions. The human brain can store an estimated 2.5 quadrillion perceptual and meaningful contents (2.5×10^{15}, peta-level). Today's humanity probably stores around 19.5 septillion memes; the citizens of the People's Republic of China alone stores 3.6 septillion (1.95×10^{25} and 3.6×10^{24} respectively, Yotta level). To our knowledge, this is the first time this number appears in the scientific literature. The number makes it understandable that national and even more so international politics are necessarily overburdened with such dimensions and are forced to exponential reductions in complexity, since even science is far from fully comprehending the complexity of the processes in the brain. [1] What we do know is that the brain grows constantly until the age of 18 and is not fully mature until about 25. During this time, the young need our special protection.

The future of humanity depends—anew in every generation—on this maturing being able to take place undisturbed: "Education, prosperity and freedom are the only guarantees for the lasting health of a people," says Rudolf Virchow (1852).[2] His early epidemiological study *Die Noth im Spessart* (*Distress in the Spessart forests*)—already described in the subtitle as a "medicinal-geographical-historical sketch"—is a prime example of a holistic understanding of the medical, social and cultural dimensions of an epidemic situation that is hardly ever achieved again today. Virchow's study inspired the present analysis. In contrast, today's science, with its ever-new specialisations in sub-areas and sub-sub-areas and sub-sub-sub-areas, is at the mercy of a process of sub-complexification of its understanding of the problem, without being aware of this fundamental loss. Which state among the democracies of the world has integrated child psychiatrists, palliative physicians and cultural scientists into its military-oriented Corona measures? Could it be that our educational system, which has shifted away from the humanities towards a technicist understanding of sciences over the last three decades under the pressure of business-promoting

[1] On lifelong learning cf. *Fuchs, Eberhard; Flügge, Gabriele (2014). Adult Neuroplasticity: More Than 40 Years of Research.* Neural Plasticity. 2014: 541870. Tomasello, Rosario; Garagnaniab, Max; Wennekers, Thomas; Pulvermüller, Friedemann (2017): *Brain connections of words, perceptions and actions: A neurobiological model of spatio-temporal semantic activation in the human cortex*. Neuropsychologia. Volume 98, April 2017, Pages 111-129.

[2] Virchow, Rudolf (1852): *Die Noth im Spessart: eine medicinisch-geographisch-historische Skizze* : vorgetragen in der Physicalisch-Medicinischen Gesellschaft in Würzburg am 6. und 13. März 1852. Würzburg: Aus den Verhandlungen der phys.-med. Gesellschaft Bd. III. Stahel, 1852. S. 56.

ISSN 2036-7821

academic branches, and thus away from Virchow's holistic approach, has been one of the triggers of the monodimensionality of the scientific experts' proposals?

But there is not only learning, but also *unlearning*, a progressive deterioration of the knowledge system with aging, e.g. the knowledge of death. This particular loss of knowledge of mankind in the knowledge of death is currently leading to hubris, namely the attempt to wrest the promise of eternal youth from natural events with the technical means of a highly fragile social order. In 2020/21, loss of knowledge and hubris became the trigger for a comprehensive economic, social and cultural catastrophe that affects the world's youth in particular.

Their education, their future prosperity, their freedom have been massively curtailed by the fiscal, social and cultural juventocide. "Viewing children not from their own perspective but as a 'means to an end' [for third party protection] contradicts their personal dignity."[3] We speak of **juventocide** (to be well understood: the primary meaning of the Latin *occissio* is manslaughter, not murder)[4] as collateral damage of the Corona-VII measures, since the young generation is and will be exposed to lasting damage.[5] All the findings presented by the WHO in autumn 2019 (see below) were not heeded and now lead to fatal statistics on this damage at UNESCO and UNICEF.

The constitutional guarantee of Article 2 (2) of the German Constitution "Everyone has the right to life and physical integrity" does not only apply to the vulnerable groups of 80+ years. Rather, it applies equally to children and young people. The figures for their hospitalisation[6] in Germany in 2020 to 2019 respectively at the Child and Adolescent Psychiatry Zurich[7] are summarised in meagre figures:

- Increase +35 %: Abnormal weight changes.

---

[3] Deutsche Akademie für Kinder- und Jugendmedizin [German Academy of Paediatrics and Adolescent Medicine] (2020-04-20): *Statement. on further restrictions on the living conditions of children and adolescents in the pandemic with the new coronavirus (SARS-CoV-2)* | (2020-04-20

[4] Georges, Heinrich (1916): *Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch*, Hannover, Lexem *occisio*, column 1298.

[5] "The long months without regular classroom instruction during the pandemic not only have a negative impact on the educational progress of children and young people, but also have negative psychosocial consequences, both of which are amplified in strata of lower education and lower income. The long-term economic damage of this loss of learning is little discussed, but is probably considerable." *Joint statement* (22.10.2021) by German Society of Paediatric Infectiology e. V. (DGPI), Professional Association of Paediatricians and Adolescents (BVKJ), German Society for Paediatric and Adolescent Medicine (DGKJ), Society for Paediatric Pulmonology (GPP), South German Society for Paediatric and Adolescent Medicine (SGKJ).

[6] Greiner, Wolfgang; Witte, Julian; Batram, Manuel; Hasemann, Lena (09.09.2021): *Folgen der Pandemie in der Krankenhausversorgung 2020. DAK-Sonderanalyse im Rahmen des Kinder- und Jugendreports* [*Consequences of the pandemic in hospital care in 2020. DAK special analysis within the framework of the Children and Youth Report*]. University of Bielefeld for DAK, Hamburg [Deutsche Angestellten-Krankenkasse founded 1774]. https://www.dak.de/dak/download/studie-2480806.pdf.

[7] Mohler-Kuo, M.; Dzemaili, S.; Foster, S.; Werlen, L.; Walitza, S. Stress and Mental Health among Children/Adolescents, Their Parents, and Young Adults during the First COVID-19 Lockdown in Switzerland. *Int. J. Environ. Res. Public Health* 2021, ***18***, 4668.

ISSN 2036-7821

- Increase +26.1 %: Anorexia nervosa, bulimia nervosa in 2nd lockdown (week 45-52).
- Increase +42 %: Type 1 diabetes cases during the 2nd lockdown.
- Increase +30 %: Diseases with a low dynamic development that were little affected by lockdown impacts.
- Decrease -80 %: Intestinal infections in 2020 to 2019.
- Increase +15 %: Adolescents with suicidal thoughts
- Increase +17 %: Adolescents who self-harm.
- Among the parents, about a quarter had light-to-severe depression (25.6%) and Generalized Anxiety Disorder (GAD) symptoms (26.5%) These symptoms were more prevalent among mothers than fathers (28.5 % vs. 20,2 %).

We tried to make this situation tangible for the pupils of the Schlieben-Oberschule Zittau. The task was to continue the following catalogue based on their own impressions and thus to process their experiences:

If the Evil should really exist (contrary to all scientific evidence) and could therefore be asked for a prescription on how the young body could favour an infection (instead of successfully fighting it), he would probably answer:

(1) Abandon the social resonance space in which your friends provide you with pleasure and recognition!

(2) Beware of any training of your immune system through contact with others, but regard every fellow human being as an enemy and virus slinger!

(3) Move your body as little as possible, but be locked up at home and sit hour after hour in front of the digital terminal without getting your spirits going!

(4) Devour and swallow as much fat and sugary food as possible, and take medication afterwards!

(5) Stifle any hope of beauty and of a change in the situation! Was it an evil spirit that thought up the school closures and caused the number of children injured in their souls to skyrocket (or was it just the military fixation on an invisible, inaudible, intangible virus)?

Covid-19 is a civilisation disease of the first order. According to the Zurich endothelial hypothesis (endotheliitis with apoptosis),[8] [9] it is directly related to the dietary habits of the modern world. The virus not only triggers pneumonia, which is then causative for further complications, but directly causes systemic endotheliitis, an inflammation of the entire endothelium in the body (the endothelium is the

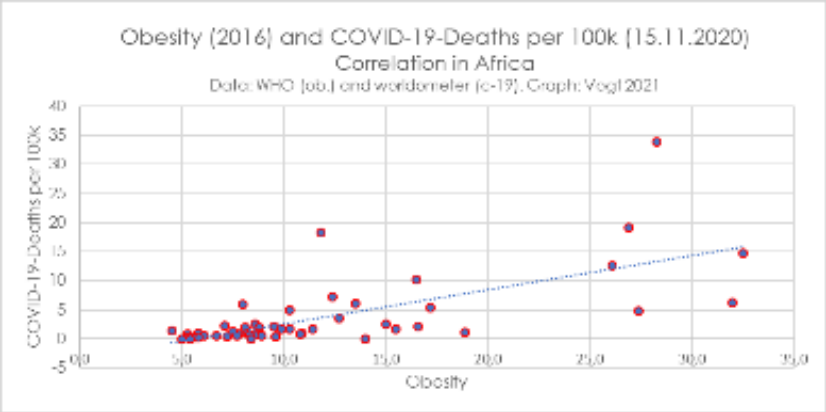
[8] Varga, Zsuzsanna; Ruschitzka, Frank (2020-04-17): *Endothelial cell infection and endotheliitis in COVID-19*. Lancet April 17, 2020 https://www.thelancet.com/action/showPdf?pii=S0140-6736%2820%2930937-5, Department of Cardiology, University Heart Center, Zürich. Varga Z. Endotheliitis bei COVID-19 [Endotheliitis in COVID-19]. *Pathologe*. 2020;41(Suppl 2):99-102. doi:10.1007/s00292-020-00875-9

[9] An alternative name for the virus might thus be *Severe Endothelial Vascular Apoptotic Syndrom Corona-Virus* (SEVAS-CoV).

ISSN 2036-7821

innermost wall layer of lymph and blood vessels) that affects all vascular beds: Heart, brain, lung and kidney vessels as well as vessels in the intestinal tract. With fatal consequences: Severe microcirculatory disorders develop that damage the heart, trigger pulmonary embolisms and vascular occlusions in the brain and intestinal tract, and can lead to multi-organ failure and even death. The endothelium of younger patients usually copes well with the attack of the viruses. Patients suffering from high blood pressure, diabetes, heart failure or coronary heart disease are different; diseases that have in common that they restrict endothelial function.

Monteiro et al. (2014)[10] have developed a four-level food classification recommended by the FAO,[11] based on the respective degree of processing of the food. Level IV can hardly be distributed in Central Africa (unlike in the richer states of South and North Africa) due to the lack of cold chains, while in Europe or North America it has become the main food consumed by many children and adolescents in Corona times. The extremely high correlation between obesity and covid susceptibility is well known; the figures for the African continent were already particularly striking in November 2020, and incidentally correspond to the experiences in hospitals from Harlem to Berlin (Fig. 1):



r	0,682113664	Correlation
n	53	cases
t	6,661595194	
p	0,0000000186	

[10] Moubarac JC, Parra DC, Cannon G, Monteiro CA. *Food Classification Systems Based on Food Processing: Significance and Implications for Policies and Actions: A Systematic Literature Review and Assessment*. Curr Obes Rep. 2014 Jun;3(2):256-72. doi: 10.1007/s13679-014-0092-0. PMID: 26626606.

[11] https://www.fao.org/nutrition/education/food-based-dietary-guidelines/regions/countries/brazil/en/

ISSN 2036-7821

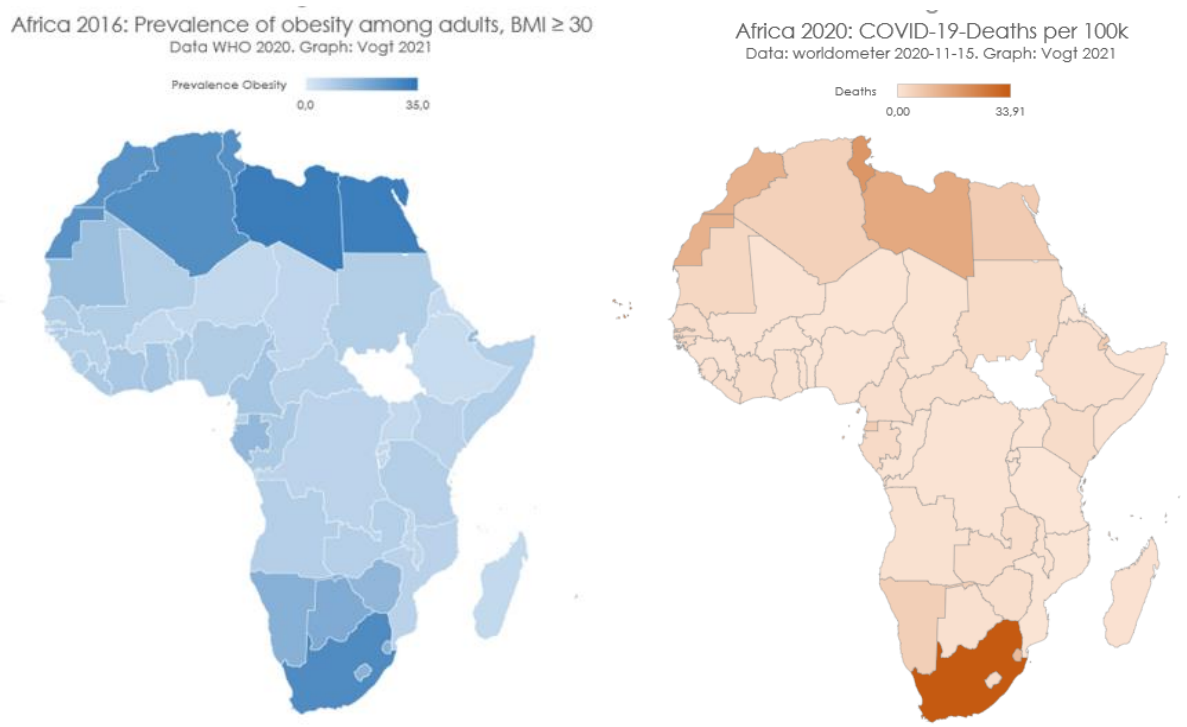


Fig. 1 Correlation 0.68211 between Obesity (2016) and Covid-19-deaths per 100k (2020-11-15) in Africa. Data: WHO 2020, worldometer 2020-11-15. Elaboration and graph: Vogt 2020.

According to our thesis, there is an inability of Western democracies, due to an ageing electorate, to systemically translate a root cause analysis into a sustainable political programme. Instead, the status quo of the economy is continued at the expense of the younger generation by taking on debt. Symptomatic of this is that so far there has been no initiative whatsoever to sustainably increase public health along the lines of the Brazilian food classification system by introducing differentiated VAT rates for the four classes. In Germany, the Federal Ministry of Finance puts the lost revenue from reduced VAT on food at 22 billion euros (Fig. 2). From this, a taxed food turnover of 183.3 billion euros can be calculated, for which the final consumers have so far paid 12.2 billion euros in VAT. If the total turnover is schematically divided into four quartiles of 45.8 billion euros each and a differentiated turnover tax of 0 %—7 %—19 %—38 % is applied, i.e. depending on the degree of industrial processing and the high degree of harmfulness for the endothelian system, a total turnover tax of 29.3 billion euros or an additional burden per consumer of 207 euros per year is calculated. This has to be put in relation (4.6 %) to the medical costs of 4,530 Euros per citizen and year to make clear the dimension of a more health-conscious diet in Germany.

ISSN 2036-7821

Quartils	up to now	I	II	III	IV	å	∅	Heatlh-System	
bio. Euro		45,8	45,8	45,8	45,8	**183,3**	more per citizen		
VAT		0%	7%	19%	38%	16%			
bio. Euro	12,2	0,0	3,2	8,7	17,4	**29,3**	**17,2**	376	
mio. people							83	83	
per citizen							**207 €**	**4.530 €**	4,6%

Fig. 2 Theoretical division of the German food trade, which has so far been burdened with 7% VAT, into four quartiles corresponding to the four classification levels according to Monteiro et al. (2014). A differentiated VAT burdening of the four quartiles according to their industrialised degree of processing results in a VAT increase to 29.3 billion euros or an additional burden of 207 euros per year for each end consumer, or 4.7% of the previous costs of the health system of 4,398 euros per citizen.

If consumers can determine directly from their wallets whether they are eating healthily or unhealthily with highly processed industrial products, this could lead to a lasting change in mentality and could consistently reduce the Years of Damaged Life in all countries. But why do we look in vain for an appropriate consequence of the pandemic for sustainable public health from all parties of the democratic spectrum? Our thesis is that age-typical risk aversion has taken hold of the political system.

So we must not forget that COVID-19 is a very serious disease; nor must we forget that it is precisely the vulnerable elderly who are no less affected by the effects of Covid VII measures than the young;[12] nor must we forget that the counting method used in politics and the media - from the onset of the pandemic *ad semper* - consistently undermines the counting method used in medical statistics in annual slices (or their daily equivalent). If, for example, the data provided by the Istituto Superiore di Sanità, Rome, for the period 2020-02-22 to 2021-10-20 are analysed and the ISTAT data on general mortality for Italy 2019 are added, an adjustment to 1.67

[12] There were almost 10,000 unexplained extra deaths among people with dementia in England and Wales in April [2020], according to official figures that have prompted alarm about the severe impact of social isolation on people with the condition. The data, from the Office for National Statistics, reveals that, beyond deaths directly linked to Covid-19, there were 83% more deaths from dementia than usual in April, with charities warning that a reduction in essential medical care and family visits were taking a devastating toll. A survey of 128 care homes by Alzheimer's Society reveals that 79% report that lack of social contact is causing a deterioration in the health and wellbeing of their residents with dementia. Relatives of those with dementia in care homes have spoken of their loved ones feeling confused and abandoned, stopping eating and losing the ability to speak. Samantha Benham-Hermetz, director of policy and public affairs at Alzheimer's Research UK, said the ONS data reveals a shocking increase in the number of people dying from dementia. "In the midst of this pandemic, we cannot afford to ignore the devastating impact dementia is continuing to have across our society," she said. "Every day it's becoming clearer that those living with the condition are also disproportionately affected by Covid-19," she added. "Not only are people with dementia vulnerable to the virus itself, but the circumstances of social distancing are exacerbating existing challenging dementia symptoms and compounding the impact of the condition." The Guardian, 04.06.2020

ISSN 2036-7821

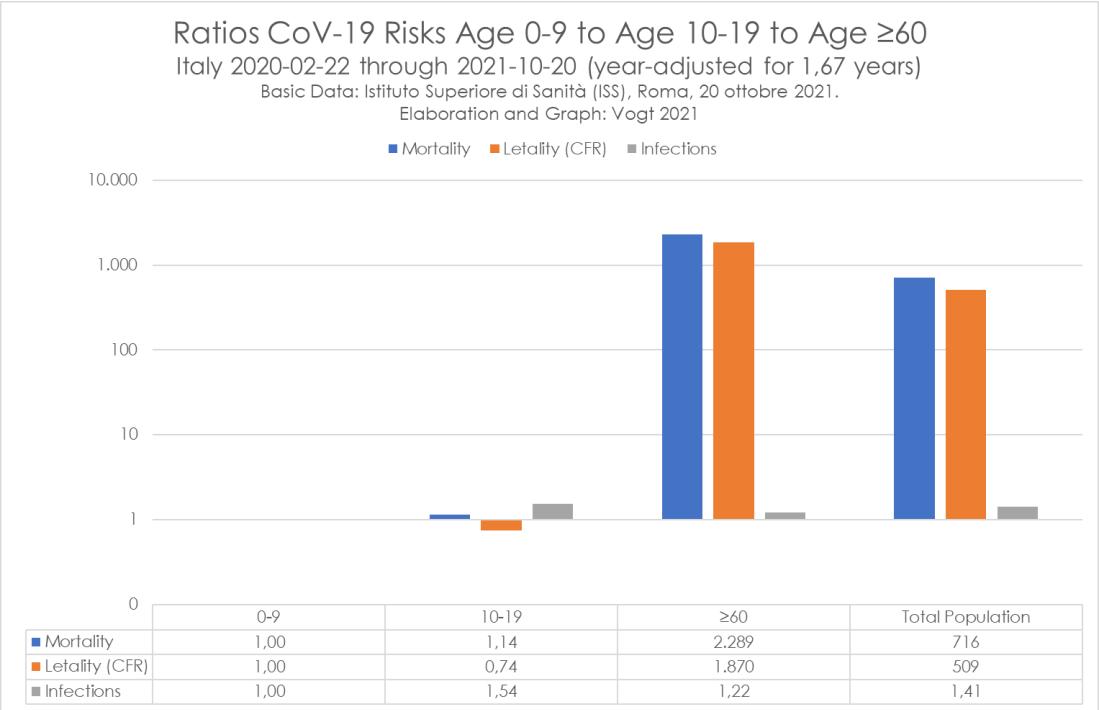
years must be made in order to obtain a correct picture and to be able to make comparisons.

And above all, we must not forget that COVID-19 is a disease of the pre-exposed and here again especially of the pre-exposed elderly 60+ years; 97.1% of all Italian fatalities had one to six co-morbidities that could have led to death in other ways. The central risk factor is immunosenescence[13] [14] after menopause at around 50+ years in both women and men. Dying, and in particular dying from COVID-19, is a natural process related to biological exhaustion in old age and exacerbated by physical inactivity and late-civilisation anti-dietary habits. Analysing the ISS Rome data, we see that the probability of infection of the age cohorts 0-9 years (here set as 1.0) correlates substantially with that of the age cohorts 10-19 years (1.54 to 1.0) as well as the elderly 60+ years (1.22 to 1.0). The immune system of adolescents 10-19 years is even slightly better than that of children 0-9 years (case fatality rate 0.74 to 1). In adolescence, the mortality rate is never zero; in 2019, there were 1,395 deaths in the 0-9 years age group and 858 deaths in the 10-19 years age group in Italy. Compared to the 595,012 deaths in the 60+ years age group, the latter was a threehundredfold higher than child deaths in terms of the respective population. However, the death rate from COVID -19 in relation to the population is higher by a factor of two thousand (2,289) than the statistically insignificant intensive care and death rate in the age groups 0-19 years with 15 and 20 deaths respectively (Fig. 3). One to two thousand, that is the risk of the young in relation to the risk of the elderly 60+ years.[15]

[13] "The umbrella term 'immunosenescence' is applied to describe age-associated failing systemic immunity and is believed to contribute to the increased incidence and severity of infectious disease in old animals and people.". Pawelec G, Larbi A, Derhovanessian(2010): E. *Senescence of the human immune system*. J Comp Pathol. 2010 Jan;142 Suppl 1:S39-44. doi: 10.1016/j.jcpa.2009.09.005. Epub 2009 Nov 8. PMID: 19897208.

[14] "Changes in the immune system are considered to have a critical role in the decline seen with age, since many infectious diseases may no longer kill an individual, but may contribute to more subtle overall changes. So the impact of infections in older individuals should not be measured only in terms of direct mortality rates, but also by their contribution to the 'indirect' mortality rate and to changes in the quality of life." Aspinall R, Pitts D, Lapenna A, Mitchell W. *Immunity in the elderly: the role of the thymus*. J Comp Pathol. 2010 Jan;142 Suppl 1:S111-5. doi: 10.1016/j.jcpa.2009.10.022. Epub 2009 Dec 1. PMID: 19954794.

[15] A meta-study from December 2020 puts the ratio at one in ten thousand. Levin AT, Hanage WP, Owusu-Boaitey N, Cochran KB, Walsh SP, Meyerowitz-Katz G. *Assessing the age specificity of infection fatality rates for COVID-19: systematic review, meta-analysis, and public policy implications*. Eur J Epidemiol. 2020 Dec;35(12):1123-1138. doi: 10.1007/s10654-020-00698-1. Epub 2020 Dec 8. PMID: 33289900; PMCID: PMC7721859.



	0-9	10-19	≥60	Total Population
Mortality	1,00	1,14	2.289	716
Letality (CFR)	1,00	0,74	1.870	509
Infections	1,00	1,54	1,22	1,41

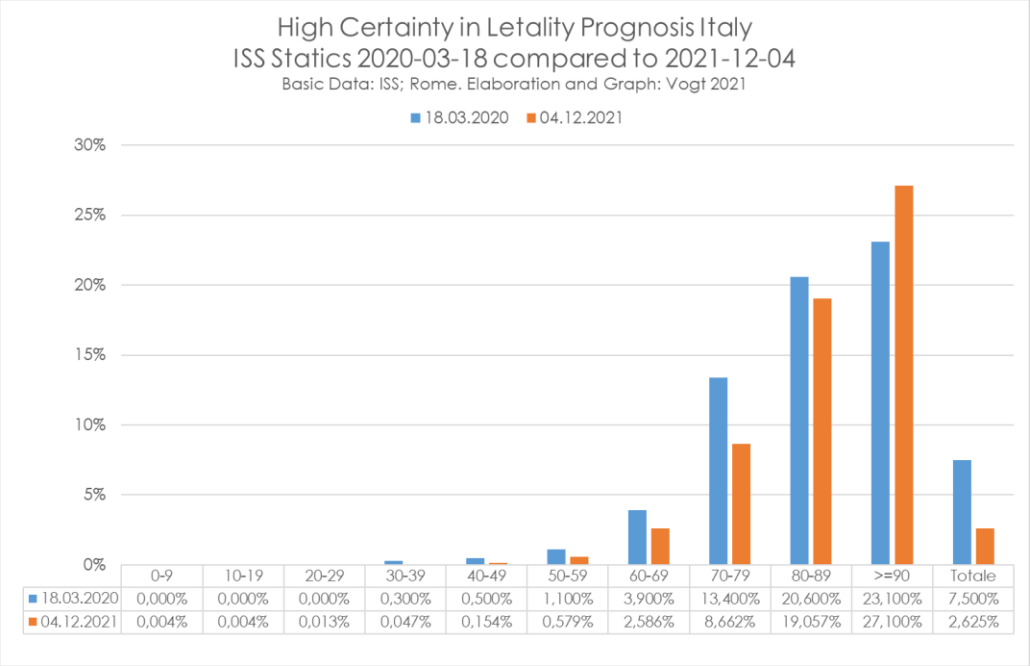
Fig. 3 Ratios CoV-19 Risks Age 0-9 to Age 10-19 to Age ≥60 in Italy 2020-02-22 through 2021-10-20 (year-adjusted for 1,67 years). Basic Data: Istituto Superiore di Sanità (ISS), Roma, 20 ottobre 2021. Elaboration and Graph: Vogt 2021

Is this data new and only now available? No, in Italy the scientific monitoring system was set up at the Istituto Superiore di Sanità, Rome as of 22.01.2020, six days before the first observed COVID-19 case. Already on 11.03.2020, the ISS published a first lethality calculation according to age groups. The ISS calculation of 18.03.2020 shows a remarkable forecast reliability with the ISS data of 04.12.2021; the deviations are minimal (Fig. 4). It was precisely this 18.03.2020—with its highly problematic staged images from Bergamo[16]—that Italy designated as the *National Day of Remembrance for the victims of the Corona virus epidemic* one year later. [17]

[16] Fehrenbach, Frank (2020-07-01): *Über das „Bild aus Bergamo", oder: „The common bond is the movie theatre"*. ZISpotlight, Munich https://www.zispotlight.de/frank-fehrenbach-ueber-das-bild-aus-bergamo-oder-the-common-bond-is-the-movie-theatre/

[17] https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2021-03-18;35!vig=

ISSN 2036-7821



	0-9	10-19	20-29	30-39	40-49	50-59	60-69	70-79	80-89	>=90	Totale
18.03.2020	0,000%	0,000%	0,000%	0,300%	0,500%	1,100%	3,900%	13,400%	20,600%	23,100%	7,500%
04.12.2021	0,004%	0,004%	0,013%	0,047%	0,154%	0,579%	2,586%	8,662%	19,057%	27,100%	2,625%

Fig. 4 High Certainty in Letality Prognosis Italy. ISS Statics 2020-03-18 compared to 2021-12-04. Basic Data: ISS; Rome. Elaboration and Graph: Vogt 2021

To order a nationwide *lockdown* is—according to the Merriam-Webster's definition,[18] to lock up prisoners in solitary cells in case of revolt, based on a Chicago prison strategy of 1973—to turn the entire country into a prison. Italy had already closed all schools and universities on 06.03.2020[19] and is thus the European state that was the first to import the lockdown methods of the Chinese central state also for those age groups that were not substantially affected by the epidemic even according to the state of knowledge at the time. The situation in Italy is therefore the focus of this paper.

It was not until one and a half years later, on 19 November 2021, that the Federal Constitutional Court in Germany decided on an overriding right of children and young people to school education in the schools themselves in community with their classmates: "From Article 2 (1) in conjunction with Article 7 (1) of the German Constitution follows a right of children and young people vis-à-vis the state to support and promote their development into an independent personality also in the community through school education (right to school education). [...] The right to school education also includes a right of defence against measures which restrict the currently opened and also perceived educational offer of a school without changing

[18] Merriam-Webster: Lexem *lockdown:* "the confinement of prisoners to their cells for all or most of the day as a temporary security measure (1973)".

Cf. https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/22/20A01807/sg: recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale.

ISSN 2036-7821

the school system as such, which was created in the formulation of Article 7 (1) of the German Constitution".[20] An analogous decision is still missing in Italy.

What is fatal about the Italian Corona VII policy is that it does not consider the remaining life expectancy. Cumulatively, the 0-19 cohort has 786 million years of life ahead of it, or 32% of the total life expectancy of Italian citizens. The 65+ cohort, on the other hand, has only 185 million or 8% (Fig. 5). Young people and their future should therefore be given four times as much attention as the elderly in political planning, even in a pandemic situation. All the more so as we know that the regions of northern Italy around Bergamo, which were almost exclusively affected by the first Corona outbreak, were affected within an inversion weather situation with strong NO2 pollution[21] from the late consequences of an industrialisation that was not environmentally sound, i.e. from a fatally short-sighted policy that could only be repaired with a gigantic infrastructure programme. Northern Italy is a fatal example of how misguided environmental and industrial policies have increased the susceptibility to disease of the elderly in particular, and the vulnerability and lethality of this age group is therefore partly to be blamed on the respective national missing environmental policies. In addition, the regional government ordered the transfer of Covid patients back to old people's homes.

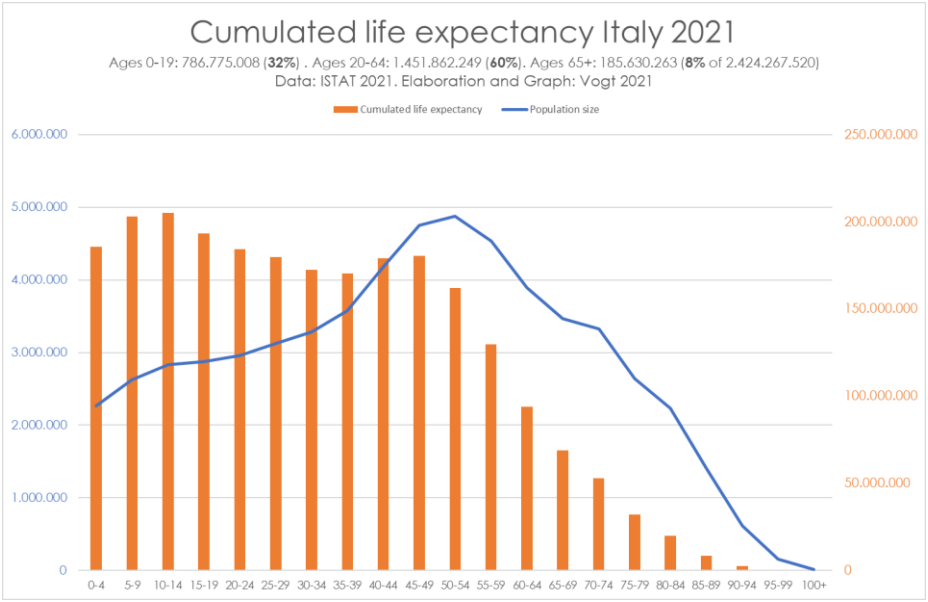


Fig. 5 Cumulated life expectancy Italy 2021. Ages 0-19: 786.775.008 (32%) . Ages 20-64: 1.451.862.249 (60%). Ages 65+: 185.630.263 (8% of 2.424.267.520) Data: ISTAT 2021. Elaboration and Graph: Vogt 2021

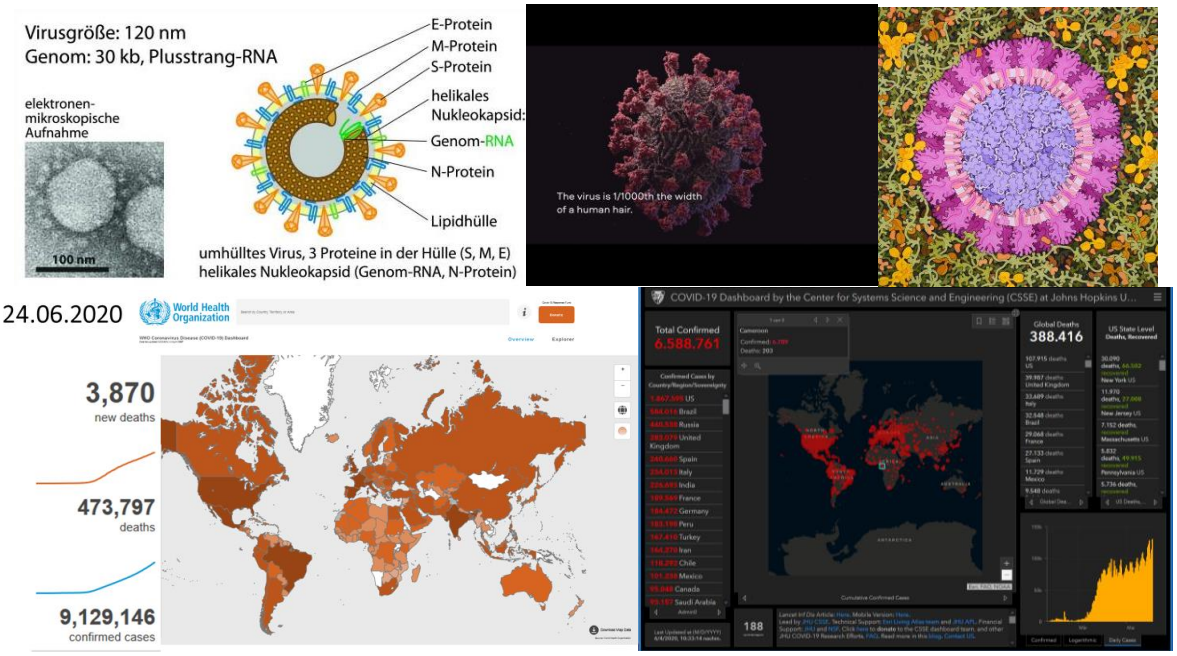
[20] Bundesverfassungsgericht (2021-11-19): *Leitsätze zum Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 Bundesnotbremse II (Schulschließungen)* - 1 BvR 971/21 -- 1 BvR 1069/21 (222 Seiten). https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/11/rs20211119_1bvr097121.html

[21] Ogen, Yaron (2020): *Assessing nitrogen dioxide (NO2) levels as a contributing factor to coronavirus (COVID-19) fatality.* Science of The Total Environment, Volume 726, 15 July 2020, 138605. https://doi.org/10.1016/j.scitotenv.2020.138605

ISSN 2036-7821

For Germany, Bernd Raffelhüschen (2020)[22] calculates the life years gained by the lockdown to a total of 178,431 years (with a more distant life expectancy of 2.9 years due to pre-existing conditions). For the 6.3 per cent economic slump initially predicted at the time, he regresses real GDP growth per capita on life expectancy using the formula: $ln(LEt) = c + \beta ln(BIPtreal) + \epsilon t$ and concludes: "It can be roughly estimated that one per cent real per capita growth (equivalent to a technical progress rate of the same amount), increases the life expectancy of the population on average by about 0.9 months (= 27 days). In terms of the current population, this means that the economic growth slump caused by the Corona measures will induce a minimum of 3.7 and a maximum of 37 million lost life years. This is a multiple of what has been preserved in life years through the lockdown."—A minimum of twenty times and a maximum of two hundred times. For Italy's youth, it might be appropriate to speak of 786 million Years of Damaged Life (YLD) instead of the *Years of Lost Life* (YLL) commonly used in medical research.

2. The Tropicalisation of our Hemisphere and the "War" (Macron) against a Virus



[22] Raffelhüschen, Bernd (2020): *Verhältnismäßigkeit in der Pandemie: Geht das?* [Manuskript Freiburg i.B.] Berechnungen des Forschungszentrums Generationenverträge auf Grundlage von Daten des RKI, der Johns Hopkins University, des IHME sowie Statistischen Bundesamtes und Hanlon et al. (2020). Cf. Hanlon, P., Chadwick, F., Shah, A., Wood, R., Minton, J., McCartney, G., Fischbacher, C., Mair, F. S., Husmeier, D., Matthiopoulos, J. und D. McAllister (2020). *COVID-19 – exploring the implications of long-term condition type and extent of multimorbidity on years of life lost: a modelling study*, Wellcome Open Research, 5, 75. Klarman, H. E., Francis, J. und G. D. Rosenthal (1968). *Cost Effectiveness Analysis Applied to the Treatment of Chronic Renal Disease*, Medical Care, 6(1), 48-54.

ISSN 2036-7821

Fig. 6 (a) Soberly presented medical standard knowledge 2016 on coronaviruses from Ziebuhr (2016). versus (b) Pictorial icon of global uncertainty by Alissa Eckert, Dan Higgins, Centers for Disease Control and Prevention (01/2020). The shape, colouring, shadow effects of the images of the SARS-CoV-2 virus commonly used around the world are pure fiction. They were designed highly professionally as early as January 2020 (i.e. many weeks before the WHO pandemic warning) in order, as they state in a New York Times interview, to give the virus and the threat it poses an "identity" that can be conveyed visually.
https://www.nytimes.com/2020/04/01/health/coronavirus-illustration-cdc.html).
versus (c) Illustration based on available scientific knowledge (08/2020) by David S. Goodsell, RCSB Protein Data Bank; , doi: 10.2210/rcsb_pdb/goodsell-gallery-01, cf. Goodsell DS, Voigt M, Zardecki C, Burley SK (2020) Integrative illustration for coronavirus outreach. PLoS Biol 18(8): e3000815. https://doi.org/10.1371/journal.pbio.3000815.
(d) Sober graphical representation of the pandemic by WHO as of 24.06.2020. versus (e) Dramatic exaggeration by blood red effects against a black death background in the Johns Hopkins dashboard as of 04.06.2020.

Several thousand corona viruses (CoV) are known to science as a family in two subfamilies with one or four genera within the order Nidovirales. [23] So far, six and now a seventh of them have become pathogenic for humans according to the current state of knowledge, which is why we speak of human coronavirus VII (hCoV 7 or *Corona-VII* for short) in the following.
The four anthroponotic[24] (i.e. transmitted from human to human) coronaviruses 229E alpha, NL63 alpha, OC43 beta, HKU1 beta have been endemic in Europe for some time. In 2016, a medical textbook listed the following items as standard knowledge,[25] which was then surprisingly lost in 2020:
Human coronaviruses cause acute respiratory illnesses that usually run smoothly, but occasionally lead to severe pneumonia, especially in the case of existing comorbidity or infections with specific human beta coronaviruses. Causative involvement in gastroenteritis is possible. Infections with the human coronaviruses (HCoV) NL63, 229E, OC43 and HKU1 occur mainly in the winter months and are responsible for about 5-30 % of all acute respiratory illnesses. Infections typically lead to rhinitis, conjunctivitis, pharyngitis, and occasionally otitis media or laryngotracheitis. Involvement of the lower respiratory tract is more common than was assumed a few years ago. Inpatient treatment of patients with acute infections of the lower respiratory tract (pneumonia, bronchiolitis, bronchitis) is due to coronaviruses in about 8% of children (5% of adults). Infections in infancy with HCoV-NL63 often also lead to laryngotracheitis (pseudocroup). Acute exacerbations of bronchial asthma due to coronavirus infections have been described frequently.

[23] Cf. Koonin et al. (2019*): International Committee on Taxonomy of Viruses ICTV Proposal 2019.006G.* https://talk.ictvonline.org/ictv/proposals/2019.006G.zip

[24] In English: *anthroponotic*. In German a neologism. Cf. the ambiguous terminology of zooanthroponoses (from animal to human) versus anthropozoonoses (from human to animal):: Hubálek, Zdenek (2003): *Emerging Human Infectious Diseases: Anthroponoses, Zoonoses, and Sapronoses*. *Emerg Infect Dis*. 2003;9(3):403-404.

[25] Ziebuhr J. (2016): *Coronaviren*. Medizinische Mikrobiologie und Infektiologie. 2016 : 479–482. doi: 10.1007/978-3-662-48678-8_58. https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7176174/

ISSN 2036-7821

The cyclical recurrence of certain coronavirus strains at intervals of a few years is typical. Co-infections of coronaviruses with other respiratory viruses (especially rhinoviruses, enteroviruses and parainfluenza viruses) are relatively frequent and then lead to a much more severe clinical picture, not infrequently also to hospital treatment. More than 80 % of all adults have antibodies against human coronaviruses. However, previous infections do not leave a long-lasting immunity, so that reinfections with the same pathogen are possible after only 1 year. Newborns usually have coronavirus-specific antibodies that are no longer detectable after 3 months. Seroconversion usually occurs before the end of the 3rd year of life.

After MERS-CoV and SARS-CoV [now CoV-1], which are also zoonotic (i.e. originally transmitted from animals to humans), SARS-CoV-2 (or the disease COVID-19 triggered by the virus) is only a small epoch in what is expected to be a long chain of subsequent pandemics. The Sanaga River in Cameroon (Fig. 7**Error! Reference source not found.**) marks the border between SIV-negative and SIV-positive chimpanzees, from the latter of which the HIV-1 virus that jumped to humans around 1920 came to the USA via the Caribbean around 1971. In recent years, virologist Nathan Wolfe has discovered a large number of new zoonotic viruses among both mammals and humans in the jungles of Central Africa: "We predict with confidence that Covid-19 will not be the last viral pandemic.[26] [27]



Fig. 7 Chimpanzee and young on Île Pongo in the Sanaga River, Cameroon, Réserve de Faune Douala Edéa, 3° 36' 42.08" N, 9° 54' 2.304" E, Photo: M. Vogt 2020-03-15.

Eugene T Richardson (2020)[28] recalls John Donne's lines "No man is an island, / entire of itself; / each is a piece of the continent, / a part of the main." (1624), pointing to the

[26] Washington Post 2020-03-16

[27] Disease X represents the knowledge that a serious international epidemic could be caused by a pathogen currently unknown to cause human disease, and so the R&D Blueprint explicitly seeks to enable cross-cutting R&D preparedness that is also relevant for an unknown 'Disease X' [now: X_1]as far as possible." WHO: *2018 Annual review of diseases prioritized under the Research and Development Blueprint.* Informal consultation 6-7 February 2018 Geneva, Switzerland. Zitat aus http://origin.who.int/blueprint/priority-diseases/en/ [22.05.2020].

ISSN 2036-7821

very significant role of the Global North in producing and reproducing structural injustice. Population growth and deforestation also increase human-animal interaction. In just two decades, a whole series of zoonotic pandemics have broken out. Nicola Decaro et al. (2020)[29] point to the tropicalisation of our hemisphere and thus to the high importance of an understanding of the tropics and their inhabitants. What may have been exotic in the past is now directly part of the One World. In view of the long known high mutability frequency of coronaviruses,[30] the global community will have to adjust to the same coexistence with the virus as it is already proving with the extraordinarily diverse family of Coronaviridae, specifically with the additional six human CoV since the so-called Russian 'flu'[31] in 1889 and with the thousands of non-human CoV.[32]

However, there is no reason for Manichean fears of apocalypse. It is the viruses to which we owe human life, from the placenta to the immune system. In the open system of our physical homoiostasis (the maintenance of largely constant conditions), the human genome accounts for only about 0.5 % of the DNA that constitutes us. The metagenome, on the other hand - viruses as well as bacteria, fungi, archaea, protozoa and parasites - accounts for about 90 % of the cells of our humanome and about 99.5% of its DNA.

Through microbial exposure to vaginal germs during the birth process as well as through subsequent skin-to-skin contact, the newborn child is immersed in the mother's metagenome and also adopts essential parameters of her immune system postnatally.

Just as the individual immune system needs daily training, contact with peers and the wider environment is an essential part of mutual immune training, especially up to the age of ten. For the constant training of the child's autoimmune system, contact with those 150 or so people who, according to anthropology research,[33] still make up

---

[28] Richardson ET: *Pandemicity, COVID-19 and the limits of public health,science'*. BMJ Global Health 2020;5:e002571. doi:10.1136/ bmjgh-2020-002571

[29] "Climate changes that are intensifying in this first quarter of the 21st century are favouring the spread of vector-borne diseases through increasing the proliferation of vectors and predisposing to their occupation of new ecological niches. The emergence in temperate climate areas such as Europe of vector-borne diseases caused by viruses considered exotic until few years ago (West Nile virus, Usutu virus, Chikungunya virus) accounts for a progressive geographic expansion of tropical diseases thanks to the ongoing phenomenon of tropicalisation." Decaro et al.: *Novel human coronavirus (SARS-CoV-2): A lesson from animal coronaviruses.* Veterinary Microbiology 244 (2020) 108693.

[30] Coronaviruses are well equipped to adapt rapidly to changing ecological niches by the high mutation rate of their RNA genome (about 10^{-4} nucleotide substitution/site/year) and high recombination frequencies." Vijgen et al. (2005): *Complete Genomic Sequence of Human Coronavirus OC43: Molecular Clock Analysis Suggests a Relatively Recent Zoonotic Coronavirus Transmission Event.* J Virol. 2005 Feb; 79(3): 1595–1604.

[31] Speculative but consistent attribution by Vijgen et al. (2005).

[32] https://talk.ictvonline.org/taxonomy/

[33] Meißelbach, Christoph (2016): *Wie sind Menschen eigentlich? Anthropologisch begründete Möglichkeiten und Grenzen von Migrantenenkulturation aus Sicht der evolutionären Anthropologie.* In: Vogt et al. (2016). *Ankommen in der*

ISSN 2036-7821

the immediate social environment of every human being, plays an essential role. The consequences of school closures and compulsory masking can be observed in autumn 2021 in a sudden increase in the susceptibility of European schoolchildren to viral and bacterial diseases.

However, science is only at the beginning regarding the function of the mesobiome or sociobiome —the metagenome of these 150 people. Could it be that we need these 150 people not only as our personal resonance space, but in the sense of John Donne ("No man is an island, / entire of itself; / each is a piece of the continent, / a part of the main.", 1624) also as a social co-infection space that is essential for training our immune system? Based on the weight of an adult on average in the world population (61.87 kg), the global dimensions of a reduction in the sociobiome can be estimated, at least quantitatively (see Fig. 8). What consequences this has for public health is largely unexplored, since - unlike Virchow's warning - the "social production of poor health" (Azetsop 2016)[34] is not the focus of individual-fixated medical research. Through its individual-fixated and sociality-blind misconceptions,[35] research has indirectly contributed significantly to pandemic mismanagement.

Influence of the Lockdown Corona VII measures on the human mesobiome or sociobiome; indicative data					
	Individual Human Holobiont	Mesobiom or Sociobiom (ingroup 150 persons)	Reduced Sociobiom (10% of 150 persons)	Humanom (World Population)	Gaia
Units per 2021-02-20	*61,87 kg*			*7.845.826.575*	
Weight (kilograms)	6,19E+01	**9,28E+03**	9,28E+02	4,85E+11	
Volume (km³)	6,13E-11	**9,19E-09**	9,19E-10	4,81E-01	
genom	2,20E+04	**3,30E+06**	3,30E+05	1,73E+14	
Human cells	3,00E+13	**4,50E+15**	4,50E+14	2,35E+23	
Bacteria	3,80E+13	**5,70E+15**	5,70E+14	2,98E+23	
Virom	3,80E+14	**5,70E+16**	5,70E+15	2,98E+24	
Share of Global Microbiom	*3,80E-17*	***5,70E-15***	*5,70E-16*	*2,98E-07*	*1,00E+30*
Share of Global Virom	*3,80E-19*	***5,70E-17***	*5,70E-18*	*2,98E-09*	*1,00E+33*
Mass Gaia to presumed ordinary mass universe					*5,97E-30*

Fig. 8 Indicative data of the Lockdwon Corona VII measures on the human mesobiom or sociobiom, based on an approximation of the dimensions of the human holobiont, mesobiom or sociobiom, and humanom in relation

deutschen Lebenswelt. Migranten-Enkulturation und regionale Resilienz in der Einen Welt. Europäisches Journal für Minderheitenfragen EJM Vol. 9 No. 1-2 2016. Berliner Wissenschafts-Verlag, pp 157-174. From anthropological research, the order of 150 persons is known as the typical size of tribal units. However, whether this order of magnitude also applies with regard to modern patterns of relationships and interaction in very different class- and milieu-specific social conditions, not to mention differences in rural and metropolitan forms of life, would have to be investigated empirically in more detail. Likewise, what role individual and collective migration movements play in the variability of social relationship and interaction patterns. We suspect a greater variability in this respect, seen from the perspective of the individual. (We thank Anton Sterbling for the comment).

[34] Azetsop Jacquineau (2016): *Epidemiological Research, Individualism, and Public Health*. In: G.G. Preparata (ed.), *New Directions for Catholic Social and Political Research. Humanity vs. Hyper-Modernity*. Springer.

[35] Dörner, Klaus (2002): *Gesundheitssystem: In der Fortschrittsfalle*. Deuttsches Ärzteblatt 2002; 99(38): A-2462 / B-2104 / C-1970.

ISSN 2036-7821

to each other and to Gaia mass. We assume an average global body weight of 61.87 kg per human being (in scientific terminology 6.19 times 10 to the power of 1, i.e. 6.19E+0.1 kg). His volume is 6.13 times 10 to the power of minus 11 cubic kilometres (6.13E-11)—mathematically, the entire human race fits into half a cubic kilometre.. The human body has 30 quadrillion cells (3.00E+13) and a similar number of bacteria plus ten times as many viruses (8.8E+14). This can be converted to the average anthropological group size of 150 people and to the whole of humanity. The total number of viruses belonging to the 7.8 billion human bodies amounts to 2.98 yotta (2.89E+24), which of course only make up a fraction of the global amount of viruses and are beyond human comprehension and thus also beyond human access. The numbers point to the necessary humility of mankind before natural events. Vogt (2021) based on (1) Sender R, Fuchs S, Milo R (2016) *Revised Estimates for the Number of Human and Bacteria Cells in the Body*. PLoS Biol 14(8): e1002533; (2) Meißelbach, Christoph (2016): *Wie sind Menschen eigentlich? Anthropologisch begründete Möglichkeiten und Grenzen von Migrantenenkulturation aus Sicht der evolutionären Anthropologie.* In Vogt et al. (2016). *Ankommen in der deutschen Lebenswelt. Migranten-Enkulturation und regionale Resilienz in der Einen Welt*. Europäisches Journal für Minderheitenfragen EJM Vol. 9 No. 1-2 2016. Berliner Wissenschafts-Verlag, pp 157-174. Table: Vogt 2021.

But this is only the biological level, which points to the absolute necessity of the resonance space through peers for children and adolescents. In addition, there is the social level, the maturing of intellect and responsibility in this very resonance space. Both dimensions were largely ignored during the elderly-centred Corona VII measures of 2020/21.

The "war" against the virus declared by French President Macron[36] and many others represents, according to current knowledge, one of the largest and most monodimensional non-bellicose allocations of resources in human history. By way of comparison, and in each case calculated for the US only, the cost of World War II was US$5.104 trillion,[37] the cost of the "War on Terror" following the attacks of 11 September 2001 over the two decades to 2021 plus applications for 2022 to be US$5.843 trillion (both in constant FY2021 dollars).[38] In contrast, the International

[36] Macron begins his *Adresse aux Français du Président de la République Emmanuel Macron 16 mars 2020* with the education system: « Le Gouvernement a pris, comme je vous l'avais annoncé, des dispositions fermes pour freiner la propagation du virus. Les crèches, les écoles, les collèges, les lycées, les universités sont fermées depuis ce jour. […] Nous sommes en guerre, en guerre sanitaire, certes : nous ne luttons ni contre une armée, ni contre une autre Nation. Mais l'ennemi est là, invisible, insaisissable, qui progresse. Et cela requiert notre mobilisation générale. Nous sommes en guerre. Toute l'action du Gouvernement et du Parlement doit être désormais tournée vers le combat contre l'épidémie. De jour comme de nuit, rien ne doit nous en divertir. | he government has taken firm measures, as I announced, to curb the spread of the virus. The nurseries, schools, colleges, high schools and universities have been closed since today. [...] We are at war, in a sanitary war, certainly: we are not fighting against an army, nor against another Nation. But the enemy is there, invisible, elusive, advancing. And this requires our general mobilisation. We are at war. All the action of the Government and Parliament must henceforth be directed towards the fight against the epidemic. Day and night, nothing must distract us from this. » https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/03/16/adresse-aux-francais-covid19.

[37] Data: Congressional Research Service RS22926. [deflated: Vogt 2021].

[38] Brown University Costs of War project: *Total War Appropriations and War-Related Spending FY2001 through FY2020*; https://watson.brown.edu/costsofwar/figures/2019/budgetary-costs-post-911-wars-through-fy2020-64-trillion. Confer Stiglitz, Joseph E., and Linda J. Bilmes of Harvard University's Kennedy School: *The Three Trillion Dollar War: The True Cost of the Iraq Conflict*. W.W. Norton, 2008. "Bilmes estimates the United States has committed to pay in health care, disability, burial and other costs for roughly 4 million Afghanistan and Iraq veterans: $1.6 to $1.8 trillion" [cit. AP July 12, 2021].

ISSN 2036-7821

Monetary Fund calculates that the Corona VII measures of the United States of America for the one and a half years from January 2020 to June 2021 amount to US$ 5.739 trillion, only for the above-the-line measures of additional spending and foregone revenue. To these must be added another US$0.510 trillion for the below-the-line measures and contingent liabilities from guarantees Together, this is US$ 6.249 trillion, or more than the entire WW II or the previous two decades of the War on Terror. However, these are figures for the US alone (Fig. 9).

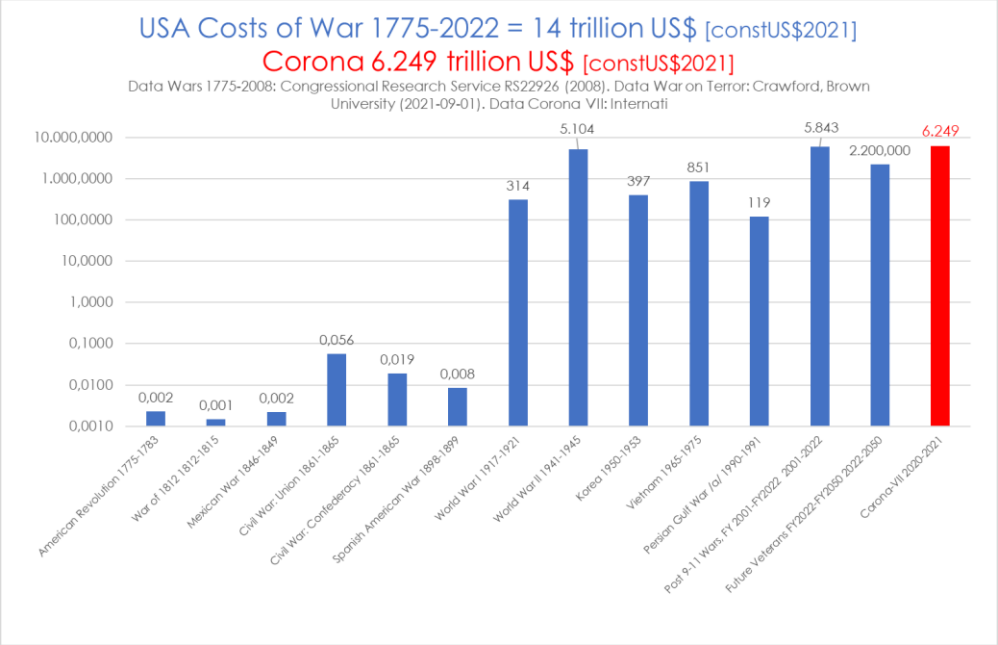


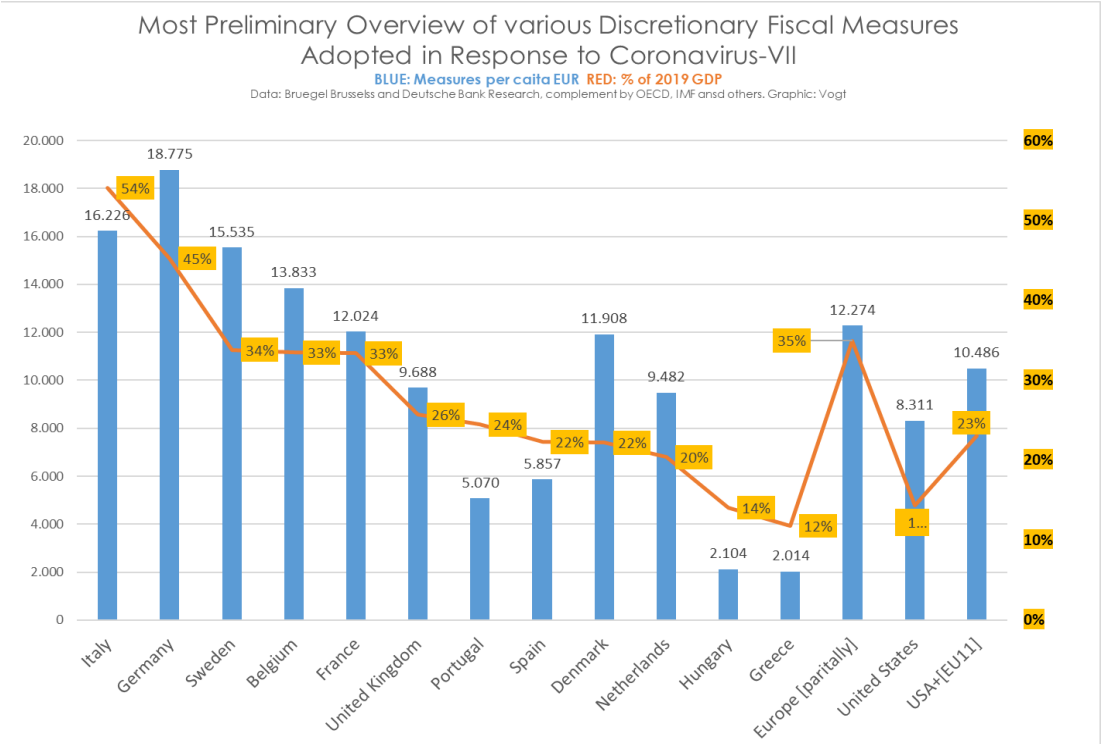
Fig. 9 USA Costs of War 1775-2022 including Veterans 2022-2050 = 14.828 trillion US$ [constUS$2021] versus costs of War on Corona 6.429 trillion US$ [constUS$2021]. Data Wars 1775-2008: Congressional Research Service RS22926 (2008). Data War on Terror: Crawford, Brown University (2021-09-01). Data Corona VII: International Monetary Fund (2021). Graph & deflated: Vogt 2021

For the global government Corona VII measures (Fig. 10), the IMF estimates a volume of US$ 16.034 trillion by March 2021, not counting the damage to property and human lives. The total damage to the global economy of US$26 trillion for the years 2020-2024 (approx. 6% GDP p.a.) already projected by Avenir Suisse in October 2020 could possibly be significantly exceeded.[39] In fact, global public debt has

[39] According to the classical tripartite division of Karl Gunnar Mannerheim Silverstolpe [Gunnar Westin Silverstolpe 1891-1975; in: Silverstolpe, K. Gunnar: *Världskrigets kostnader*. Ekonomisk Tidskrift Årg. 17, häft 10 (1915), pp. 329-338] a distinction would have to be made between government war expenditure, the value of property destroyed or damaged by acts of war, and human losses expressed in terms of capital value. In 1947, Silverstope calculated these costs for WWII (converted to constant dollars FY 2020) to be 6.3 and 1.4 and 2.4 respectively, together 10.2 trillion dollars [quoted from: Schönmann, O. (1948): *Was hat der zweiten Weltkrieg gekostet?* In: Pionier: Zeitschrift für die Übermittlungstruppen. Volume (Year): 21 (1948), Issue 1]. A

ISSN 2036-7821

increased by US$49.4 trillion or +28% to US$226 trillion or 256% of global GDP in 2020 (IMF 2021-12-15).



Discretionary 2020 fiscal measures	Disc Measures per capita (EUR)	Disc Mesaures as percent of GDP (2019)	Disc Measures total (mio EUR)	National Disc Measure (mio EUR)	pop 2020-01-01	NextGenEU per country	Immediate fiscal impulse	Deferral	Other liquidity /guarantee	NextGenEU per country	GDP 2019 (mio EUR)	share GDP 2019 of EU-27
Italy	16.226	54%	967.736	967.736	59.641.488	5,37%	3,40%	13,20%	32,10%	96.130	1.789.747	12,82%
Germany	18.775	45%	1.561.424	1.561.424	83.166.711	5,37%	8,30%	7,30%	24,30%	185.253	3.449.050	24,70%
Sweden	15.535	34%	160.443	160.443	10.327.589	5,37%	28,44%			25.484	474.468	3,40%
Belgium	13.833	33%	159.391	159.391	11.522.440	5,37%	1,40%	4,80%	21,90%	25.577	476.203	3,41%
France	12.024	33%	809.486	809.486	67.320.216	5,37%	5,10%	8,70%	14,20%	130.288	2.425.708	17,37%
United Kingdom	9.688	26%	649.340	649.340	67.025.542		8,30%	2,00%	15,40%	0	2.526.615	0,00%
Portugal	5.070	24%	52.197	52.197	10.295.909	5,37%	2,50%	11,10%	5,50%	11.457	213.301	1,53%
Spain	5.857	22%	277.225	277.225	47.332.614	5,37%	4,30%	0,40%	12,20%	66.858	1.244.772	8,91%
Denmark	11.908	22%	69.340	69.340	5.822.763	5,37%	5,50%	7,20%	4,10%	16.798	312.747	2,24%
Netherlands	9.482	20%	165.056	165.056	17.407.585	5,37%	3,70%	7,90%	3,40%	43.519	810.247	5,80%
Hungary	2.104	14%	20.553	20.553	9.769.526	5,37%	0,40%	8,30%	0,00%	7.845	146.062	1,05%
Greece	2.014	12%	21.590	21.590	10.718.565	5,37%	3,10%	1,20%	2,10%	9.851	183.414	1,31%
Europe [paritally]	**12.274**	35%	**4.913.780**	**4.913.780**	**400.350.948**						14.052.334	
United States	8.311	14%	2.735.311		329.135.084		9,10%	2,60%	2,60%		19.128.046	
USA+[EU11]	**10.486**	**23%**	**7.649.090**		**729.486.032**						**33.180.380**	

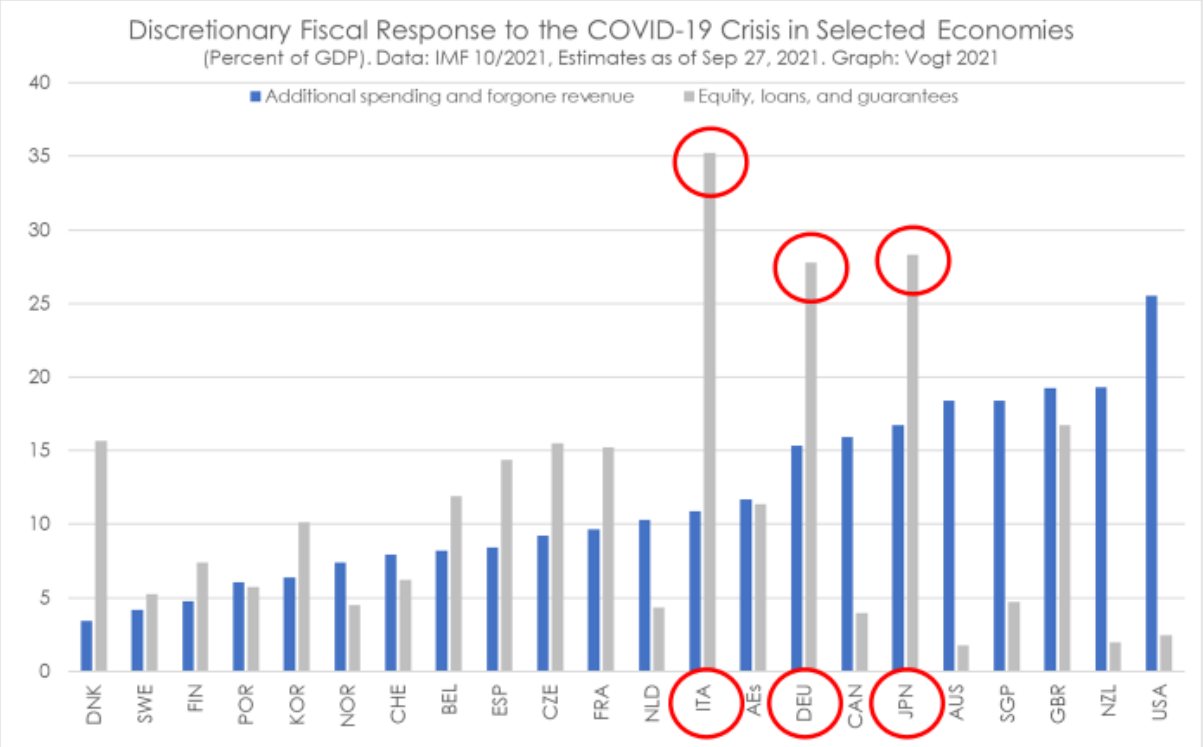
Fig. 10 Most Preliminary Overview of various Discretionary Fiscal Measures adopted in response to Coronavirus-VII. Measures per capita in Euro, and measures as ratio of GDP.Data: Bruegel 2020 Brussels and Deutsche Bank research 2020, complement by OECD, IMF and others. Graphic: Vogt 2021.

What is striking about the IMF statistics is which countries spent by far the highest shares of GDP on equity, loans, and guarantees (Fig. 11): it is Italy with 35.3%, Japan with 28.3% and Germany with 27.8% (without additional spending and forgone

corresponding three-way division would have to be made for the costs or effects of the Corona measures in 2020/21.

ISSN 2036-7821

revenues. These, in turn, are exactly the three countries that had the highest share of very old 80+ year olds in 2020. We suspect a connection.



Data: IMF 10/2021; OECD 12/2021	Corona VII Discretionary Fiscal Response (in Trillion US$)	% GDP	US$ per capita	av. net income 2020 (US$ p.c.)	ratio C-VII spending / net income p.a.	Each Citizen's Monthly loan instalment 30 years	percent C-VII loan installment of net income
Germany	1,647	43,11	19.786	28.211	70%	161,52	7%
Italy	0,870	46,15	14.611	24.166	60%	138,37	7%
Japan	2,273	45,05	18.070	27.927	65%	159,90	7%

Fig. 11 (a) Total Discretionary Fiscal Response to the COVID-19 Crisis in Selected Economies (Percent of GDP); equity, loans, guarantees, plus additional spending and forgone revenues. Data: Estimates as of Sep 27, 2021. Database of Country Fiscal Measures in Response to the COVID-19 Pandemic; and IMF staff estimates. Data: IMF 10/2021, Estimates as of Sep 27, 2021. Graph: Vogt 2021.
(b) Each citizen's theoretical monthly loan instalment over 30 years at an interest rate of 5.58% (Deutsche Bundesbank 07.12.2021 for private consumer loans) for the Corona VII Discretionary Fiscal Response Germany, Italy, Japan in trillions, as percent of GDP, as US$ per capita and in relation to average net income 2020. Data: IMF 10/2021, OECD 12/2021. Graph: Vogt 2021.

The worldwide costs of the Corona VII measures of approximately 24 trillion Swiss francs (Avenir Suisse 2020, Deutsche Bank Research 2020) must be borne by the generation of the young. In the case of the young Italians, according to the interest rates of the German Bundesbank of 07.1.2.2021 for private consumer loans, it could be calculated that each of them would have to pay 140 euros a month or 7% of their net income for their entire future working life; only for interest and repayment of the

ISSN 2036-7821

Italian Corona VII measures 2020/21 (Fig. 11b). With a national debt of 155.81% (2020) of GDP 2.573 trillion euros, it is ultimately the common man who pays the bill for politics.

Even more serious than the economic ruin of the community of states are the psychological and social consequences of the measures. *Social distancing* is contrary to human nature. The juventocide is essentially a (non-justiciable) theft of the resonance space.

Our thesis is that the fiscal, social and cultural juventocide was triggered by senescence-related risk aversion. For this we propose the term political immunosenescence. The mathematics of elections has been insidiously altered since 1945 by demographic shifts in the age cohorts of many nations. The census weight of the young has decreased decisively. This has direct consequences for the future capabilities of countries, as their school policies before and during the pandemic show. We propose as a term for this to speak of a *cultural Long-Covid.*

3. Confidence and Ssocial Dys-Distancing as the basis of our civilisation.



Fig. 12 Ritualised proximity through music and dance in the Bronze Age. Bronze ceremonial belt VIII.-VII.c. BC, Satovle-Nabaghrebi burial ground, Georgia, outline drawing (Mtskheta Museum) and photo (M. Vogt).

Trust and a sense of closeness are the stuff of which human dignity, mental health and collective intelligence are made, and by which human beings overcome their ancestral instinct to distance themselves. Since the beginning of human history, art has served as an instrument of ritualised closeness (cf. the Bronze Age belt in Fig. 12). Both neurocognitive and philosophical[40] research have shown that only on the basis

[40] Buber, Martin (1923): *Ich und Du*, Leipzig. Levinas, Emmanel (1961): *Totalité et Infini*, Den Haag.. Tischner, Józef (1982): *Etyka solidarności i Homo sovieticus*, Paris [*Ethik der Solidarität. Prinzipien einer Hoffnung*, Graz 1982].

ISSN 2036-7821

of closeness can children learn to speak and think en-culturatively.[41] That only in this way can adults be enabled to play a meritocratic role in their community.[42] That the elderly can die calmly ("high-touch instead of high-tech" is the name of the St. Gallen palliative approach). [43] The paradigm of *social distancing*, which sees in fellow human beings primarily a virus-spreading threat, is fundamentally incompatible with our civilisation and our psyche.[44] In this respect, humanity cannot reinvent itself, at least not as humanity and neither in Africa nor in Europe nor in America. (In civilisations whose monopolies of power are based on Lenin's dictum "control is better" and on the suppression of minorities, this may be different for the time being).

Trust and a sense of closeness are at the centre of the three ideological systems (a) Christianity, (b) capitalism and, at least the one so far, (c) science. According to Giorgio Agamben,[45] these still jointly shaped the early 21st century *prä coronam* (in Europe as well as in Africa and America); but *post coronam*, according to Agamben, medical science will now outstrip the other two.

(a) Mutual trust between people and trust of people in themselves is the key concept in Paul, the inventor of Christianity. He uses "faith, hope, charity" in verse 13 of the 1st Letter to the Corinthians to describe people's faith in one another, their hope in one another, their commitment to one another (mind you, without any reference to God, the usual translation of "pístis" as "faith in God" is wrong).[46]

(b) One of the earliest and most complex definitions of money comes from Malta. On a bronze coin with no metal value of its own, the Grand Master of the Order of Malta had a promise minted in 1565: "*Non [est] aes, sed fides* | [This is] not ore, but trust". Even today, pension funds and Wall Street have no other, less immaterial basis. [47]

---

[41] Cf. on the state of enculturation research Vogt et al. (2016):. *Ankommen in der deutschen Lebenswelt. Migranten-Enkulturation und regionale Resilienz in der Einen Welt.* Europäisches Journal für Minderheitenfragen Vol. 9 No. 1-2 2016. Berliner Wissenschafts-Verlag.

[42] Fundamental to the differentiation between *mask - prosopon - person*: Weihe, Richard (2004): *Die Paradoxie der Maske. Geschichte einer Form.* München. Vgl. auch : Vernant, Jean-Pierre (1989): *L'individu, la mort, l'amour. Soi-meme et l'Autre en Grece ancienne*, Paris.

[43] Schelosky, Susanne (2011): *Zwanzig Jahre Palliative Care St. Gallen 15. September 2011*. Universimed, Wien.

[44] Javed N, Khawaja H, Malik J, Ahmed Z. *Endocrine dysfunction in psychology during social distancing measures*. Bratisl Lek Listy. 2020;121(12):878-880. doi: 10.4149/BLL_2020_144. PMID: 33300357

[45] Agamben, Giorgio (2020): *La medicina come religione.* https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-la-medicina-come-religione [20.05.2020].

[46] The ancient Greek pístis (πίστις) has a social, not a theological connotation. Νυνὶ δὲ μένει πίστις, ἐλπίς, ἀγάπη, τὰ τρία ταῦτα μείζων δὲ τούτων ἡ ἀγάπη (Westcott-Hort); nunc autem manet fides spes caritas tria haec maior autem his est caritas (Vulgate); But now abideth faith, hope, love, these three; but love is greatest among them. (Luther 1545); And now abideth faith, hope, charity, these three; but the greatest of these [is] charity. (King James Version). Cf. on the personification of the πίστις Mt 18.20: "For where two or three are gathered together in my name, there am I in the midst of them." (King James Version).

[47] On money as institutionalised trust see Sokol, Jan (2003): *Was ist Geld?* In: Matthias Theodor Vogt, Jan Sokol, Eugeniusz Tomiczek (Hrsg.): *Kulturen in Begegnung. Bericht über das Collegium Pontes Görlitz-Zgorzelec-Zhořelec 2003*. Wrocław und Görlitz 2005. CZ: *Co jsou peníze*? Sociologický ústav AV CR, Praha 2004. S. 509 –518]. Cf. Aristoteles *Nikomachische Ethik*, V.8. 1133b.

ISSN 2036-7821

In the ancient world, money was issued and coins minted in temples, i.e. the places where the community worshipped its unifying, common, trust-giving "gods". The fact that Sotheby and Co. had to stop their auctions in the context of the Corona pandemic is related to the irreplaceability of the price-driving pre-evening talks; "*Non [est] ars, sed fides*" also applies to the art market.



Fig. 13 *non aes sed fides* | *not copper but trust.* Copper coinage issued by the Order of St John in Malta which were used in Malta from 1566 to 1827.

(c) In our ageing society, the medical profession and the recognition it enjoys play a crucial role. The core of the artfully[48] constructed *Hippocratic Oath*,[49] which has been the basis of medical professional documents in many countries since 1804, is the fourfold interdependent building of trust in the medical profession. First, the future doctor invokes self-confidence under the double protection of the gods and his own skill (clauses 1, 5, 9). Secondly, confidence within the medical profession (paragraph 2). Thirdly, the trust between doctor and patient that is only possible on this twofold basis (paragraph 8 as well as 3-4, 6-7). And fourthly, trust between doctor and society, provided that ethical standards are followed (paragraph 9). It would be absurd if doctors out of all people would now lend their hand to banish the paradigm of trust and closeness from society. But are we not on the verge of this expulsion?

In modern medical research, the concept of confidence has been elevated to the gold standard by the *confidence interval* 95, i.e. a maximum deviation of 5 % with random

[48] Probably singular in linguistic history is the fourfold negation in number 4: "Οὐ δώσω δὲ οὐδὲ φάρμακον οὐδενὶ αἰτηθεὶς θανάσιμον, οὐδὲ ὑφηγήσομαι ξυμβουλίην τοιήνδε. | I will not, however, and not at all (and) give to nobdy as (to this) prayed a deadly remedy, nor will I show such advice", Gehring and Mattli translation, Schweizerische Ärztezeitung 2016;97(23):854-856.

[49] The Hippocratic Oath has only been documented since the first century AD and may have a Christian ethic as its basis, not an Aegean one from 400 BC. Cf. Edelstein, Ludwig (1943): The Hippocratic Oath: Text, Translation, Interpretation, Bulletin of the history of medicine. No 1. 1943. supplements. Baltimore, Md.: The Johns Hopkins Univ. Press.

ISSN 2036-7821

repetition of the strictly scientific experimental design also in the social science field. (As a counter term, we propose the term *Corona Dysconfidence Interval* for the assessment of the consequences of political Corona VII measures for children and young people).

The fact that trust and a sense of closeness are the stuff from which human beings derive their dignity and mental health also applies in reverse: *social distancing* makes dying a horror. A lack of *social dys-distancing* makes it impossible for children to learn to speak fully. Non-verbal communication plays a decisive role in children's learning. According to some estimates, non-verbal communication accounts for two-thirds of communication acts in adults, and possibly even more in children. Facial expressions and lip movements play a crucial role. By requiring both children and their parents to wear masks, we deprive children of a central part of their competence training. We inflict the loss of hearing on young people; in the 1980s—long before the pandemic—24% of Germany's young men had such severe hearing impairments that they could not be called up for military service and had to and still have to face corresponding difficulties in social and professional life.

Viral illness can also lead to a loss of confidence in life. One of the most prominent cases is the Spanish court painter Francisco de Goya. After a life-threatening illness with complete deafness,[50] his style changed from the representative classical to the black romantic inwardness of the autobiographical print series "El sueño de la razon produce monstruos | The sleep of reason gives birth to monsters" (1797), widely acclaimed up to the present day. Figuratively speaking, in 2020 around the globe the "sleep of reason" has led to the loss of many people's confidence in life; not due to the virus itself, but due to the panic fear of the corona virus SARS-hCoV-2, a fear which has itself become a 'virus'. The politics of many countries have taken an active part in this.

4. Rationality-based policy addressing the prefrontal cortex, versus fear-based policy addressing the amygdala.

There are two types of politics: (a) One type of politics is based on sober analysis and addresses the centre of reason in the frontal cortex, the prefrontal cortex. It starts from the concept of the responsible citizen, his lived citoyenneté and his expertise.[51]

(b) The other kind of politics is based on fear and targets the amygdala, the fear centre in the brain. It is the instrument of power of African rulers. Amygdala researcher Hans-Christian Pape has pointed out that three concepts need to be

[50] Mackowiak suspects mumps, parotitis epidemica with encephalitis and damage to the vestibulochlear nerve. Mackowiak, Philipp A. (2013): *El Sordo*. In: *Diagnosing Giants*. Oxford University Press. pp82–96.

[51] Cf. at length Vogt et al. (2016): *Ankommen*, Kapitel 1 Kulturpolitik, S: 61–188.

ISSN 2036-7821

distinguished: Fright, Fear and Anxiety.[52] Politics addressing the amygdala is dangerous for a democracy, as it leads to states of panic that can no longer be controlled by the patient/citizen and may hand him over to demagogy (whether from the right is scientifically debatable).[53] The fearful emotional charging of politics favours enemy images and undermines the (previous) model of deliberative democracy, which had relied on a rationalisation of discourses and a universalistic ethic.[54]

While the so-called Cold War of 1947-1989 had created a comparatively stable pattern of order consisting of two conflicting alliance systems, the first quarter of the 21st century is increasingly characterised by the power struggle between the USA and the People's Republic of China. On the one hand, these are strongly intertwined. On the other hand, both are too weak on their own to be able to create a stable pattern of order or at least to continue to guarantee the previous functioning of the supranational organisations WTO, WHO, WFP, UN Security Council, etc. At the same time, however, they make it impossible for all to continue. At the same time, however, they make it impossible for all other third states such as the Russian Federation, the European Union, Turkey, Iran, etc. to fit into stable patterns of order and thus tend to force them into asymmetrical spaces of action for which we propose—in an inversion of Joseph Nye[55]—the term negative soft power. A current example of a policy approach that deliberately dismantles cohesion is the Russian Federation's 'Gerasimov Doctrine'. Its Chief of General Staff, Valery Gerasimov, had analysed, among other things, the Western interventions in Libya against Ghadafi

[52] "Fright is a reflexive reaction to a certain event. [...] Fear is [...] important. It prepares us to ward off or escape that potential danger. It is a very basic behavioural strategy that is present in almost all vertebrates and ensures their survival. Fear is an exaggerated fear response. It can occur without there being a direct trigger, and to an outsider the reaction is often incomprehensible." The place of publication is structurally interesting for the communication of science to the general public in the interplay of new media: www.dasGehirn.info—A project of the Gemeinnützige Hertie-Stiftung, the Neurowissenschaftliche Gesellschaft e.V. [President: Prof. Dr. Albert Ludolph, Max-Delbrück-Centrum für Molekulare Medizin, , Berlin], in cooperation with the ZKM | Zentrum für Kunst und Medien Karlsruhe. Here: *Fear ensures our survival,* 25.07.2011. https://www.dasgehirn.info/denken/emotion/furcht-sichert-unser-ueberleben [22.05.2020]

[53] Compare a Brazilian study ("Intelligence had a positive impact on political centrality. "Heiner Rindermann et al. (2012): *Political orientations, intelligence and education*. Intelligence. Volume 40, Issue 2, March-April 2012, Pages 217-225. https://doi.org/10.1016/j.intell.2011.11.005) with a British study ("We found that greater liberalism was associated with increased gray matter volume in the anterior cingulate cortex, whereas greater conservatism was associated with increased volume of the right amygdala. These results could be replicated in an independent sample of additional participants. Our results extend previous observations that political attitudes reflect differences in self-regulatory conflict monitoring and emotional face recognition by showing that such attitudes are reflected in human brain structure." Ryota Kanai et al.: *Political Orientations Are Correlated with Brain Structure in Young Adults*. Current Biology 21, 677-680, April 26, 2011. DOI 10.1016/j.cub.2011.03.017).

[54] Vogt, Markus (2017): *Politische Emotionen als moraltheoretische Herausforderung*, in: Münchner Theologische Zeitschrift 68 (4-2017), 292-305.

[55] Nye, Joseph S. (1990): *Soft Power*. In: *Foreign Policy.*, 80 (3), 153-171. Ders. (2004): *Soft Power. The means to success in world politics*. New York, PublicAffairs.

ISSN 2036-7821

and received essential ideas from it. He developed a script for Russian military operations, which he published in the Военно-промышленный курьер / Military-Industrial Kurier in February 2013.[56] "It uses, as in a fable by Aesop, the term defence for questions of attack" (Mark Galeotti) and subsumes under military policy the "realisation of events of information-based confrontation [propaganda] and special operations [...] under the guise of peacemaking activities." Gerasimov states that through political and economic pressure, massive propaganda, incitement of protests by the local population, "covert military means" and special forces, "even a flourishing state can be transformed in the course of months or even days into the arena of a bitter armed conflict and sink into a web of chaos, humanitarian disaster and civil war." Western outrage against the Russian Federation's soft power strategies is, however, ill-founded, as from the Iraq misstatement by the US to the French interventions in Syria and Libya to the deliberate confusion of justice and mercy by some churches, the West operates similarly.

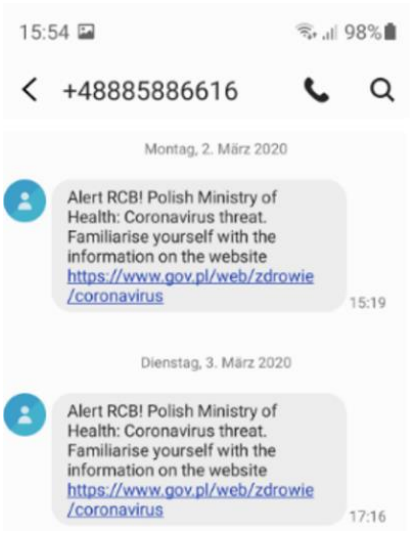
The "web of chaos and humanitarian catastrophe in which even a flourishing state could sink in the course of months or even days" (Gerassimov) is the shortest conceivable description of the effect of Corona VII, and even more so of Corona VII measures, on the majority of the world's states, both in the Global South and the Global North. Even if the People's Republic of China stands as the far-reaching winner of the measures, this effect is so far-reaching that it could only be achieved from within the states themselves, not through any propaganda campaign from outside, no matter how elaborate.

Asymmetrical warfare against foreigners, whether conquerors or states, has a long tradition. The term "guerrilla" (little war) comes from the Spanish uprising against Napoleon's troops that Goya put into the picture. What is completely new, however, (at least within the democratic fabric of Europe, but not within the Mongol legacy in Russia from 1241 to the present,[57] or the *Red Scare* heritage of the USA), is the use of fear politics against the citizens of one's own state, as was seen in the Corona crisis.

[56] English translation of the full article at Galeotti, Mark (2014): *The 'Gerasimov Doctrine' and Russian Non-Linear War*. Commented edition of Gerasimow. http://inmoscowsshadows.wordpress.com/2014/07/06/the-gerasimov-doctrine-and-russian-non-linear-war [31.08.2014]. Geras[s]imov, General Valery, Chief of the General Staff of the Russian Federation (2013): *The Value of Science in Prediction*. Moskau, *Военно-промышленный курьер*, Military-Industrial Kurier, February 27.

[57] Michail Schischkin in: Fritz Pleitgen, Michail Schischkin (2019): *Frieden oder Krieg. Russland und der Westen – eine Annäherung*. München 2019. Shishkin's thesis is original and worthy of discussion insofar as it could explain the fundamental non-inclusion of Russian territory either in the Byzantine positive legal system (continental Europe, Japan, Africa, South America) or the Anglo-Saxon case law system presumably borrowed from Arabia, while the Mongolian system (the ruler is always right and creates the law) is still applied today in the People's Republic of China.

ISSN 2036-7821



In Poland, at the beginning of March 2020, the government informed all mobile phone owners every afternoon by SMS with the text "Alert RCB! Polish Ministry of Health: Coronavirus threat. Familiarise yourself with the information on the website https://www.gov.pl/zdrowie/coronavirus" (Fig. 14). In April 2020, the same Polish government replaced the postmaster with a military man and passed a law on mandatory and effectively uncontrollable postal voting for the election of the president in the middle of the corona crisis, almost getting away with it.

Fig. 14 Daily SMS from the Polish government "Alert RCB! Polish Ministry of Health: Coronavirus threat." Source: Screenshot M. Vogt [20.05.2020].

In Austria, the Chancellor, Vice-Chancellor, Minister of Health and Minister of the Interior were joined by civil servants and health experts at the meeting of the Ministry of Health's "Corona" task force at the Austrian Chancellery on 12 March 2020. According to the minutes,[58] The then Federal Chancellor Sebastian Kurz was concerned that he did not yet sense any real concern on the part of the population. In response, Herwig Kollaritsch, a tropical medicine specialist, said that the population must be made aware that this is a potentially fatal disease and not a simple flu. According to the minutes, Kollaritsch cited the communication on the British measles epidemic of the 1990s as an example. There, the fear of the population was played on. And the minutes go on to say: "In short, it is made clear that people should be afraid of infection [!] or afraid of parents/grandparents dying. On the other hand, the fear of food shortages, power cuts, etc. should be taken away from the population." (Fig. 15).

[58] Reproduction after https://zackzack.at/2020/04/27/haelt-regierung-corona-fuer-nicht-viel-gefaehrlicher-als-grippe-protokoll-wirft-brisante-fragen-auf/. Excerpt documented under https://pbs.twimg.com/media/EWm_L-7XYAIBq7g?format=jpg&name=small. Cf. also the Executive Summary of the Expert Council, which was deleted by the Ministry itself, at https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj2hdraqczpAhWksKQKHePrAuYQFjAAegQIBhAB&url=https%3A%2F%2Fwww.oesterreich.gv.at%2Fdam%2Fjcr%3Aa9ba0dbb-fc05-4b6f-a7cb-ecb8b6842364%2FExecutive%2520Summary%2520Covid19%2520v2.pdf&usg=AOvVaw17ufsI09hDu4IvHLNM5HTW

ISSN 2036-7821

Bezugnehmend auf die Kommunikation gebe es als Beispiel die Masernepidemie der 90er in Großbritannien. Dort habe man mit der Angst der Bevölkerung gespielt. Daran anknüpfend, müsse man der Bevölkerung (vor allem der vulnerablen Gruppe) klarmachen, dass es sich um eine potentiell tödliche Krankheit handle und nicht mit der einfachen Grippe vergleich sei. Die Sterblichkeit sei demnach zwischen 10 – 15 % höher. Zudem gelte es, die Apotheken hinsichtlich Triage einzubinden.

Kurz verdeutlicht, dass die Menschen vor einer Ansteckung Angst haben sollen bzw. Angst davor, dass Eltern/Großeltern sterben. Hingegen sei die Angst vor Lebensmittelknappheit, Stromausfällen etc. der Bevölkerung zu nehmen.

Fig. 15 Extract from the minutes of the Corona Crisis Staff meeting on 12 March at the Austrian Ministry of Health, Vienna. Ref. 20, statements by tropical medicine expert Herwig Kollaritsch and Chancellor Sebastian Kurz (ÖVP): "People should be afraid that their parents or grandparents might die." Source: https://pbs.twimg.com/media/EWm_L-7XYAIBq7g?format=jpg&name=small.

The Frankfurter Allgemeine Zeitung commented: "Kurz is internationally known for his apocalyptic rhetoric. The state of emergency dressed up in words is a central component of his success. That was already true for the refugee crisis. And it applies even more to the "fight" against Corona, which is being waged primarily with war rhetoric. While in Sweden they appeal to reason, in this country they take the path of fear. Why is that? Are Austrians actually more capable of fear than of reason? When you ask someone in Austria what reason actually is, do they mean: a kind of bondage, in the sense of: "We all have to be reasonable now" (equivalent to the ÖVP credo "fold your hands and keep your mouth shut"), or do they mean critical personal responsibility based on enlightenment. It is to be feared the former." [59]
In Germany, the Federal Ministry of the Interior, for Construction and Home Affairs, with the involvement of China experts, unfolded a systematic fear policy with explicit inclusion of children in its strategy paper of 22.03.2020. (p. 13: "In order to achieve the desired shock effect, the concrete effects of an infection on human society must be made clear: [...] If [children] infect their parents, and one of them dies in agony at home, and they feel they are to blame because, for example, they forgot to wash their hands after playing, it is the most horrible thing a child can ever experience").[60] An exponential graph by the Federal Ministry of the Interior dated 22 March 2020 decided Germany's social and economic fate. For 27 May 2020, it predicted 1,159,441 German deaths (0).

[59] Frankfurter Allgemeine Zeitung, 30.04.2020

[60] https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2020/corona/szenarienpapier-covid19.html

ISSN 2036-7821

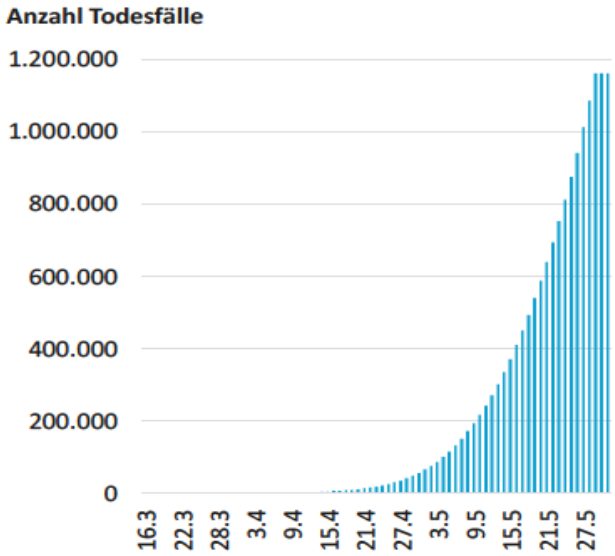


Fig. 16 An exponential graph by the Federal Ministry of the Interior, for Construction and Home Affairs dated 22 March 2020 decided Germany's social and economic fate. For 27 May 2020, it predicted 1,159,441 German deaths [BMI]: "How we get COVID-19 under control." Berlin, 22 March 2020, "VS-NUR FÜR DEN DIENSTGEBRAUCH" (VS-For official use only).

In this sense, the Federal Statistical Office in Wiesbaden spread a fear that could not be supported by the figures when it presented a "special evaluation" of the deaths in Germany in 2020 compared to the years 2016-19 as of 8 May 2020 (0). It showed for the period 01.01. to 12.04.2020 an [with 3% statistically not particularly significant] under-mortality of -8,809 deaths (or -1,201 for the period since the first Corona deaths 01.03.) or for the full-year period 13.04.2019 -12.04.2020 an [with 0.1% statistically clearly insignificant] excess-mortality of +1,159 deaths. However, the press release of the Federal Statistical Office[61] and the media reports based on it extrapolated the last three weeks of the reporting period under the heading "excess mortality". This is manipulation by the state and not compatible with the requirements of the Constitution and the Administrative Procedure Act.

This Polish, Austrian and German administrative action is far remote from policy #a, which is based on sober analysis and addresses the centre of rationality in the frontal cortex, the prefrontal cortex. It is at such points that the *dysconfidence interval* of citizens vis-à-vis their state, very familiar to Africa's citizens, sets in when the state does not protect them as mandated, but seeks to manipulate them. A 'tropicalisation' of our hemisphere can be observed not only in the area of climate, but also in politics.

[61] https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/05/PD20_162_12621.html

ISSN 2036-7821

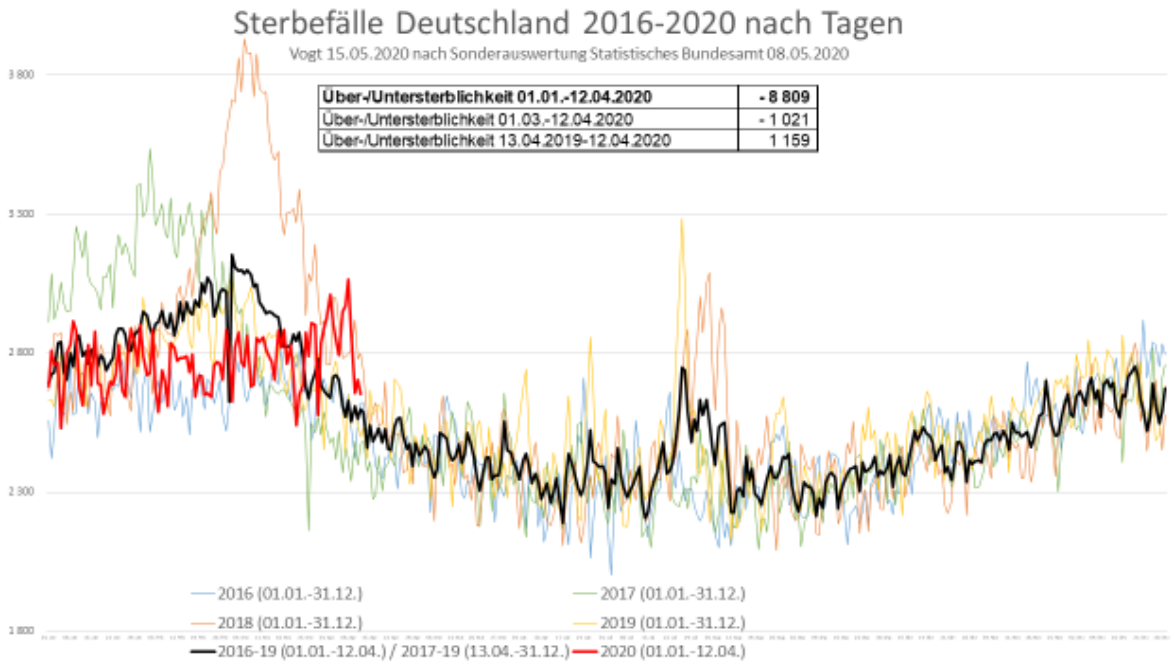
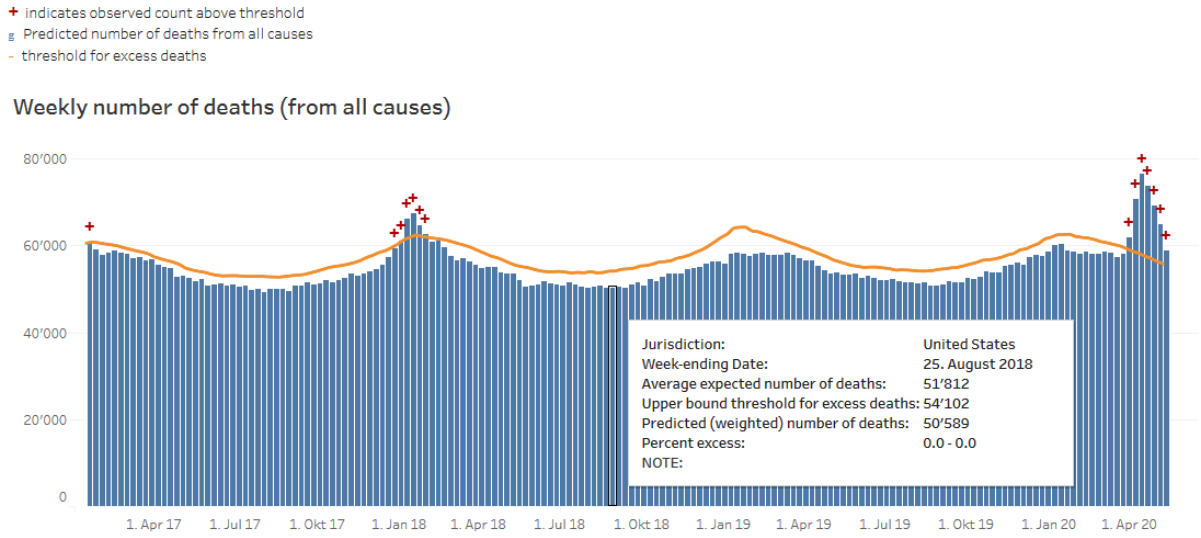


Fig. 17 Fatalities in Germany 2016-2020 by days. Source: Vogt 15.05.2020 according to special evaluation by Federal Statistical Office 08.05.2020

The situation is no different in the United States. The Centers for Disease Control and Prevention (CDC) keeps statistics under the heading *Excess Mortality* for the 171 weeks between 01/01/2017 and 09/05/2020, resulting in excess mortality in 1 week in early 2017, 6 weeks in early 2018 and 7 weeks in March to May 2020. In the long under-mortality periods of the further 157 weeks, 0.0 is given as "Percent Excess" (for example in Fig. 18 under 25/08/2018) instead of correctly listing the corresponding negative number.



ISSN 2036-7821

Fig. 18 Fatalities USA 01.01.2017-09.05.2020. In the long under-mortality periods, 0.0 is given as Percent Excess instead of a negative number. Source: Centers for Disease Control and Prevention (CDC), https://www.cdc.gov/nchs/nvss/vsrr/covid19/excess_deaths.htm [24.05.2020].

In view of such official inaccuracies and in view of the high level of uncertainty among large sections of the population, it is not surprising that conspiracy theories are circulating. In contrast, the seriousness of the social upheavals triggered by SARS-CoV-19 cannot be emphasised seriously enough.

Who gets to say? In the current German debate, what the New York Times had put in a nutshell on 10 May 2020, namely the need for a discursive differentiation between the "medical ending" and the "social ending" of an epidemic, is becoming apparent:[62]

When will the Covid-19 pandemic end? And how? According to historians, pandemics typically have two types of endings: the medical, which occurs when the incidence and death rates plummet, and the social, when the epidemic of fear about the disease wanes. "When people ask, 'When will this end?,' they are asking about the social ending," said Dr. Jeremy Greene, a historian of medicine at Johns Hopkins. In other words, an end can occur not because a disease has been vanquished but because people grow tired of panic mode and learn to live with a disease. Allan Brandt, a Harvard historian, said something similar was happening with Covid-19: "As we have seen in the debate about opening the economy, many questions about the so-called end are determined not by medical and public health data but by sociopolitical processes." Endings "are very, very messy," said Dora Vargha, a historian at the University of Exeter. "Looking back, we have a weak narrative. For whom does the epidemic end, and who gets to say?

5. The loss of knowledge about death.

The range of scientific perspectives of Ioannidis, Streeck and others were already available around 16 March 2020. It was not considered by Imperial College, German Federal Ministry of the Interior and other policy advisors. Completely independent of the dispute that has raged since then between non-clinical virologists on the one hand, social epidemiologists, palliative physicians, pedagogues, economists, humanities scholars and constitutional lawyers on the other, the question remains essential: Why was it possible in the United Kingdom, in the USA, in Germany and in all the other countries for exponential graphics with a million-death miscalculation to be believed by politicians and to be pan-hysterically propagated by the media?

Culturally, the cause is comparatively simple, though extremely consequential for the lives of millions worldwide. "We have lost sight of the fact that we are mortal. We can prolong life through prosperity, hygiene and good medical care, but death is

[62] https://www.nytimes.com/2020/05/10/health/coronavirus-plague-pandemic-history.html

ISSN 2036-7821

inevitable in the end. When the inevitable death of all living things that makes room for the next generation fades from consciousness, we as a society overreact in situations like Corona." (Barbara Rucha).[63] In contrast, death in the Corona hysteria is seen as a unique, absolute catastrophe, as something that must be prevented at all costs, and this attitude clouds the view of realities.

Allahu akbar—God is great, they say in many parts of Asia and Africa. In Europe, on the other hand, the view of super-mortalities and also sub-mortalities has been severely lost. We forget that nature gives humans an averagely healthy body with a functioning immune system only up to the age of about 50. Every year that we live in health beyond this age is largely due to medical progress. But this does not change the statistical reliability of a mortality of one hundred and zero period, which neither man nor mankind is able to change: Whoever is born, must die. From a cultural point of view, the decisive factor is how calmly or how panic-stricken one deals with this very finding. Especially in that part of the world where faith in God[64] [65] has been replaced by faith in science,[66] people tend to panic. The connection of the loss of trust in God with the loss of the view of "death as a friend" (A. Rethel 1851) has gained new poignancy through the current resilience discussion.[67]

What Hans Rosling states in "Factfulness" (2018) for the outdated-false view of the Global South, which lags some sixty years behind current developments, also applies to the worldwide development of death figures: As the Fig. 19Fig. 19 shows, today the region with the most annual deaths (in Central Asia it is 1,400 per 100,000 inhabitants) is twice as well off as the then EC members in 1969 (2,500). Mankind has achieved great things, especially in medicine, but 'we' are not grateful:

[63] Barbara Rucha, Leipzig, Mail 2020-04-24 to Matthias Theodor Vogt.

[64] Zuckermann, Phil (2007): *Atheism, contemporary numbers and patterns*, in: *The Cambridge Companion to Atheism*, edited by Michael Martin, New York: Cambridge University Press, S. 47 – 65.

[65] Western Europe was significantly less net positive regionally (4%) than the rest of the world where overall net positivity is 37 %. (Net score refers to the total percentage of respondents who believe religion plays a positive role in their country minus those who believe it plays a negative one.)" WIN-Gallup International (2014): *Does Religion Play a Positive Role?* Zurich. https://docplayer.net/17561453-Irish-version-does-religion-play-a-positive-role.html [20.05.2020].

[66] Valadier P. (1999) *Science as New Religion*. In: Babich B.E. (eds) *Nietzsche, Epistemology, and Philosophy of Science*. Boston Studies in the Philosophy of Science, vol 204. Springer, Dordrecht. Agamben, Giorgio (2020): *La medicina come religione*. Quodlibet Macerata.

[67] Cf. to "Tolerance of Ambiguity |Ambiguitätstoleranz" Stangl, Elias D. (2016): *Resilienz durch Glauben? Die Entwicklung psychischer Widerstandskraft bei Erwachsenen*, München (S. 215) sowie allgemein zu Glaube und Resilienz Sedmak, Clemens (2013*): Innerlichkeit und Kraft. Studie über epistemische Resilienz*, Freiburg/Br.; Vogt, Markus; Schneider, Martin (2016a) (Hg.): *Theologische und ethische Dimensionen von Resilienz*, Themenheft der Münchener Theologischen Zeitschrift 3/2016; Vogt, Markus; Schneider, Martin (2016b): *Zauberwort Resilienz. Analysen zum interdisziplinären Gehalt eines schillernden Begriffs*, in: Münchener Theologische Zeitschrift 67 (3-2016), 180-194. Wir danken Markus Vogt, München, für die Hinweise.

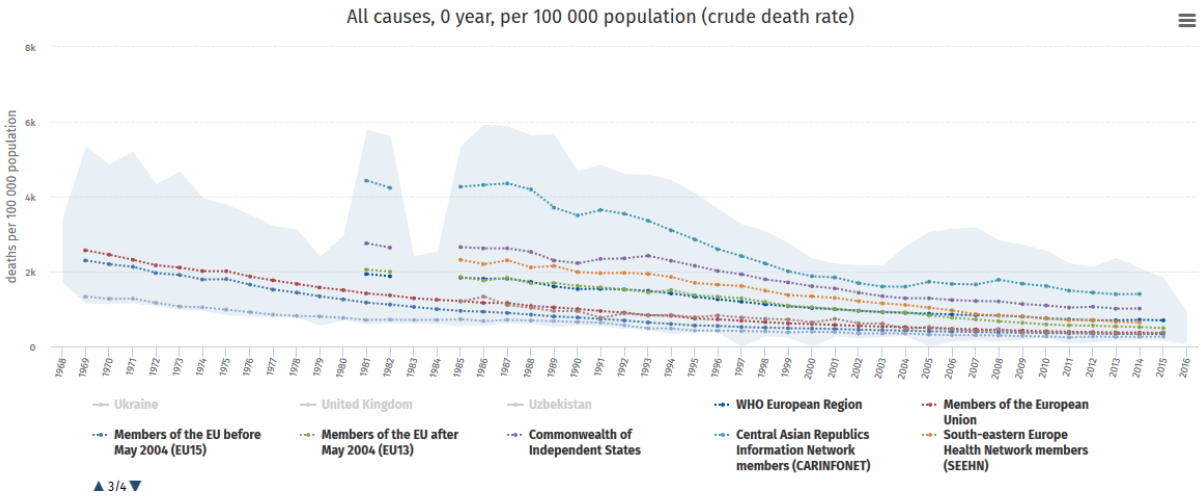


Fig. 19 Mortality EU15, Central Asia and others 1969–2016 all causes per 100.000. WHO (2020) https://gateway.euro.who.int/en/indicators/hfamdb_99-cdr-0-year-all-causes-per-100-000/visualizations/#id=29305

The following graph Fig. 20 shows Italy, Spain, France in the same time corridor (1969-2016). In Italy, death rates have decreased from 3,000 to 300 per 100,000 by a factor of ten. In other words, also as a result of the reduction in child and youth mortality, personal encounters with the phenomenon of death on the street or among acquaintances have decreased by 90%. In the context of SARS-COV-2, governments have now apparently opened the "war" (Emanuel Macron) against the remaining 10%. In Silicon Valley, Aubrey de Grey considers the belief in the insuperability of death obsolete and death not a metaphysical problem but a technical one. The hubris is obvious. It has taken its revenge, just like in the biblical story of the Tower of Babel.

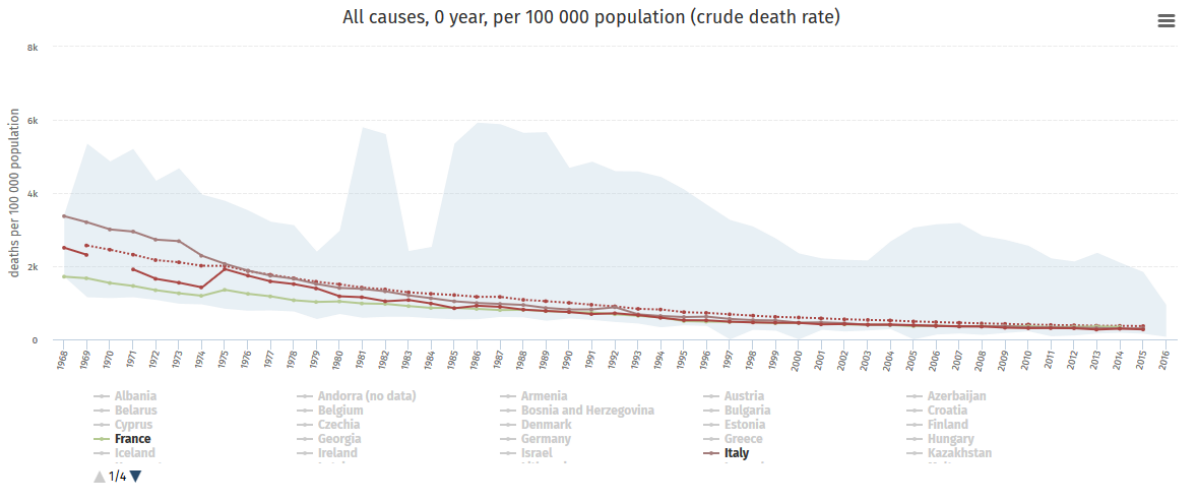


Fig. 20 Mortality France, Italy 1969–2016 all causes per 100.000. https://gateway.euro.who.int/en/indicators/hfamdb_99-cdr-0-year-all-causes-per-100-000/visualizations/#id=29305

ISSN 2036-7821

Unlike in Germany, for the vast majority of people in sub-Saharan Africa there is no choice between, on the one hand, an intensive care bed with equipment costs of 85,000 euros[68] or 1,265 euros a day[69] and, on the other hand, dying. "Outsmarting death, becoming immortal—Africa does not live this dream", [70] at least not technically. Here, the death of the young, the old and the sick is an inseparable part of life. Culturally, Africa is better equipped to deal with the phenomenon of death than Europe.

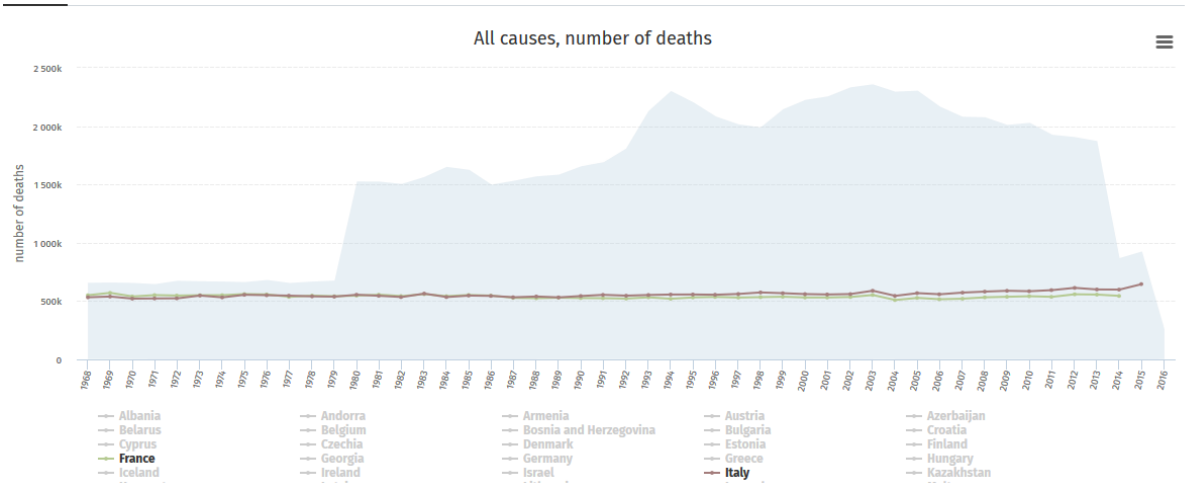


Fig. 21 Mortality France, Italy 1969–2016 all causes. https://gateway.euro.who.int/en/indicators/hfamdb_98-deaths-all-causes/visualizations/#id=29302

However, the above statistics for Europe are only a relative truth. As graph no. Fig. 21 shows, the absolute number of deaths actually remained constant at 500,000 per year, both in France and in Italy.

The increase in deaths in Italy from 598,000 (2015) to 640,000 (2016), corresponding to an excess mortality of 50,000 or 10%, was not noticed by the media abroad, quite differently from then Corona VII fatalities 2020 (75,891 fatalities due to or with Corona VII among a total of 746,146 fatalities that year at an excess mortality of 100,526 over the 2015-2019 median.). The non-perception of 2016 at that time is largely related to the media system and its coverage.

Political expediencies are crucial, for example the fact that Europe's prosperity is based on a series of exploitative systems.[71] The state government of North Rhine-

[68] https://www.dkgev.de/dkg/presse/details/78-milliarden-euro-angebliche-zusatzfinanzierung-der-kliniken-haelt-einem-faktencheck-nicht-stand/ [20.05.2020]

[69] Zahlen von 2008. https://www.springermedizin.de/der-anaesthesist/7944590 [20.05.2020]

[70] Leoš Janáček, see below.

[71] Szaniszló, Inocent-Mária V. OP (ed., 2021): *Invisible migrant workers and visible human rights*, Angelicum Press, Roma 2021. Vogt, Matthias Theodor (2021): *On the threshold to visibility and dignity. The long story of Polish migrants*

ISSN 2036-7821

Westphalia stated as late as 2015: "Following the opening of labour markets triggered by the EU, competition in the construction sector has intensified. Precarious employment and subcontractor systems put pressure on companies offering fair work." [72] The rebuilding of Berlin as the capital of reunified Germany was largely done by foreign construction workers, including from Portugal, who worked below legal standards, not very different from what is still done in Qatar or Singapore today. Only very hesitantly did the state assign its own customs to carry out controls against the subcontractor and sub-subcontractor system. In the case of the German slaughterhouses, such controls were only triggered by massive Corona rates in 2020; the cheap meat had an extremely high political status until then. A similar situation applies to the exploitative system of the likewise Central and Eastern European harvest workers in Germany. The slave system of African and Near Eastern harvest workers in Italy is obviously firmly in the joint hands of the Nigerian mafia[73] and the Camorra-Ndrangheta mafia. Certain re-legalisations and improvements in the hygiene, housing and contractual situation were only triggered by Corona. Corona VII did not bring about any significant improvements in the sex workers' system.[74]
Most important in the Corona VII context is the care of the elderly of Western Europe. It is largely in the hands of Central and Eastern European women who take turns, for example, in a two-month system, and who would risk their domestic social entitlements by legalising their Western European work. What was not reported in the media was the panic caused by these same media. When the *Alert!* messages from Poland (Fig. 14) and the other home countries reached the elderly care workers working in northern Italy, they took the next bus home in flight, abandoning the elderly - in the country with the highest average age in Europe and the second highest in the world, a major trigger of the northern Italian Corona VII crisis along with NO2 inversion weather,[75] a European top ranking in Sespis-related antibiotic resistance[76] and the transport of infected people from hospitals to old people's homes.

---

at Görlitz/Zgorzelec with special emphasis on the role of the Roman Catholic and the Evangelical United Churches. In: Szaniszló OP (ed., 2021): *Invisible migrant workers.*

[72] *Handwerksbericht der Landesregierung Nordrhein-Westfalen, Basis 2015*. Düsseldorf. S. 31.

[73] Cf. Palmisano, Leonardo (2019): *Ascia Nera-la brutale intelligenza della mafia nigeriana*, Fandango, Roma. Immigration and Refugee Board of Canada (2012): *Nigeria: The Black Axe confraternity, also known as the Neo-Black Movement of Africa, including their rituals, oaths of secrecy, and use of symbols or particular signs; whether they use force to recruit individuals (2009-November 2012).*

[74] http://www.vatican.va/content/francesco/it/messages/peace/documents/papa-francesco_20141208_messaggio-xlviii-giornata-mondiale-pace-2015.html.

[75] Ogen, Yaron (2020): *Assessing nitrogen dioxide (NO2) levels as a contributing factor to coronavirus (COVID-19) fatality*. Science of the Total Environment 726 (2020) 138605. https://doi.org/10.1016/j.scitotenv.2020.138605.

[76] Greece 63.9% or two thirds of the population, Romania 29.5%, Italy 26.8%, France 0.5%, Germany 0.4%, Iceland 0.0 %. https://atlas.ecdc.europa.eu/public/index.aspx?Dataset=27&HealthTopic=4

ISSN 2036-7821

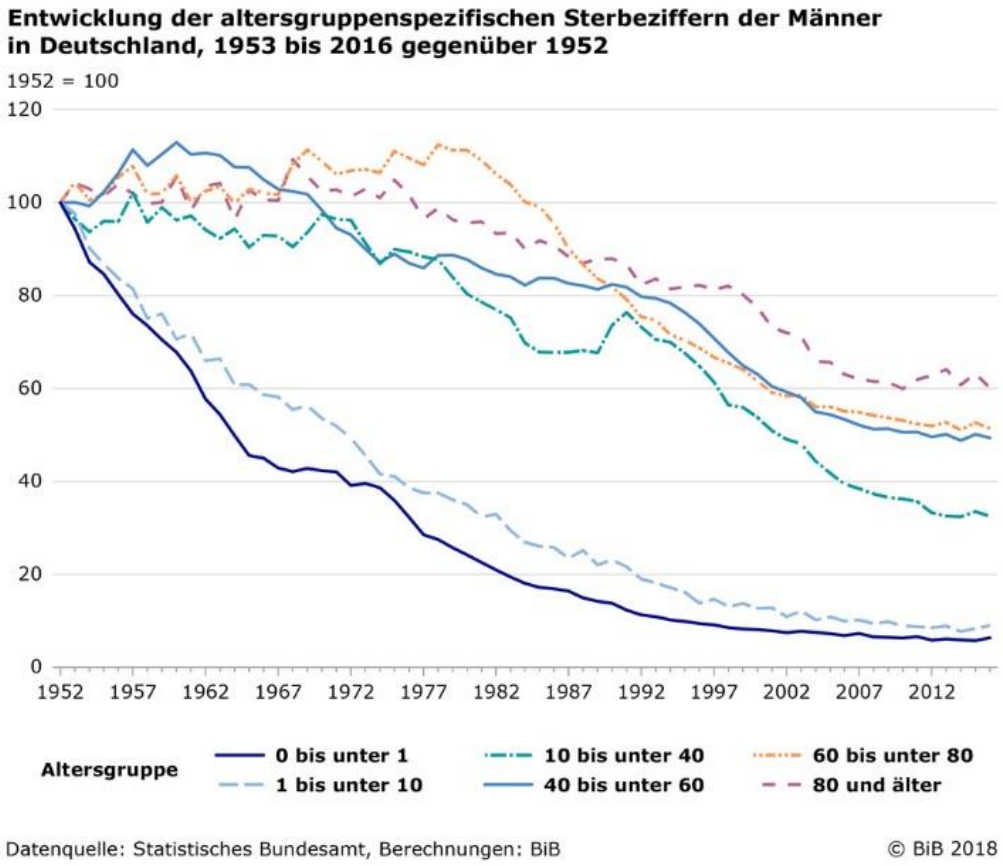


Fig. 22 Development of age-group-specific male death rates in Germany, 1953 to 2016, compared to 1952. https://www.bib.bund.de/DE/Fakten/Fakt/S08-Altersspezifische-Sterbeziffern-Maenner-ab-1952.html?nn=9992046.

The difference between the two graphs (Fig. 19 and Fig. 21) can be explained by the tremendous increase in life expectancy. Freely adapted from Paul Celan, one has to state soberly: 'Death is—still—a master *in* Germany'. Germany has to deal with almost one million deaths every year, and deals with them (2019: 939 500).[77] The figure results from the mathematical ratio of the so-called distant life expectancy from the age of 65 (2017: 17.8 for men and 21 for women) with an extremely reduced frequency of deaths of children and young people and a population of 83,149,300 (as of 30.09.2019). It is not the 2,552 deaths per day that are astonishing, but rather that Germany in both East and West, and then collectively, has managed to push death rates among 60-79 year elderly down to only 60% of the 1952 level, creating the entirely new age group of often enough sprightly and energetic young oldies under 80 (Fig. 22). Increased life expectancy is a result of increased prosperity. It had—we repeat: fortunately!—European countries to pass on the surplus to their elderly 65+, who in Germany account for 50% of the total health system expenditure of 376 billion

[77] Federal Statistical Office. *Preliminary results*, as of 24.04.2020.

ISSN 2036-7821

euros. So where do we get these funds from? As a result of the anti-Corona VII measures, do we now also have to reduce the health system by 20% or more, just like the entire infrastructure?
The non-holistic pandemic measures that were initiated without cultural sensitivity have not listened to the main affected group of the elderly, have taken the whole of society hostage in a complex triage, have brought the care of the normal sick to a standstill (in Germany with alimentation of the medical profession due to last year's quarterly figures regardless of the massive absence of the media-panic frightened clientele), have had extreme follow-up consequences for public health, [78] have triggered serious collateral effects in the global South, have severely impaired public assets and thus the future of the already pensionless younger generation.

6. Thinking through Macron's "declaration of war" on the phenomenon of death with the means of art.
Although everyone is talking about Albert Camus' *Plague*, the European cultural scene has hardly addressed three works that deal with the abolition of death and use the means of art to think through Macron's "declaration of war" on the phenomenon of "death". We recommend deciphering current events in the light of these works of art.
(a) In 2005, the Portuguese Nobel Prize winner for literature José Saramago published *As intermitências da morte*, [79] which "reconciles with dying by illustrating what it would be like without death".
In his new novel *Death with Interruptions*, the almost eighty-five-year-old takes this game [of similes and also-rans, as in The City of the Blind] to the extreme and lives out a bold fantasy of omnipotence: He abolishes death without further ado. There is simply no more dying, at the stroke of twelve on New Year's Eve in an entire country. Firemen pull the dying out of burning houses, but they just keep breathing, for days, weeks, months. Accident victims suddenly refuse to die. Those who are able to live, on the other hand, breathe a spontaneous sigh of relief because no impending end slows them down. Only the church representatives are at a loss and fear for their theological core, because where there is no death, there is no resurrection. [...] A literary dance of death, which, because it reconciles with dying by illustrating what it would be like without death, also stands in the tradition of the memento mori, but breaks it playfully. [80]

[78] Galea S. et al.: *The Mental Health Consequences of COVID-19 and Physical Distancing. The Need for Prevention and Early Intervention*. JAMA Internal Medicine Published online April 10, 2020
[79] Which means both "flashes / blinking lights of death" and "interruptions of death". Swedish as *Dödens nycker* [The Whims of Death] 2005, German as *Eine Zeit ohne Tod* 2007, English as *Death with Interruptions*, 2008
[80] Frankfurter Allgemeine Zeitung, 10.10.2007.

ISSN 2036-7821

(b) In 1922, the Czech composer Leoš Janáček met the eternally young Elina Makropulos in the comedy *Věc Makropulos* (The Makropulos Affair) by Karel Čapek: "To cheat death, to become immortal - this dream is as old as the history of mankind. But is it really worth striving to live forever? Isn't it precisely finiteness that makes life valuable in the first place?"
In the course of his work on the opera, he developed compassion for his title character, who had had to live so long and endure her endless loneliness. "I want everyone to be fond of her in the end," he wrote. "I can't do it without love." [...] To cheat death, to become immortal - this dream is as old as the history of mankind. But is it really worth striving to live forever? Isn't it precisely finiteness that makes life valuable in the first place? At least that is what Emilia Marty learns. An elixir to prolong life was tested on her - and she has been living for 337 years now in changing countries under changing names (her original name was Elina Makropulos) and identities. The effect of the elixir begins to wear off, and at first "Marty", as the singer is also admiringly called, is willing to use any means to get the lost recipe for the potion; she also uses her irresistible erotic attraction for this purpose, and men of all ages lose their heads in rows because of her, while she herself remains completely cold emotionally. But when the recipe finally comes back into her possession, she realises that she doesn't want to go on living at all: "This terrible loneliness! You get tired of the good, tired of the bad.... And you feel that the soul inside you has died."[81]
(c) One of the highlights of contemporary music theatre is *Le Grand Macabre* (1978) by the Hungarian composer György Ligeti after Michel de Ghelderode: "Death as a hero, but perhaps only a minor juggler, the broken and yet happily thriving, boozy, whored-up world of the imaginary 'Breughelland'". The work harks back to a puppet play by Flemish author Michel de Ghelderode, *La Farce de la Mort qui faillit trépasser* (The Farce of Death Who Almost Died 1924/25), the model for his own *La Balade du Grand Maca*bre (The Ballad of the Great Macabre 1934).
The supposedly impending end of the world, a comet exploding near the earth - the story is set in a fantasy land: Breughelland. There, the Great Macabre Necrotzar appears and announces the end of the world. Whether he means it or not is hard to figure out. The fact is that the inhabitants of the threatened territory do everything they can to make the most of the remaining time for all the sensual pleasures of life. Naked existential fear and panic are juxtaposed with erotically savouring pleasure. Ligeti's full-length stage work "Le Grand Macabre" was written between 1974 and 1977 based on the play "La Ballade du Grand Macabre" by the Belgian Michel de Ghelderode (1898 - 1962). György Ligeti (1923 - 2006) was fascinated by de Ghelderode's play: "It was tailor-made for my musical-dramatic ideas: an end of the world that doesn't really happen, death as a hero who is perhaps only a small

[81] Theaterkompaß, Neuss 15.September 2019.

ISSN 2036-7821

juggler, the broken and yet happily thriving, drunken, whored world of the imaginary 'Breughelland'". The premiere took place in 1978 at the Royal Opera in Stockholm. The version revised by Ligeti himself, which will also be the basis of the Chemnitz production, was first performed at the Salzburg Festival in 1997. The absurdly disrespectful persiflage of a Last Judgement is also musically marked by parody. The classical orchestra is augmented by a lot of percussion and keyboard instruments. It begins with a car horn overture, places slapstick and improvisation next to complex row structures and cluster formations and does not shy away from lustily expressed crudities. The internationally renowned painter and sculptor Georg Baselitz has taken on the design of the stage set.[82]

All three works deal with a crucial difference: that between the promise of dignity, for example in Article 1 of the German Constitution, on the one hand, and an understanding of life as a mechanistic phenomenon, as in the strategy paper of the Federal Ministry of the Interior, on the other. The promise of dignity requires continued dialogue, especially between different age groups. In this sense, in 2019 young German adults dealt with the connection between *Death and New Life* (*Tod und Neues Leben*) in a variety of smaller art projects. [83] Anthropologically, they are inseparable, but in a world of glossy media with their cover images of eternal youth, their connection is consistently faded out and the difference between physical, mental and spiritual maturation[84] is negated.

In the context of the much-discussed thesis in medical circles of pneumonia as *the old man's best friend* (incorrect quotation of William Osler 1892),[85] emphatic reference should be made to the complaint of palliative medicine that it had been excluded from the federal government's deliberations: "All ethical principles that we know are violated. According to a Chinese study, [we doctors] can actually save only three percent of those affected, 97 percent die despite maximum therapy - [...] a large number of those who are saved, after two to three weeks of ventilation, remain severely disabled. [...] [According to studies,] 91 percent of those questioned would reject measures that come with the high risk of disability. [At] Aachen University

[82] Theater Chemnitz 28.09.2013.

[83] https://kultur.org/forschungen/tod-und-neues-leben/.

[84] Vogt, Matthias Theodor; Fondis, Kristina; Menzen, Karl-Heinz; Thiele, Gisela (2017): *Kunst und Demenz. Ein Leitfaden für Modellprojekte.* Institut für kulturelle Infrastruktur Sachsen, Görlitz.

[85] "In children and in healthy adults the outlook is good. In the debilitated, in drunkards and in the aged the chances are against recovery. So fatal is it in the latter class [i.e. the elderly] that it has been termed the natural end of the old man." Osler, W. *The principles and practice of Medicin*e 1892, 1st edition. Cf. Rijkers, G.T., Pelton, S.I. *The old man's friend*. Pneumonia 10,8 (2018). https://doi.org/10.1186/s41479-018-0052-7

ISSN 2036-7821

Hospital[86] [the] main cause of death was that patients refused ventilation themselves, knowing full well that they could die as a result." (Matthias Thöns).[87]

A possible basis for discussion of *death as a friend* is offered by Alfred Rethel in the 1848 homonym print name and in the interpretation of the print by Lionel von Donop (1889),[88] which at first glance does not fit the present day: "In a touching way and in mild reconciliation balancing out the gruesome impressions, 'Death as a Friend' [1848] comes to us at the artist's hand. In a high tower chamber, transfigured by the rays of the departing sun, the aged Thürmer, his withered hands folded in prayer, has fallen blissfully asleep on his armchair. How often did he accompany the homecoming of an earth pilgrim in the city with the festive sounds of his bell! Now Death himself is at his service, serious and pensive, but a merciful and intimate friend, for he knows that he brings blessed rest and eternal peace to weary old age."



Fig. 23 Alfred Rethel: *Der Tod als Freund* (*Death as a Friend*), 1848).

7. The Oxford Index of the global strangulation of societies by their own governments.

Since the spring of 2020, governments around the world have followed the Chinese example by imposing measures on their populations in favour of the minority of the elderly and at the expense of the minority of the young.

The terminology used by the Western analysts is telling. Oxford University has developed an index for the Corona measures of governments and coined an appropriate term for them: *stringency*. In Latin, *stringere* means to tie up, to bind together; the same root can be traced back to Latin *strangulāre* or Greek *strangalūn* (στραγγαλοῦν) 'to strangle, to suffocate' (Pfeifer et al. 1993). Translated, the Oxford term thus means: *Index of the worldwide strangulation of societies by their own governments*. To our knowledge, there has never been such a global strangulation of social, cultural and economic life in history outside of war events as there has been since January 2020 (Fig. 24).

[86] In the study of Heinsberg patients by Dreher, M. et al.*Charakteristik von 50 hospitalisierten COVID-19-Patienten mit und ohne ARDS* [acute respiratory distress syndrome]. Dtsch Arztebl Int 2020; 117: 271-8; DOI: 10.3238/arztebl.2020.0271.

[87] Deutschlandfunk 11.04.2020.

[88] Donop, Lionel von(1889): Allgemeine Deutschen Biographie, Band 28, 1889, S. 255-273

ISSN 2036-7821

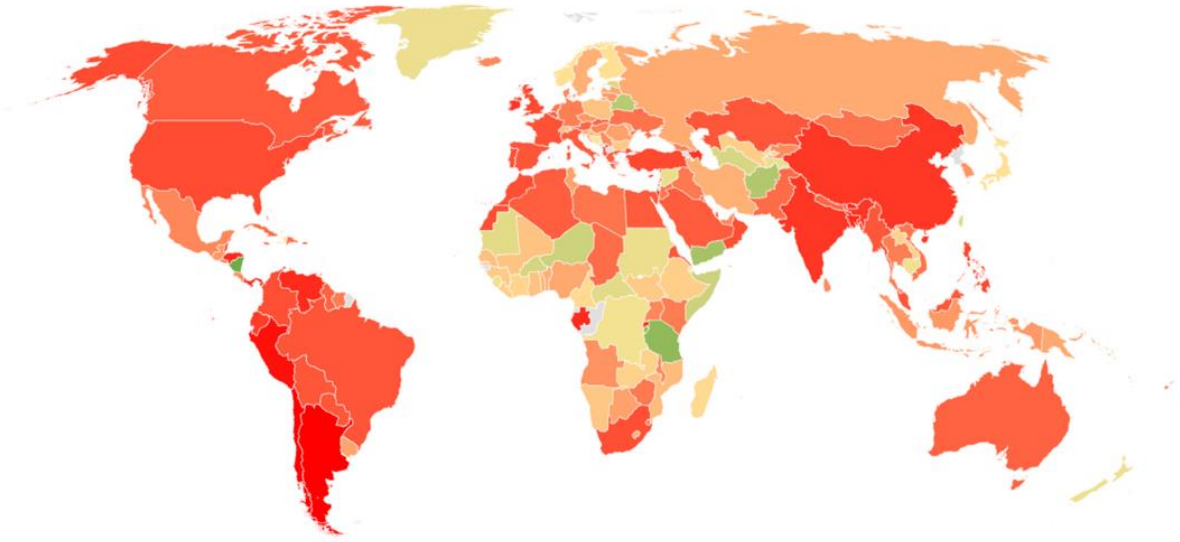


Fig. 24 Worldwide Strangulation of Societies by their own governments 2020-01-01 to 2021-02-28. Data: Stringency Index (2021-02-28). Graph: Vogt 2021.

The central problem with the Oxford Research Group's use of the term "stringency" is that none of these governments could cite science-based recommendations for their Corona VII actions in 2020. The exact opposite was the case. Due to the consistent lack of evidence, both the World Health Organization and the European Centre for Disease Prevention and Control had explicitly recommended against deep *non-pharmaceutical public health measures*. Except in the case of a pandemic on the scale of the Spanish flu. As a result of the speculative––and too late retracted—calculations of Imperial College, the case then arose in March 2020 that exactly such magnitudes were predicted without the British government seeking a second opinion, unlike the Swedish and initially the Dutch.

In 2019, the ECDC Stockholm presented a meta-study on pharmaceutical and non-pharmaceutical public health measures, which looked for scientifically robust evidence for all conceivable public health measures, but did not find any. None of the measures were rated Grade A,[89] most of them Grade C.[90] As a result, the agency issued an urgent warning against all measures except hand washing, stating: "some possible community measures (proactive school closures, home working, etc.),

[89] "Evidence of effectiveness: A, B and C represent strongly, reasonably and poorly evidence-based recommendations, respectively. Grade A: Systematic reviews where there are diverse primary studies to draw from (not primarily modelling), well-designed epidemiologic studies or especially experimental studies (randomised controlled trials."

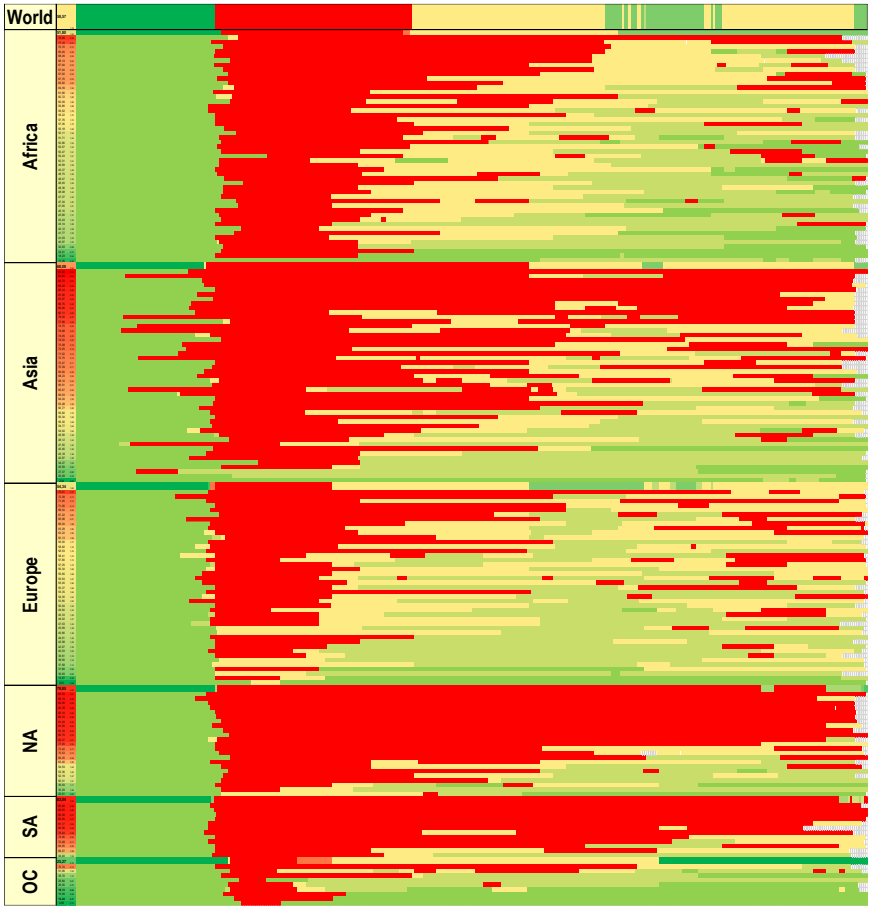
[90] "Represents evidence based on case reports, small poorly controlled observational studies, poorly substantiated larger studies, application of knowledge of mode of transmission, infectiousness period etc. Cm refers to modelling with few or poor quality primary data.")

ISSN 2036-7821

though probably reducing transmission, can be more costly and disruptive than the effects of the pandemic itself. "[91] The ECDC was proved right with its warning.

In October 2019,[92] the WHO presented a meta-study prepared by the University of Hong Kong:[93] It came to a similarly devastating conclusion as the ECDC study, both in terms of effectiveness and collateral damage and the "balance of benefits and harms".

If one groups the 152 countries, it is striking firstly that there is a worldwide uniformity in the shift from the green zone (with comparatively few or mild measures) to the red zone (with an average stringency greater than 50 out of 100 points). The tipping point is 16 March. Secondly, it is striking that the seven regions are evenly matched in terms of measure intensity; the median for Africa is 83% of the country average and for Western Pacific 110%, with only insignificant deviations overall.



Young people are the most affected by the stringency. Their schools have been closed to a significant extent - contrary to the determination of the global community, which was confirmed once again in 2019. Here is an overview of all the countries in the world with their school closures in the period 01.01.2020--28.02.2021 (Fig. 25).

Fig. 25 School Closures worldwide 2020-01-01 to 2021-02-28. Hungary 56,3, Europe median 54,3, Europe max 79 Ukraine, min 2

[91] European Centre for Disease Prevention and Control (2009): *Technical Report. Guide to public health measures to reduce the impact of influenza pandemics in Europe: 'The ECDC Menu'*. Stockholm, September 2009, S. 7 ff.

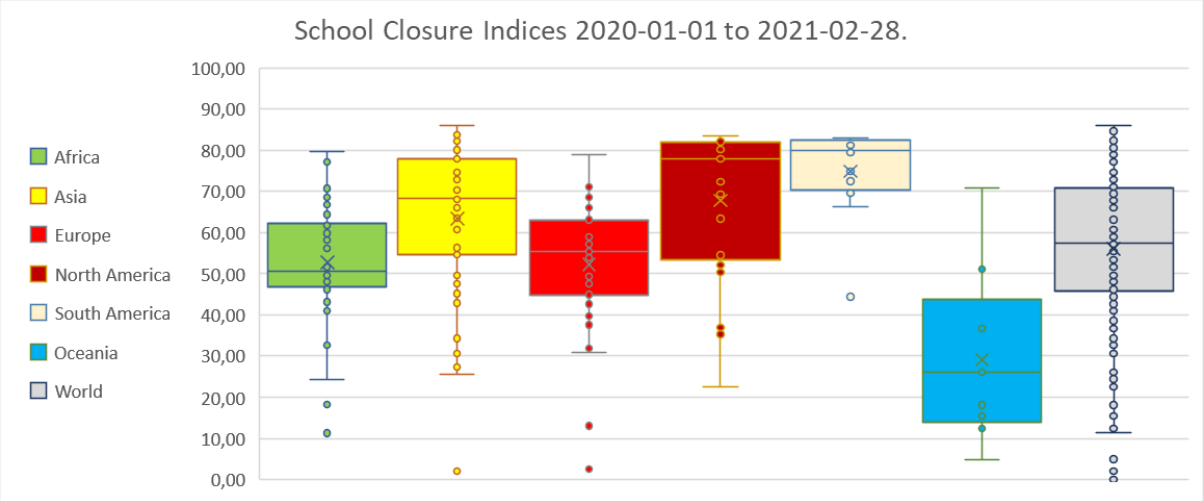
[92] With the familiar theory to the World Military Games in Wuhan 18 to 27 October 2019 https://www.milsport.one/site/English_Version_of_the_invitation_to_the_7th_CISM_World_Gamespdf-en-16316-2.html.

[93] World Health Organisation (2019 [October]): *Non-pharmaceutical public health measures for mitigating the risk and impact of epidemic and pandemic influenza.*

ISSN 2036-7821

Belorussia.Data: Oxford Stringency Index (2021-02-28). Graph: Vogt 2021.

Schools were closed at around 80 % in the two Americas over the 14 months from January 2020 to February 2021, 54.3 % in Europe, slightly more in Hungary at 56.3 %, most restrictive in Ukraine at 79 %, least in Belarus at 2 %. In Finland, schools were reopened after two months, as the devastating impact on the most vulnerable pupils in particular became clear. (Fig. 26)



	Africa	Asia	Europe	North Am.	South Am.	Oceania	World
#	50	47	43	23	12	9	189
Max	79,69	85,92	79,01	83,53	82,94	70,74	85,92
Q3	61,42	76,33	61,07	81,76	82,36	36,70	70,75
Median	**50,57**	**68,23**	**55,37**	**77,93**	**79,99**	**26,05**	**57,36**
Mean	52,72	63,36	52,25	67,83	74,93	29,15	55,99
Q1	47,12	54,71	45,39	53,95	71,77	15,49	45,99
Min	11,30	2,04	2,51	22,51	44,44	4,93	0,00

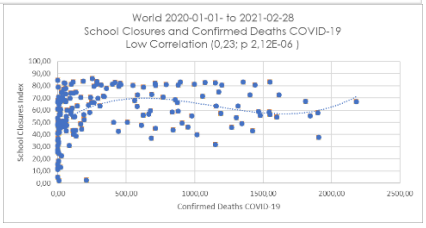


Fig. 26 (a) Graph and (b) Figures: School Closures by continent 2020-01-01 to 2021-02-28 max—Q3—Median—Mean—Q1—Min per contintent. (c) Low Correlation (0,23; p 2,12E-06) between School Closures and Confirmed Deaths COVID-19 World 2020-01-01- to 2021-02-28. Data: The Oxford Stringency Index (2021-02-28). Calculation and Graph: Vogt 2021.

UNESCO has recorded partial or full closures day by day. If one assigns a -1.0 for each day of closure and a reduction to +0.5 for each partial day of closure with a view to the uncatchability of learning achievements, the result is an overall loss of -33% for Sweden, -65% for Germany and -97% for Italy. At the individual level, one month of learning loss corresponds to a lifetime income loss of 1%, so Italy's youth lose about 14% of their lifetime income according to previous empirical measures (Fig. 27).

ISSN 2036-7821

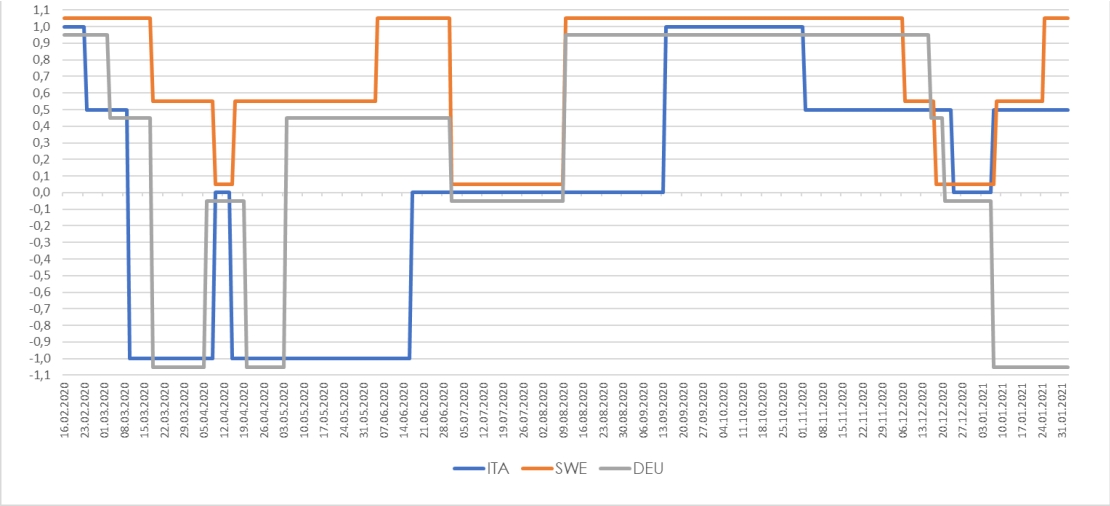


Fig. 27 Educational losses in schools in Italy (-97%), Sweden (-33%), and Germany (-65%) due to COVID-19 Lockdowns. Key: Fully open 1.0; Partially open 0.5; Academic break 0.0; Closed due to COVID -1.0. Data: UNESCO (2021): 2020-02-16 through 2021-02-02, Calculation and Graph: Vogt 2021.

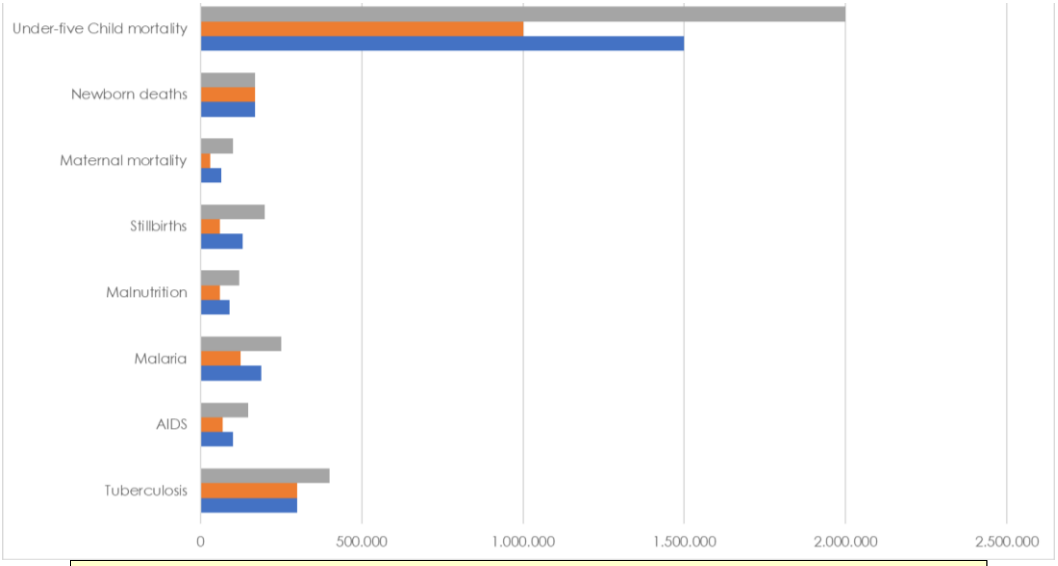
The policy demanded extreme acts of solidarity from young people and at the same time violated the motto of intergenerational justice "in unitate Robur -in unity strong" (Badische Landeskirche). With *Fratelli tutti* (2020-10-03), in the middle of the Corona crisis Pope Francis has assigned not only intercultural justice but also intergenerational justice a high rank within Catholic social teaching.

8. First estimates for health damage to the global community.

"When we lockdown, we cause deaths in the developing world to prolong lives in the developed world." (Broadbet in The Lancet 19.06.2020)[94] A look beyond Europe shows the extent of the damage done to the global community by the Corona measures. The Karolinska Institute Stockholm (Peterson & Ekström 2021) has calculated that the approximately 2.5 million registered COVID-19 deaths at the time were offset by another estimated 2.5 million deaths from interventions (other researchers arrive at 3.9 million), most of them among children: with infant mortality from omitted vaccinations, from starvation after their parents failed to feed them informally as day labourers, from a doubling of malaria deaths. At the same time, there is (as we can see by now) neither high covid mortality nor significant excess mortality in sub-Saharan Africa (Fig. 28).

[94] Broadbent A, Walker D, Chalkidou K, Sullivan R, Glassman A. *Lockdown is not egalitarian: the costs fall on the global poor. Lancet*. 2020;396(10243):21-22. doi:10.1016/S0140-6736(20)31422-7

ISSN 2036-7821



Peterson, Ekström 2021-03-03: midpoint summation of 2,5 million deaths from the "indirect" effects of reduced health care utilization					
	Estimation	min	max	others' min	others' max
Tuberculosis	300.000	300.000	400.000	300.000	400.000
AIDS	100.000	69.000	148.000	69.000	148.000
Malaria	187.500	125.000	250.000	520.000	768.000
Malnutrition	90.000	60.000	120.000	60.000	120.000
Stillbirths	130.000	60.000	200.000	60.000	200.000
Maternal mortality	65.000	30.000	100.000	30.000	100.000
Newborn deaths	168.000	168.000	168.000	168.000	168.000
Under-five Child mortality	1.500.000	1.000.000	2.000.000	1.000.000	2.000.000
	2.540.500	**1.812.000**	**3.386.000**	**2.207.000**	**3.904.000**

Fig. 28 Stefan Swartling Peterson och Anna Mia Ekström, Karolinska Stockholm 2021-03-03: Midpoint summation of 2,5 million deaths globally (min. 1,8; max, 3,4 mio) from the "indirect" effects of reduced health care utilization. Data: Peterson & Ekström 2021. Calculation and Graph: Vogt 2021.

At the same time, there is neither high covid mortality nor significant excess mortality in sub-Saharan Africa (so far, anyway) outside South Africa. Together with its Ethiopian partners, the Ludwig Maximilian University of Munich has presented a study according to which the SARS-CoV-2 seroprevalence among medical personnel in Addis Ababa has risen to 53.7 % in February 2021, in Jimma to 56.1 % in February 2021, in rural regions to 31 % in March 2021. Apparently due to the good immune system, the Corona infection is usually not even noticed. Consequently, the prevalence in Africa is quite different from what the few tests can provide. The authors of the study recommend switching to booster vaccination only.[95]

[95] Gudina E K*, Ali S*, Girma E, Gize A, Tegene B, Hundie G B, Sime, W T, Ambachew R, Gebreyohanns A, Bekele M, Bakuli A, Elsbernd K, Merkt S, Contento L, Hoelscher M, Hasenauer J, Wieser A*, Kroidl A*: *Seroepidemiology and model-based prediction of SARS-CoV-2 in Ethiopia: longitudinal cohort study among front-line hospital workers and communities*, The Lancet Global Health 2021; 9: e1517–27. https://www.thelancet.com/journals/langlo/article/PIIS2214-109X(21)00386-7/fulltext; https://www.lmu-

ISSN 2036-7821

The consequences of a locally inappropriate adoption of prescriptions from the Global North to Africa have been precisely predicted by Jacquineau Azetsop: "Liberal individualism cannot be used as the methodological and ethical basis for epidemiological research and public health policy formulation because it obscures the social production of poor health and fails to serve as a basis for social justice in health promotion efforts." [96] This is especially true for intergenerational justice.

9. The lacking prioritisation of government spending in favour of the young.

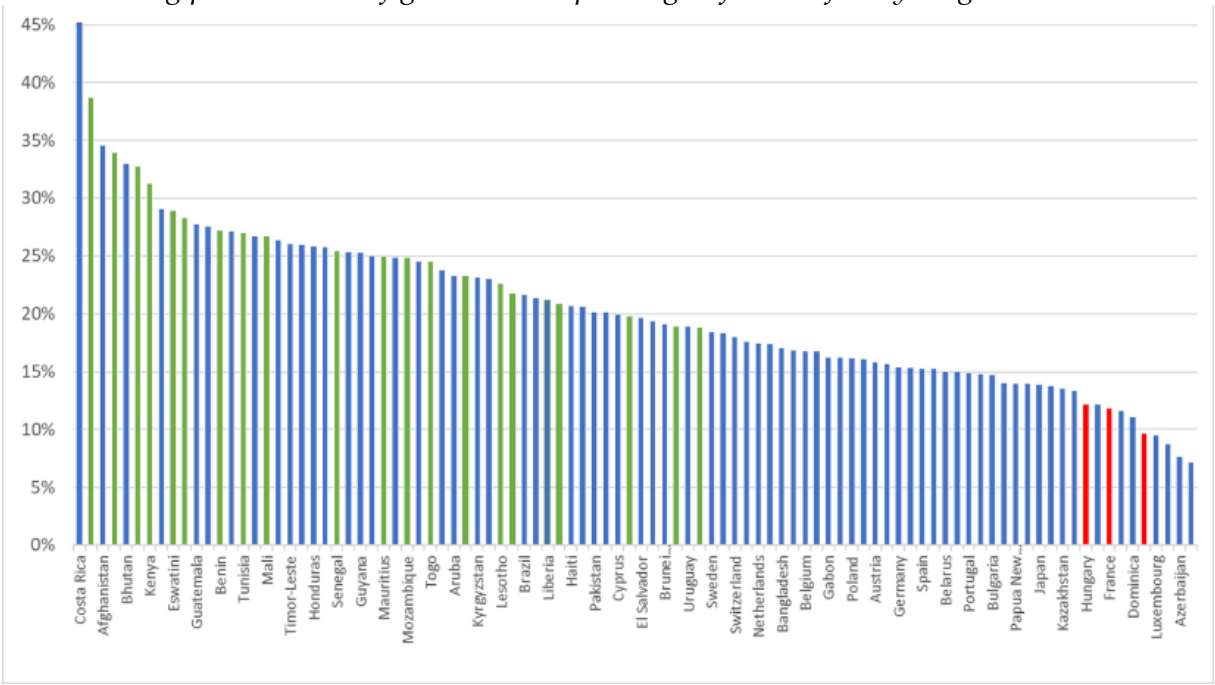


Fig. 29 World: National Governments' Spending on Education as Share of national Tax 'revenue. Data: UNESCO and ICTD / UN-WIDER Government Revenue Dataset 2020. Marked in red: Hungary, France, Italy. Calculation and Graph: Vogt 2021.

The Italian state plunders the young. This is ethically not justified (cf. Francesco I: *Fratelli tutti*). In the Corona-VII crisis, the Italian state is commiting juventocid, ruining the young and so destroying the country's social and economic future, instead of going beyond the horizons of its voters' life. How is the pension consumption at the expenses of the young ethically justified? What about those who have not started to work?

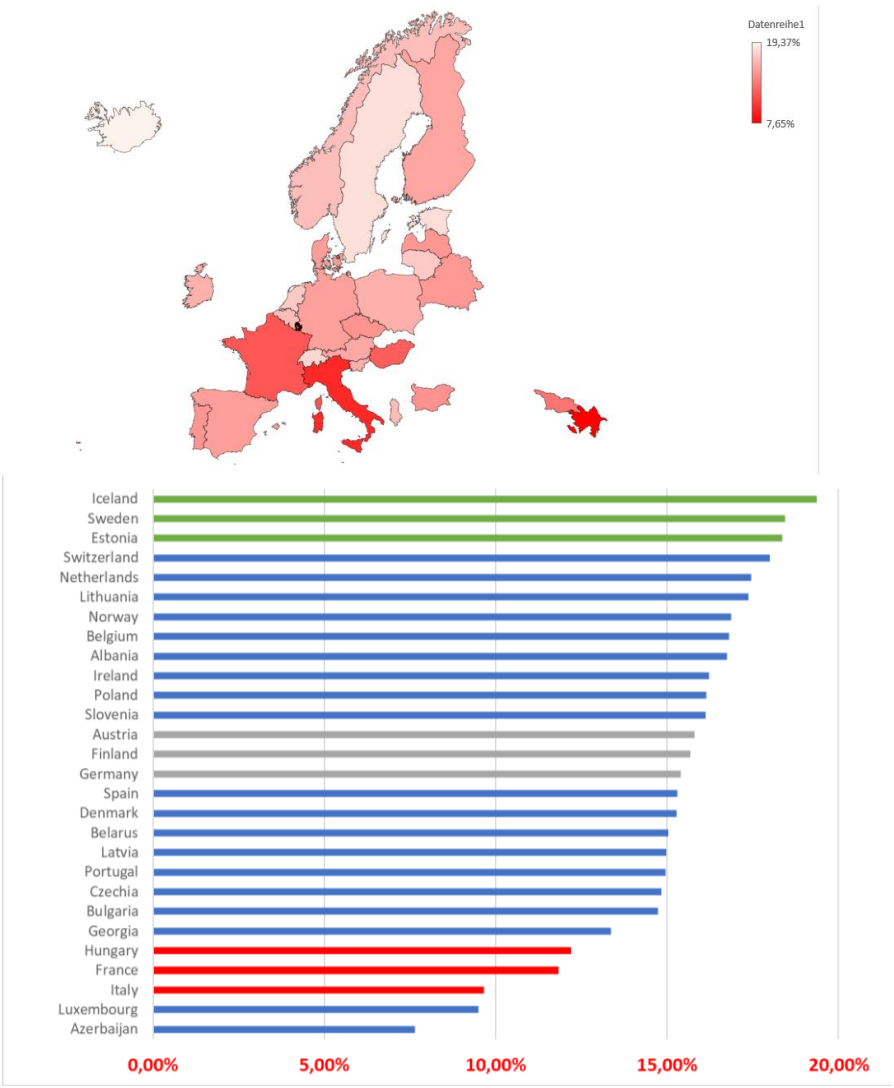
When we have a look on the true ratio, which is the share governments will spend on education from their tax revenue, we see Africa and Latin America very much on

klinikum.de/aktuelles/pressemitteilungen/sars-cov-2-verbreitung-in-athiopien-stark-unterschatzt/0c78b78b67abbcb3

[96] Azetsop Jacquineau (2016): *Epidemiological Research, Individualism, and Public Health*. In: G.G. Preparata (ed.), *New Directions for Catholic Social and Political Research. Humanity vs. Hyper-Modernity.* Springer.

ISSN 2036-7821

top—they spend up to 45% of all taxes for education (Fig. 29).[97] This is an enormous investing in the future of these countries. But in Europe, if we take a look at Hungary or France or Italy, we see them in a rather low position, similar to Azerbaijan. In Europe, Iceland, Sweden and Estonia are at the top. Almost 20% of their tax revenues go to education, investing in their youth and the future of their countries (Fig. 30).



[97] From the point of view of youth policy, another indicator would also be relevant, namely a comparison between education and military expenditure, taking into account the state's share of GDP. We have explained this elsewhere for a comparison of the three Caucasus republics with each other and with the Federal Republic of Germany. In the decade 1996-2007, military expenditurein the Caucasus grew by a factor of seven from around US$233 million to US$1,453 million. In 2007, the year before the South Ossetia conflict, the ratio of education to defence spending as a share of GDP was 3.1% to 5.8% in Georgia, 2.1% to 6.5% in Azerbaijan, and 3.2% to 2.4% in Armenia. In Germany, on the other hand, education spending at 6.5% was considerably higher than defence spending at 1.1%. Vogt, Matthias Theodor (2010): *Innere Sicherheit am Berg der Sprachen. Rahmenbedingungen von Mehrheitspolitik im Kaukasus* [Internal Security on the Mountain of Languages. Framework Conditions of Majority Politics in the Caucasus]. In: Vogt et al. (ed.): *Der Fremde als Bereicherung*. [The stranger as enrichment]. Proceedings of the Collegium PONTES. Volume V. Frankfurt am Main etc. 2010, p212.

ISSN 2036-7821

Fig. 30 Europe: National Governments' Spending on Education as Share of national Tax 'revenue. Data: UNESCO and ICTD / UNU-WIDER 2020. Calculation and Graph: Vogt 2021.

Human capital (**Error! Reference source not found.**) is defined by the World Bank as those resources associated with the knowledge and skills of individuals. They are a critical component of economic and social development. Angrist et al. (2021) comment on data measuring human capital using global data on average education (2000-2017): "These data […] demonstrate a substantial gap in the formation of human capital: students are in school, but do not learn enough." On the General Outcome given by Angrist (math, reading, science; both sexes), we see that Hungary, Germany and Iceland are almost identical at scoring (511–519–526), but none of them can compete with Singapore 583).

Since the future of girls is the most decisive factor for Human Development, we show a world map for the Female Reading harmonized outcome. Maximum is Hong Kong, SAR China 579. Minimum is Uganda 226 and the rest of Sub-Saharan Africa as well as Kyrgyzstan, Afghanistan, Pakistan and Yemen; countries of male adult ignorance about their girls' future Human Capital. How can they participate in politics without reading capacities?

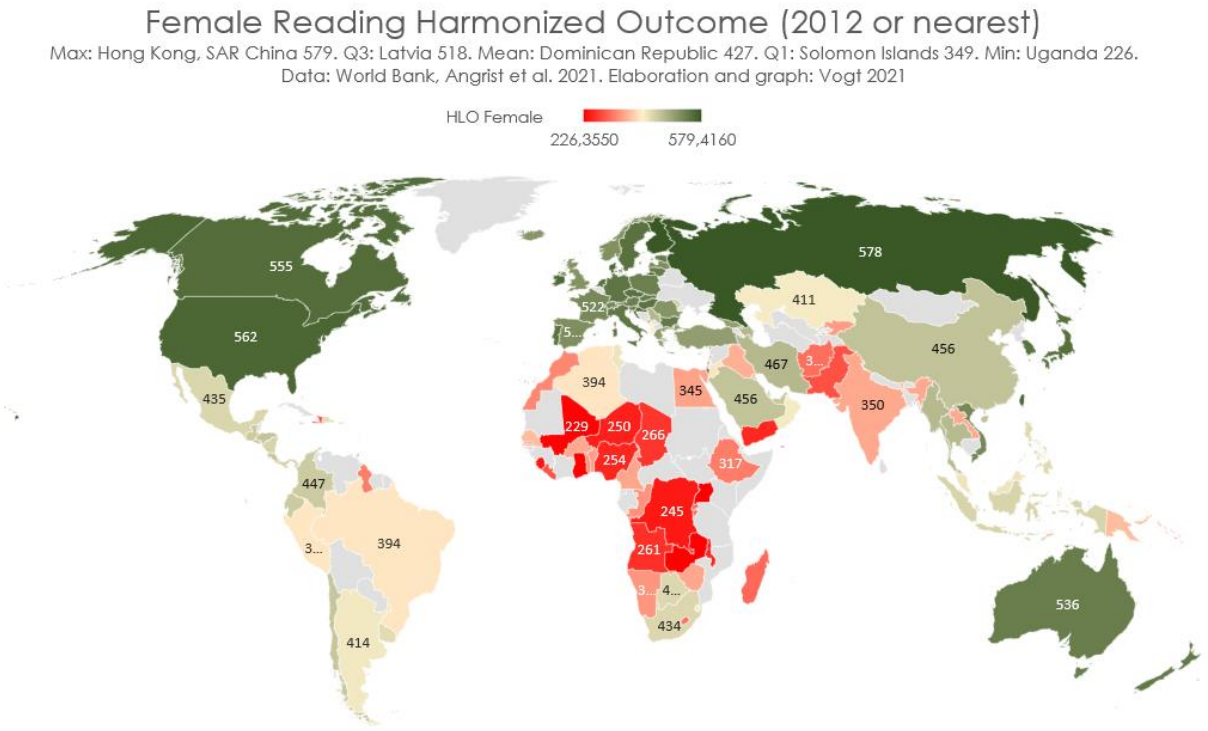
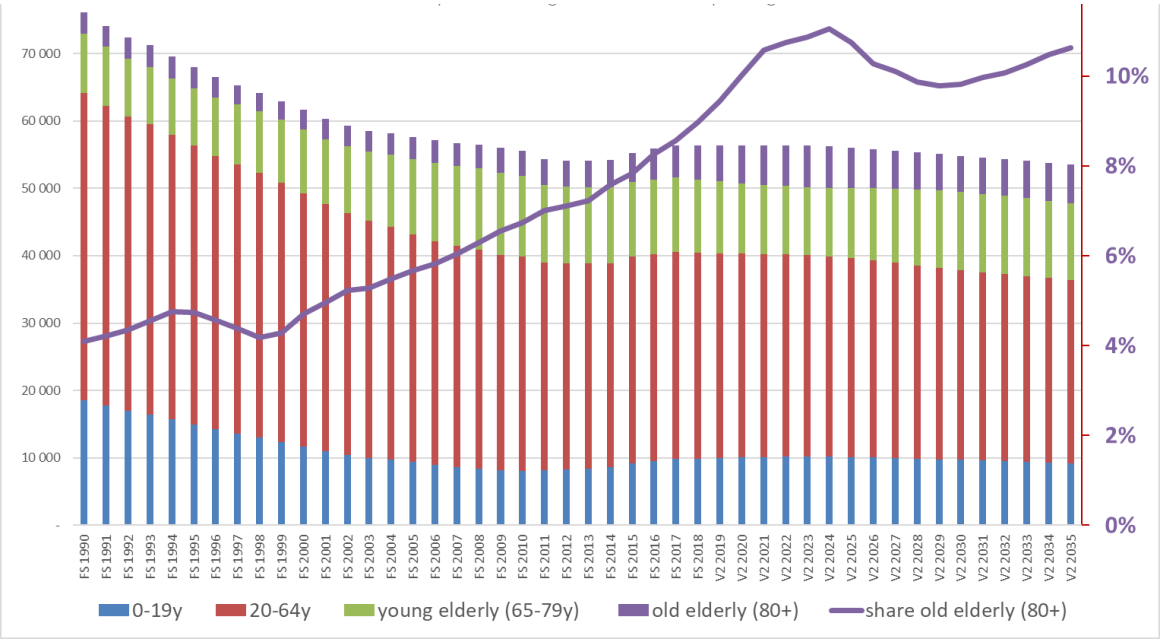


Fig. 31 Female Reading Harmonized Outcome (2012 or nearest). Max: Hong Kong, SAR China 579. Q3: Latvia 518. Mean: Dominican Republic 427. Q1: Solomon Islands 349. Min: Uganda 226. Data: World Bank, Angrist et al. 2021. Elaboration and graph: Vogt 2021

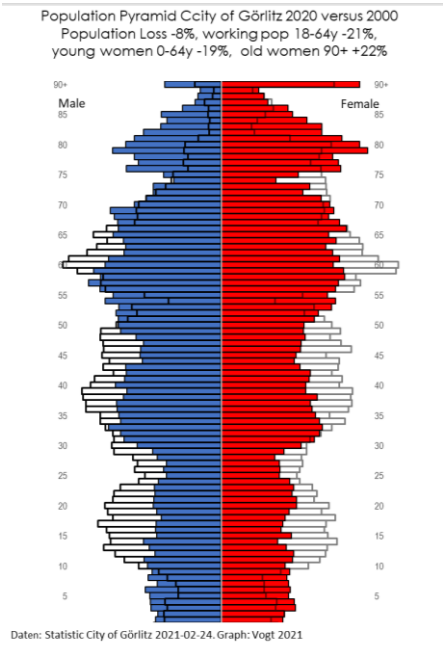
ISSN 2036-7821

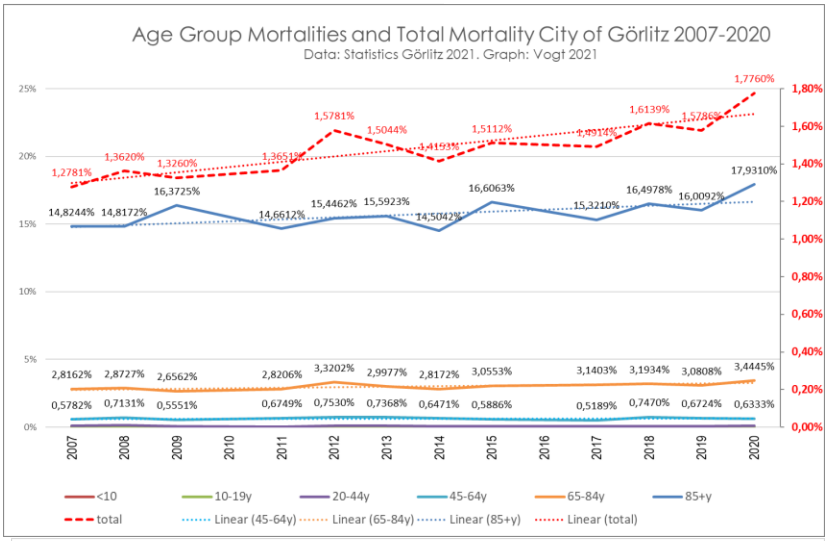
10. One person, no vote. The political implications of societal immunosenescence.

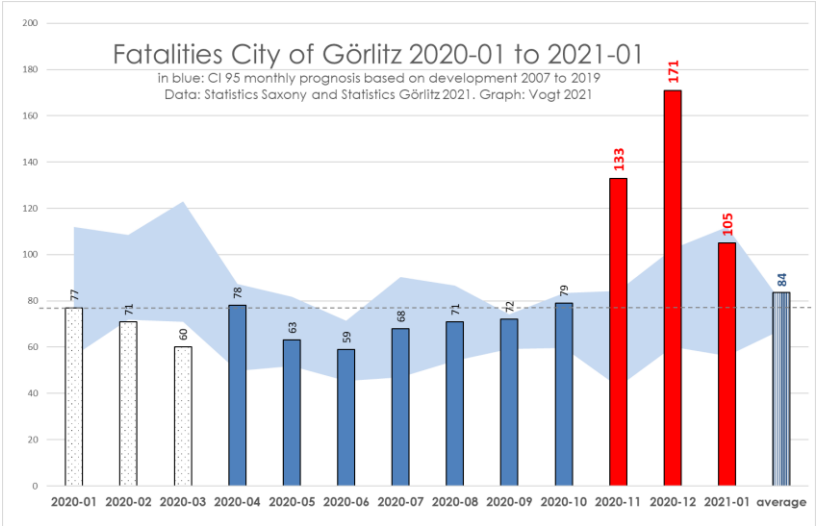
In "Europe, the "intertemporally disproportionate loss of freedom" (Lepsius 2021-05-07) of the young through the Corona VII measures is an indirect consequence of demographic shifts. To take Görlitz on Germany's border with Poland as a typical example: It is one of the cities where, in the course of just thirty years, the proportion of over-eighty-year-olds has increased extremely: it has virtually tripled from 4.09% in 1990 to 11.05% at present (Fig. 32**Error! Reference source not found.**a). The group of women aged 81 is the largest of all the age cohorts in Görlitz (Fig. 32**Error! Reference source not found.**b). Due to the emigration of the young to West Germany and the remaining of the elderly in Görlitz, the number of deaths in the crucial age group 85+ years has increased linearly year after year and thus the total number of deaths, while it has remained stable in all other age groups (Fig. 32c). The almost complete lack of protection of the vulnerable age group 85+ years in the Corona pandemic then marked a singular excess mortality in the months 11/2020 - 01/2021, one of the top positions in Germany (Fig. 32d). The proportion of youngs between 0 and 19 years, on the other hand, has almost halved in Görlitz from almost 20% (1990) to around 10% at present. By 2035, it is assumed, the proportion of the working-age population 20-64 will fall to below 50% and the proportion of the population actually working will be around 30%. This is not economically and socially feasible; value chains, the tax system and the pension system must be rebalanced.



ISSN 2036-7821







ISSN 2036-7821

Fig. 32 (a) Tripling of the proportion of people aged over eighty in Görlitz from 1990 to 2018 and forecast 2019 to 2035 (4.09% to 11.05%). (b) Age pyramid Görlitz 2000 versus 2020. (c) Age group-specific mortality and mortality total Görlitz 2007 to 2020. (d) Fatalities Görlitz 01/2000 to 01/2001. Data: Statistisches Landesamt Sachsen V2020, City of Görlitz 2021. Elaboration and graph: Vogt 2021

The principle of "one person, one vote", which is crucial for democracies, is decisively violated by this demographic shift. For the cohorts 0-17 years, their personal dignity is generally protected by the constitution, but in the political arena, "one person, no vote" applies to them. Due to the gerontocratic dominance of old voters in combination with a four- or five-year electoral period (which rewards short-term strategies and punishes long-term strategies), democracies fall behind authoritarian and centrally controlled states due to electoral mathematics.

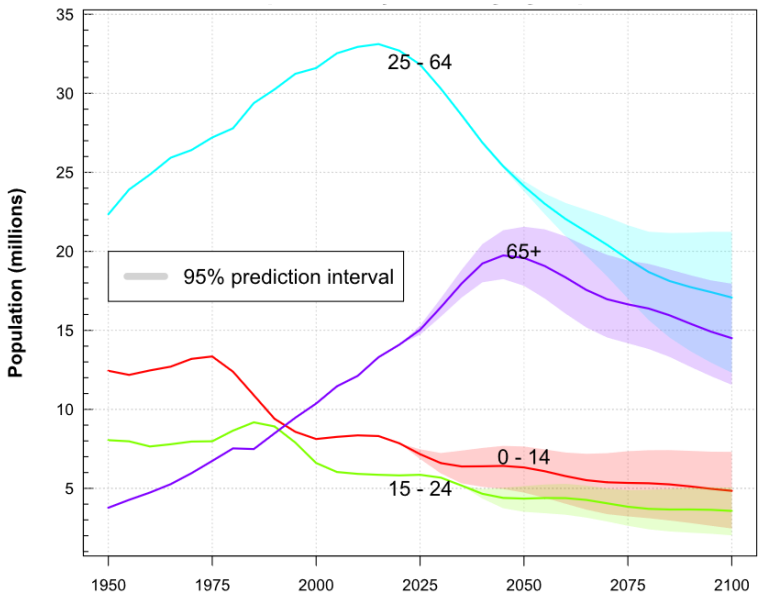


Fig. 33 Italy, population by broad age groups. After 2050, the number of Italian pensioners will almost equal the number of people in the working age. Data and Graph: United Nations World Population Prospects 2019

The decisive factor here is the mental impact of immunosenescence.[98] Young people are not only physically capable of taking risks. Above all, they are willing to take risks. Societies can use this to expand their resource base. The ancient Greeks and the ancient Carthaginians sent young men and women out to sea in the spring to found new colonies. Crossing the sea with its storms and waves is a risk; landing on a coast with possibly hostile natives is a risk; settling in an unknown natural environment with unknown diseases is a risk, as in later times the Swabian settlers in the Russian

[98] Pawelec G, Larbi A, Derhovanessian E (2019): *Senescence of the Human Immune System*, J. Comp. Path. 2010, Vol. 142, S39eS44. Aspinall R, Pitts D, Lapenna A, Mitchell W: *Immunity in the Elderly: The Role of the Thymus*. J. Comp. Path. 2010, Vol. 142, S111eS115. Cf. Chigangaidze & Chinyenze 2021; Okun 1976, Barsky et al. 1997, Tymula et al. 2012, Bonsang et al. 2015, Dohmen et al. 2017.

Caucasus, for example, sobered to discover. But when you are twenty years young, you laugh at the risk. If you look at worldwide statistics, you will see that it is especially young men in their twenties who die because they drive riskily or because they set off laughing into the unknown or because they commit suicide.[99] (in Italy, the mortality rate for young men 20-29 is twice that of young men 10-19 and almost three times that of young women 20-29).

But when you are old, you avoid the risk. The elderly hold their lives and the few remaining years sacred. So you don't go abroad, you don't found new colonies, you take pills and pay insurance. *Seneces* become risk averse. This is physiologically inherent. Older people are risk-averse because of their immunosenescence; their immune systems begin to show systemic weaknesses and they are urged to be more cautious if they want to survive. South Korea had a median population age of less than 20 years as recently as 1975; today it is 45 years; by 2060, the United Nations predicts a median age of almost 60 years (Fig. 34). This in turn has implications for politics.

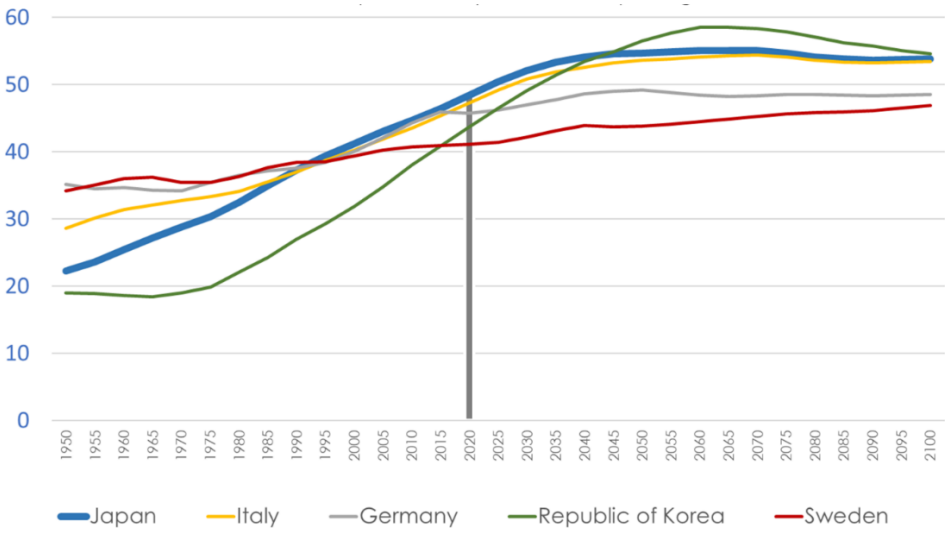


Fig. 34 Median age of the total population 1950-2020-2100. 2020: Japan 48.4; Italy 47.3; Germany 45.7. Data: United Nations World Population Prospects 2019. Graph: Vogt 2021.

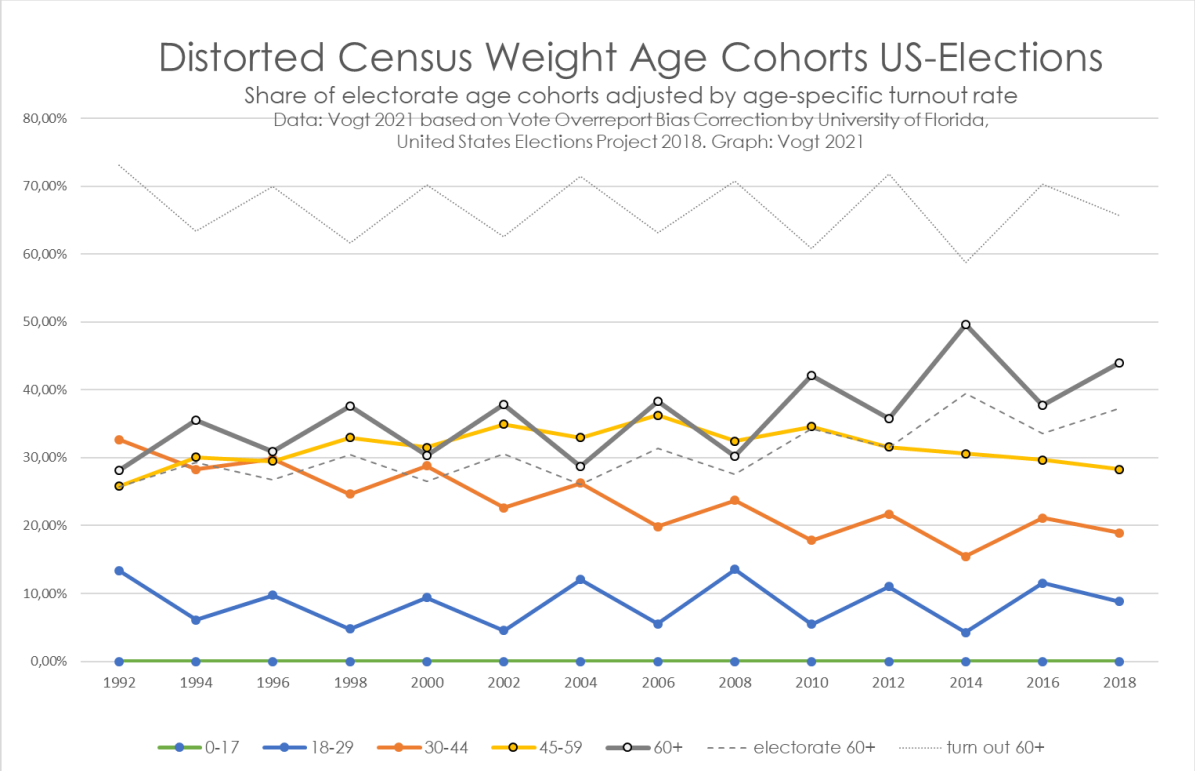
In the USA, the population 0-17 years is excluded from the elections, the population 18-29 is predominantly abstinent from voting, the populations 30-44 and 45-59 participate less and less, while the population 60+ already accounted for 50% of the votes cast in 2014. The situation is similar in Germany and Switzerland. In proportion to their share of the population, this development fundamentally violates the democratic principle of "one person, one vote": the new principle of *one elder*

[99] Suicides in Germany 2020: men 6,944 (75.27%), women 2,262 (24.46%). Data: Destatis 2021.

ISSN 2036-7821

person, one and a half votes applies already now (Fig. 35b).[100] In Switzerland, the principle of *one elder person, two votes* was already achieved in 2010 in the ratio of the voting group 66-75 years to the voting group 18-25 years (Fig. 35c)

Since democracy follows a very specific mathematics (McDonald 2019),[101] the Distorted Census Weight has extreme effects on the voter orientation of politicians. A politician who wants to be re-elected must first and foremost satisfy the fears and hopes of the old and the very old. He would not be re-elected if he put the hopes and fears of the young and very young at the centre of his election promises. This is the political-demographic background to why so few countries in Europe are investing in a sustainable social and economic future and why pension and health care for the old is swallowing up ever larger shares of the gross national product. Risk aversion triumphs ever more strongly from election to election (Fig. 35a).



[100] The over-representation of the cohorts 50+ years compared to the cohorts 18-49 years amounted to +50.8% in the 2019 European election: after +32% in the 2004 European election, so that in 2050 it would be around 100% extrapolated and then would lead to the principle of "one elder person, two votes". If one includes the 25.8% over-representation of voters due to the exclusion of young people and citizens of other countries, the over-representation of the cohorts 50+ in the 2019 European election was already +63.9% and would already amount to +100% in 2039.

[101] McDonald Michael P. (2019; *CPS Vote Over-Report and Non-Response Bias Correction.* University of Florida. http://www.electproject.org/home/voter-turnout/cps-methodology

ISSN 2036-7821

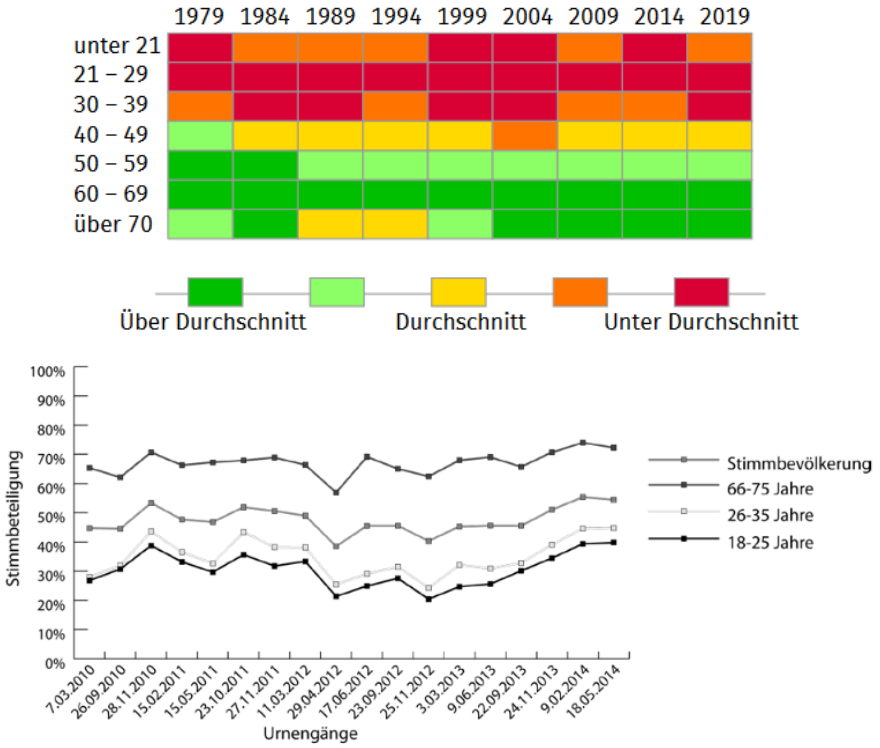


Fig. 35 Distorted census weight age cohorts:
(a) US-elections. Share of electorate age cohorts adjusted by age-specific turnotu rate.
Data: Vogt 2021 based on (McDonald 2019). Graph: Vogt 2021.
(b) Turnout by age group in European elections 1979 to 2019.
Data and graph: Federal Republic of Germany, the Federal Election Commissioner 2019.
(c) Age Cohorts' Participation in Swiss Direct Democracy 2010 to 2014.
Data and Graphic: Dermont & Stadelmann-Steffen 2014.

It was from Italy that the adoption of the Chinese Corona measures to Europe started in 2020. Italy has been a particularly glaring example of Distorted Census Weight before. The median age of the resident population in Italy is 47.2 years, that of foreigners 39.4 years, that of citizens consequently 47.8 years, that of eligible voters 53.2 years, that of effective voters 53.7 years. 40% of Italian women voters are over 60 years old. One third of the state budget is spent on pensions, a substantial part of which is paid for by an ever-renewed national debt that will only be paid for in the future by today's young. This background makes it understandable why, in the Corona crisis, politicians placed the protection of the old at the centre of action (without being able to provide it), while the sacrifices of the young were hardly addressed.

ISSN 2036-7821

Distortions in Political Representation Italy	Persons		Mean Age	Median Age	Share 60+	Share 60+ Male	Share 60+ Female	Overrepresentation 60+	Overrepresentation 60+ Male	Overrepresentation 60+ Female
Population 2020-01-01	59.641.488	100,0%	45,8	**47,2**	29,8%	27,3%	32,1%	0,0%	0,0%	0,0%
Foreigners	5.039.637	8,4%	35,3	39,4	8,8%	6,1%	11,3%	-21,0%	-21,1%	-20,9%
Citizens	54.601.851	91,6%	46,7	47,8	31,7%	29,2%	34,1%	1,9%	1,9%	1,9%
Minor Citizens	8.427.283	14,1%	9,8	12,5	0,0%					
Electorate	46.174.568	77,4%	53,5	53,2	37,5%	34,9%	39,9%	7,7%	7,6%	7,8%
Non Voters	13.806.975	23,1%	54,4	54,1	40,6%			10,8%		
Voting Persons	32.367.593	54,3%	53,1	52,9	36,2%			6,4%		
Census Weight	32.367.593	54,3%	53,5	**53,7**	38,9%			**9,2%**		
New System	[63.029.134]	--	41,8	**40,9**	[27,5%]	[25,1%]	[29,7%]	-[2,3%]	-[4,7%]	[0,0%]
All figures indicative due to weak data basis										

Fig. 36 Distortions in Political Representation in Italy per 2020-01-01 median age population 47.2 years, census weight 53.7 years. All figures indicative due to weak data basis. Data and Graph: Vogt 2021.

During the Cold War, gerontocracy, the rule of the old, was a familiar term for the political style of the Soviet Politburo. In fact, the average age of the Politburo has steadily increased in a linear fashion from 37.0 years (1918) to 66.6 years (1975). (In 2050, if the same linearity had been continued, the average age would have been 100 years, had not the then 54-year-old Gorbatchov triggered his too-late modernisation policy in 1985, without being able to prevent the disintegration of the Soviet Union in 1991). Taagepera notes in his study of Politburo age structures: "Stalin's Politburo members were on the average ten years younger than Roosevelt's Cabinet members. Khrushchev's Politburo was in age on a par with Eisenhower's Cabinet. Brezhnev's Politburo has tended to be five years older than Nixon's Cabinet."[102] In Germany, the much-apostrophised rejuvenation of the German Bundestag in the 20th legislative period 2021-2025 is marginal; the average age of MPs 1990-2021 was 49.3 years and is now 47.3 years. Since December 2021, executive policy-making is in the hands of a now 63-year-old chancellor; opposition policy-making in the hands of a now 66-year-old; the average age of their party members in 2021 is 61 (CDU), 60(CSU), 60 (SPD). It is the class of young oldies 60-79 years old that holds power in the hands of the electorate and the elected. Here, too, applies what Taagepera noted in his studies: "Irrespective of historical circumstances, age itself has an effect on the mind. Creativity, inventiveness, and speed of reaction may decrease with age."[103] We might add for Germany the cases of Berlin airport, Hamburg philharmonics, Stuttgart train station, North-South electricity link—No country in the world should be afraid of suffering harm from uncreative, uninventive and slow-reacting Germany 2022, forced into an uncreative and uninspired reactionary rigidity at the expense of its

[102] Tangepera R, Chapman RD. A note on the ageing of the Politburo. Sov Stud. 1977;29(2):296-305
[103] Tangepera R, Chapman RD. A note on the ageing of the Politburo. Sov Stud. 1977;29(2):296-305.

ISSN 2036-7821

own youth by the interplay between its self-referential non-altruistic moral demands and its self-invented and no less self-referential bureaucracy.

The state and social crisis triggered by the Corona VII measures is essentially explained by the new principle of *one elder person, one and a half votes* and by the fact that firstly the class of young oldies aged 60-79 does not belong to the directly vulnerable, but is under the immediate spell of the intimidating state forecasts, and secondly has virtually no active influence on generating the gross national product instead it does consume others' labour. The next 'event of the century' will take place outside their life horizon; building up reserves for it, as the Swiss finance minister could proudly claim for his country, is not a political priority for them. The result is an increase in public debt of +8.98% of GDP in all countries worldwide in 2021 to 2019, significantly more in the West and in China, but only +1,8 in in Switzerland with its federal structure. As stated above, the global public debt has increased by US$49.4 trillion or +28% to US$226 trillion or 256% of global GDP in 2020 (IMF 2021-12-15). Who cares?

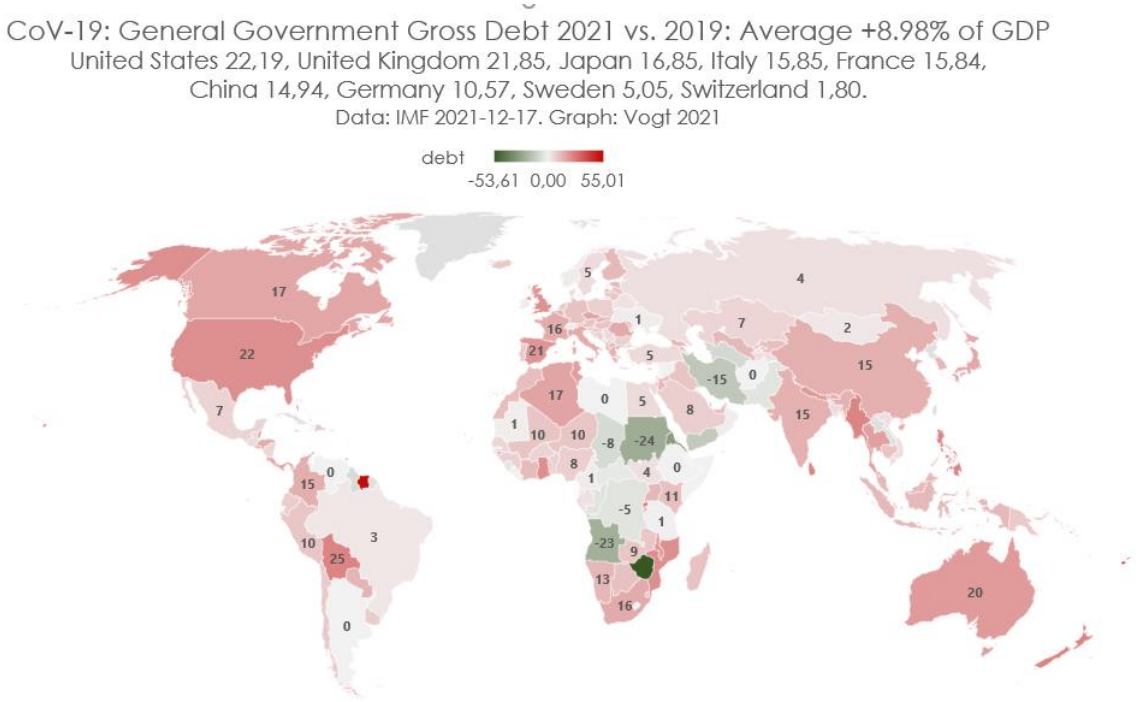


Fig. 37 Corona VII: General Government Gross Debt Variation 2021 vs. 2019: Average +8.98% of GDP. United States 22,19, United Kingdom 21,85, Japan 16,85, Italy 15,85, France 15,84, China 14,94, Germany 10,57, Sweden 5,05, Switzerland 1,80. Data: IMF 2021-12-17. Elaboration and Graph: Vogt 2021

ISSN 2036-7821

11.Potential post-coronam exit strategies in order to strengthen the human capital of the next generation.

As a result of the crisis of Western democracies triggered by the Corona VII measures, principles of election and political representation need to be rethought in order to achieve a lowering of the "Uncertainty Avoidance Index" (Geert Hofstede). The principle of "one person, one vote", which is crucial for democracies, requires a radical improvement of the Youngs' political valence. There are three different ways to achieve this, which can be thought of separately or together.

(A1) The principle would be restored at the legislative level if a proxy right of parents to vote for their children were introduced, the "Demeny voting" (Warren C. Sanderson 2007 after *Paul* Demeny 1986).[104] If we calculate this, using Italy as an example (see Fig. 36), the Census median would fall, however not sufficiently. As we have calculated below, only with a doubled ward suffrage for both the mother and the father would the Census suffrage fall to 40.9 years, i.e. into the range where parents are still active in school and kindergarten. Such a new two-tier voting system (a citizen of full age receives his or her ballot paper and a second one for his or her underage child, may be in a different coulour) takes up the basic idea of voting rights from before 1918: Concern for *small*, *medium*, *large* or even *no* property was gratified in the three-class suffrage (actually a four-class suffrage, including the excluded) with denial or differently weighted voting rights. In *Demeny Voting*, a country's youth are considered its most precious 'property'. There is an intense family law and economic debate on this,[105] and some obstacles should be pointed out. First, it is not said that two-tier voting will increase the motivation of parent cohorts to actually exercise their right to vote. Secondly, it is not said that they do not put the possibly divergent self-interest of their generation at the centre of their voting decision on both ballot papers, so that their children would not be served. Thirdly, preference would now be given to parties that correspond to the gesture of this generation and neglect the interests of other generations; Scylla might therefore be replaced by Charybdis.

(A2) The principle would be restored at the executive level if the state school spokesperson were included in every state executive cabinet for one year each, with the right to speak and vote, and equipped with a scientific office, with the task of examining every bill or ordinance for its long-term sustainability. A conceivable honorarium would be a desired place of study or vocational training, underpinned by a well-funded state scholarship for the entire period of study.

---

[104] Sanderson (2007): *A Near Electoral Majority of Penioners.* Population and Development Review, Volume 33, Issue 3, pages 543–554, September 2007. Cf. Demeny, P. (1986): *Pronatalist Policies in Low-Fertility Countries: Patterns, Performance and Prospects*, Population and Development Review, vol. 12 (supplement): 335–358.

[105] Hermann, U: *Ökonomische Analyse eines Kinderwahlrechts*, Saarbrücken, südwestdeutscher verlag, http://www.diss.fu-berlin.de/diss/receive/FUDISS_thesis_000000021349?lang=en

ISSN 2036-7821

Unlike an extension of universal suffrage to young people or even children, whose brains still have to grow to satisfy the principle of rational decision-making, the state school spokespersons are young but already experienced negotiators whose voice should be taken seriously, especially if they are given self-determined access to science-based information. *Speakers for Future* would be a good name for their office, their task would be to fight against the risk aversion of the older ones.

We strongly recommend that this proposal be reviewed and implemented. This measure would be cheap, easy and quick to implement and would correspond exactly to the current urge of adolescents to participate in political practice, especially if it were discussed at one of the plenary sessions of the European Council and later perhaps even the United Nations and issued as a recommendation to all member states.

(A3) The principle would be restored at the constitutional level if, firstly, the principle of the fundamental right to *empowerment & capability* (Martha Nußbaum, Amartya Sen: *Human Development and Capability* 2004) through school and extracurricular education in the circle of peers (see above German Federal Constitutional Court 19.11.2021) were included in the constitution in question and, secondly, this were underpinned in the same place with a claim to financial endowment measured as a share of national tax revenue in the dimension of Iceland (see above). Let us recall that Italy is at the bottom of the list of Europe's major democracies in education policy. For Italy to be fit for the future, the funding of the hopelessly underfinanced school system, and especially of extracurricular education, would have to double in order to reach Swiss or Scandinavian levels.

Western democracies should always bear in mind that the Corona challenges are symptomatic for their demographic crisis which urgently calls not for a fictional juvenilization of their dominating elderly, but for an intergenerational dialogue in order to mix experience and curiosity. The Corona VII manslaughter on their youngs' psyche might result fatal in the long term without anti-distortional measures soon to come.

ISSN 2036-7821

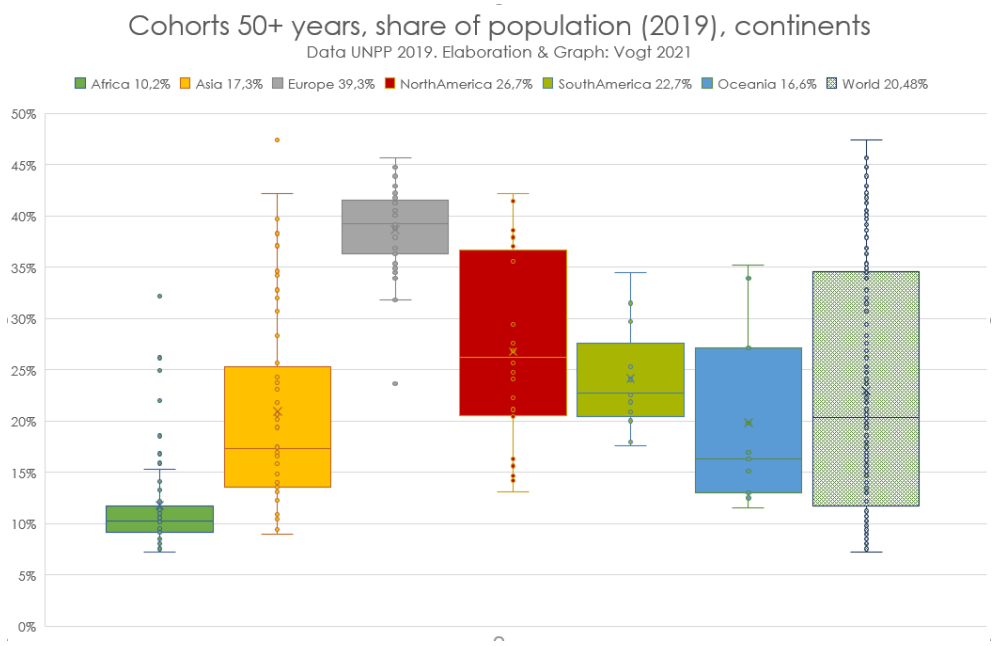


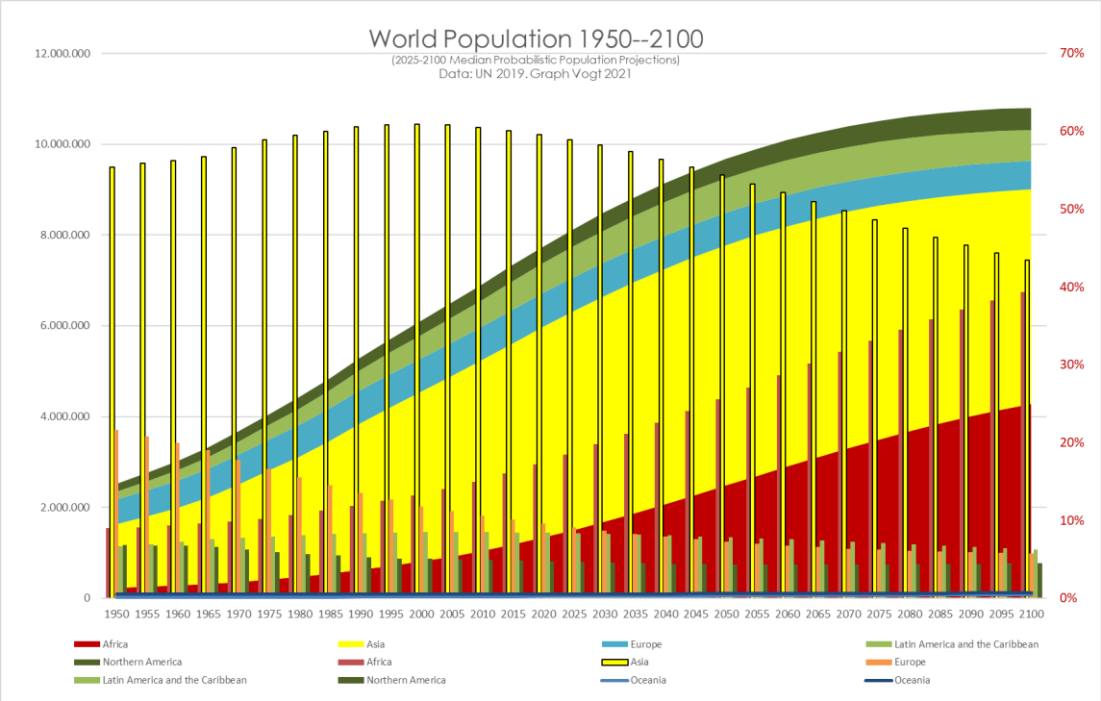
Fig. 38 Cohorts 50+ years, share of population (2019), continents.
Data UNPP 2019. Elaboration & Graph: Vogt 2021

(B1) The situation is different for resource economies like the Russian Federation and for central states like the People's Republic of China.
In the latter, it is not political governance as such that is the problem, but the fact that the country is in danger of running out of young people to secure the social, cultural, economic and ecological hegemony of their country. After long decades of prenatacide,[106] surpassed only by India, and a shift in standards for the princely endowment of one's own offspring, which is perceived as necessary, it will require considerable effort to positively establish the three-child policy, now also valid for Han Chinese, as a new paradigm among the population. The *tang pin* refusal to perform (lying lifestyle) by parts of Chinese youth due to their disillusionment with the country's work culture, which is often perceived as oppressive, counteracts the introduction of the social credit system and exacerbates the situation even more. Whoever knows China from the inside (as the author does) knows that the Western view fundamentally underestimates the complexity of internal Chinese soft engineering.
(B2) In resource economies such as the Russian Federation, new talents in the population at large may simply not be necessary in the short term to secure the privileges of the elite. But the resources oil, gas etc. are finite and their end of use has been heralded by the world community. Resource economies will therefore also have

[106] *Prenatacide*, because predominantly abortion of female foetuses, otherwise it would be *prenatocide* when aborting male foetuses.

ISSN 2036-7821

to adjust in the medium term to Rudolf Virchow's sentence "Education, prosperity and freedom are the only guarantees for the lasting health of a people" and therefore turn to their youth and their human capital as the most important resource. Michael D. Gordon has shown in *Scientific Babel* (2015)[107] what an impressive race to catch up to the world status of the Russian language of science, the Soviet educational system had managed to achieve from 1930 to 1970; far ahead of the German, French and Japanese languages of science, and how then, however, the collapse of the Soviet system in 1991 had already become linguistically apparent in the two decades before. The decline of the Russian educational system is shown by the comparison of performance in the Mathematics Olympiads with 14 wins in the 27 games 1963-1991 (52%) to 1.5 wins in the 30 games 1992-2021 (5%; on a considerably smaller area of the country). Symbolically and in terms of feasibility, 25 December 2041 (the 50th anniversary of the founding of the Russian Federation) would be a conceivable target date for a renewed *Young Russians for Future strategy*. In terms of global politics and cultural history, it would be worth considering using this strategy for comprehensive school partnerships with the rest of Europe and as a soft power strategy for Russia's own youth, in memory of the opening of the Russian space to Europe under Peter I (*Imperator totius Russiae* 2 November 1721), in order to reduce the dependence on the People's Republic of China, which is currently becoming ever more acute due to a lack of intellectual resources.



[107] Gordin, *Michael D.: Scientific Babel*: *How Science Was Done Before and After Global English*. Chicago. Fig. 0.1, p6.

ISSN 2036-7821

Fig. 39 World Population 1950--2100 (2025-2100 Median Probabilistic Population Projections). Data: UN 2019. Graph Vogt 2021

Both countries, China and the Russian Federation, are facing strong demographic constraints as they approach the end of the XXI century, too. The peak of Asian growth, especially that of the People's Republic of China, had already passed by the turn of the millennium 2000.

(C) In the Western democracies, on the other hand, the sober figures on the impact of Corona VII measures on children and young people as well as on their parents and educators and not least on the elderly, speak a powerful language. Nevertheless, even under these impressions, the conclusion of Mechthild Charlotte Luise Lohan in her *Historical outline of syphilis in the context of its socio-cultural significance for society in the German-speaking world* (*Historischer Abriss der Syphilis im Kontext mit ihrer gesellschaftlichen Bedeutung für die Gesellschaft im deutschsprachigem Raum*, Graz 2016), which goes far beyond the day, should not be forgotten: "Although bringing disease and death, syphilis nevertheless shows itself in the mirror of time to be an innovative element, further developing and shaping society. Its renewed rise in incidence can be seen as a new societal challenge. Better, more effective and more targeted forms of prevention are thus needed." This requires the involvement of younger people in policy-making and society-developing. But how to make them fit again?
The lesson to be learned from the Corona VII pandemic is what Sweden's Prime Minister Madalena Andersson said when she came to power on 30 November 2021: "Kulturen har en nyckelroll i samhällets återstart. Kulturen tar oss människor utanför oss själva och närmre varandra. | Culture will play a key role in society's restart. Culture takes us outside of ourselves and brings us closer together. A free and independent cultural sector is fundamental to any successful democratic society. Support to theatres, museums, visual arts and design, film, libraries, orchestras, concert halls and dance groups throughout the country will be reinforced. [...] The Sweden we will build together, with respect for each other, is a stronger Sweden." It is crucial to strengthen the resilience of all sections of the population and all age groups. Art as an instrument of ritualised closeness can play a decisive role in this.[108]

[108] In this sense, the Latvian National Museum of Art offers a meditative art experience in its «Labsajūtas maršruts | Route of Wellbeing | Маршрут хорошего самочувствия» (which is particularly popular in the Russian-language version): "Now, when mental well-being has become one of the most significant issues of our [...], there is a growing awareness of the importance of paying attention to the health of both the body and the mind. In response, the project team wants to highlight the potential of art and art museums to promote a positive, soothing, and harmonizing personal experience." Una Sedleniece and others. www.lnmm.lv. Press release 13.12.2021. http://www.lnmm.lv/ru/lnmm/pressa/novosti/4114-audioproiekt-latviiskogho-natsionalnogho-khudozhiestviennogho-muzieia-marshrut-khoroshiegho-samochuvstviia-prighlashaiet-priobriesti-mieditativno-khudozhiestviennyi-opyt

ISSN 2036-7821

What humanity *post coronam* urgently needs is a *resonance space* for its health, for its "social production of good health" in the sense of Jacquineau Azetsop (2016),[109] who died far too early from COVID-19.

[109] Azetsop Jacquineau (2016): *Epidemiological Research, Individualism, and Public Health*. In: G.G. Preparata (ed.), *New Directions for Catholic Social and Political Research*. *Humanity vs. Hyper-Modernity*. Springer.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Morfologia dell'ordinamento sportivo.

di Francesco Cardarelli

(Professore Ordinario presso l'Università degli Studi di Roma "Foro Italico")

Sommario

1. Premessa – 2. Gli elementi strutturali - 3. I caratteri – 4. Altre teorie – 5. Le aporie – 6. L'autonomia – 7. I problemi – 8. Il diritto europeo – 9. Spunti ricostruttivi – Nota bibliografica.

Abstract

A consistent academic tradition has tried its hand at the definition of the sports system, on its perimeter, on its relations with the state system: after many years the theme continues to be the subject of meditation and new perspectives, in the light of various phenomena (the emergence of a European dimension of sport pursuant to art. 165 TFEU, the term "sports system" contained in art. 117 of the Constitution, the decisions of the Constitutional Court of 2011 and 2019 on the boundaries and limits of jurisdiction following the rulings of the sports judge, the recent organic provision of a reform of the sports system on the basis of Law 86/2019 laying down delegations to the Government and other provisions on the sports system, sports professions and simplification, however, hesitated in a partial review of a regulatory system now dating back, the even more recent legislative decree 5/2021 with which measures have been adopted urgent matters regarding the organization and functioning of the Italian National Olympic Committee following a crisis threatened by the IOC).

** Il presente lavoro è stato già sottoposto al preventivo referaggio, secondo i parametri della double blinde peer review, in occasione della precedente pubblicazione nella monografia collettiva dal titolo "Argomenti di diritto nazionale e internazionale dello sport e di giustizia sportiva".*

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Una consistente tradizione accademica si è cimentata sulla definizione dell'ordinamento sportivo, sulla sua perimetrazione, sui suoi rapporti con l'ordinamento statale: a distanza di anni il tema continua ad essere oggetto di meditazioni e di nuove prospettazioni, alla luce di diversi fenomeni (l'emersione di una dimensione europea dello sport ai sensi dell'art. 165 TFUE, la locuzione di "*ordinamento sportivo*" contenuta nell'art. 117 Cost., le decisioni della Corte Costituzionale del 2011 e del 2019 sui confini e limiti della giurisdizione statale a seguito delle pronunce del giudice sportivo, la recente previsione organica di una riforma dell'ordinamento sportivo sulla scorta della legge 86/2019 recante deleghe al Governo e altre disposizioni in materia di ordinamento sportivo, di professioni sportive nonché di semplificazione, esitata tuttavia in una parziale rivisitazione di un impianto normativo ormai risalente, l'ancora più recente d.l. 5/2021 con il quale sono state adottate misure urgenti in materia di organizzazione e funzionamento del Comitato olimpico nazionale italiano a seguito di una crisi minacciata dal CIO).

In particolare sembrano potersi delineare alcuni spunti di riflessione (che in questa sede rimarranno tali, per non cedere alla suggestione di un vero e proprio trattato in materia): se esista (e in quale misura) un "diritto sportivo" e se questo debba necessariamente identificarsi un una nozione ordinamentale; se l'ordinamento sportivo, che è locuzione formale utilizzata anche nel testo della Costituzione, fondi le sue radici nella teoria della pluralità degli ordinamenti e richieda per ciò stesso - dall'ordinamento statale - un riconoscimento formale, ovvero se si tratti di una locuzione puramente descrittiva di un fenomeno che non avrebbe spazi di separatezza ed autonomia rispetto a quello statale e sovrano (in altri termini se l'ordinamento sportivo esista solo in quanto "speciale" e riconosciuto); se la teoria della "*specificità*" dello sport (le cui ascendenze dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia confluiscono nella formulazione del nuovo testo dell'art. 165 TFUE) sia tale da non consentire l'enucleazione di un ordinamento settoriale, quanto piuttosto consenta solamente di declinare il diritto dello sport quale eccezione (parziale) alle regole comuni; e quanto simili prospettazioni conformative dell'ordinamento sportivo abbiano o meno effetti pratici (e non si risolvano in una mera speculazione teorica), soprattutto in ordine alla legittimazione dell'intervento dello Stato (dalla natura pubblica dell'organo di vertice, alla definizione del professionismo sportivo, agli interventi di favore per le società sportive, alla disciplina penale del doping, alla gestione dei diritti televisivi, alla promozione dell'impiantistica sportiva, alla repressione di fenomeni di violenza), ovvero legittimi semplicemente una disciplina di contorno (sulla scorta del riconoscimento di un grado più o meno ampio di autonomia), restando escluse dal *proprium* dell'ordinamento materie collaterali (appunto ordine pubblico, salute, spettacolo, gestione del territorio, realizzazione delle infrastrutture, promozione delle formazioni sociali e tutela giurisdizionale).

ISSN 2036-7821

2. Gli elementi strutturali.

La lettura condizionante della struttura e morfologia dell'ordinamento sportivo si deve, in due articoli pubblicati a distanza di anni, a M.S.Giannini, cui viene unanimemente ascritto il merito di aver definito (sulla scorta delle teorie romaniane sull'ordinamento) i suoi elementi strutturali (plurisoggettività, organizzazione, normazione): con una precisazione, troppo spesso dimenticata dagli epigoni, che la nozione di ordinamento giuridico (in generale, ma perfettamente aderente alla materia affrontata) è nozione irriducibilmente "liminale" e cioè il cui contenuto non può essere desunto se non *aliunde* (nel caso di specie dalla sociologia).

Non appare il caso di indugiare sulla categoria della plurisoggettività: se ne hanno riscontri in ordine non solo con riferimento alla qualificazione (fattuale) dei protagonisti dei giochi sportivi (gli atleti, i tecnici, i giudici di gara), ma a quella (giuridica) dei soggetti deputati alla organizzazione ed al controllo delle competizioni, alle organizzazioni di queste (secondo moduli prettamente associativi), e soprattutto alla configurazione, propria dell'ordinamento interno, dell'organo di vertice dell'ordinamento sportivo quale ente pubblico. Piuttosto non pare condivisibile il riferimento ad una dimensione diversa ed allargata (più moderna) della plurisoggettività (Clemente di San Luca, ma anche Ferrara, 11), fino a dovervi ricomprendere le figure imprenditoriali, i tifosi ed i soci delle società sportive, gli sponsor, sulla base dell'assunto che, indirettamente, essi sarebbero comunque coinvolti nell'applicazione della regolamentazione propria dell'ordinamento di settore: una simile diffusività del fenomeno finirebbe per apportare connotazioni eccessive alle dimensioni ordinamentali, fino a far scolorire del tutto la necessità di una configurazione autonoma delle regole sportive (almeno di quelle di matrice organizzativa, non dubitandosi della "irrilevanza" delle regole puramente sportive per l'ordinamento statale: altro è affermare la complessità delle relazioni intercorrenti tra i diversi soggetti, cui tuttavia l'ordinamento generale, o l'esercizio dell'autonomia privata, può fornire adeguati mezzi di tutela. In altri termini non pare persuasiva la tendenza ad allargare il campo della soggettività ordinamentale sulla base della possibile proiezione degli interessi in gioco: sarebbe come dire che sussiste sempre un interesse ultracorporativo – di natura generale - rispetto a regole endogene a gruppi sociali, quali associazioni di categoria, ordini professionali; ma la protezione di quelli interessi, correlati spesso agli effetti dell'attività e non al suo concreto svolgimento, non comporta sempre e necessariamente il riconoscimento di una piena legittimazione sostanziale e processuale dei soggetti che ne sono portatori).

Altrettanto può dirsi rispetto alla normazione interna all'ordinamento sportivo: non si discute in questo caso delle regole tecniche strettamente connesse alle modalità di svolgimento del gioco e delle competizioni (della cui esistenza e validità interne all'ordinamento sportivo nessuno dubita), quanto alla matrice di stampo consensuale e associativo sulla quale si fonda il sistema organizzativo sia internazionale (fondato

ISSN 2036-7821

sul principio del riconoscimento da parte del CIO dei diversi soggetti del movimento olimpico – federazioni internazionali, comitati olimpici nazionali, comitati organizzatori), sia nazionale (ancora, vige il principio del riconoscimento da parte dell'ente esponenziale dei diversi soggetti privati che costituiscono la costellazione soggettiva dell'articolazione dell'ordinamento sportivo territoriale, quali le federazioni sportive nazionali, le discipline sportive associate, gli enti di promozione sportiva): ciò in base ad una regola pattizia (a partire dalla Carta olimpica che è anche lo statuto del Cio), ovvero attraverso un potere di natura autorizzatoria (esercitato dal CONI in base al suo statuto, attraverso atti di indirizzo e controllo) a contenuto conformativo (per le finalità, i principi, gli assetti organizzativi) che opera come modulo ricorrente in forza del quale i soggetti dell'ordinamento sono riconosciuti come tali. E similmente natura pattizia e convenzionale hanno le regole disciplinari sulle quali poggia il fondamento degli obblighi comportamentali imposti ai soggetti dell'ordinamento (come dimostrano, anche in questo caso partendo dalla Carta Olimpica, gli obblighi di adesione al Codice antidoping e al Codice sulla prevenzione della manipolazione delle competizioni), che costituiscono il fondamento del potere disciplinare interno. Non possono tuttavia tacersi, sulla normazione, almeno due considerazioni che presentano caratteri opposti. Una (Ferrara, 12) che muove da una impostazione tradizionale, rispettosa del principio generale del primato del diritto statale e del suo corollario formale della gerarchia delle fonti, a mente della quale l'unica regolazione propria dell'ordinamento sportivo è quella che corrisponde alle regole puramente sportive (che, come si vedrà, appartengono all'indifferente giuridico nella prospettiva della normazione statale), essendo la restante parte dell'organizzazione una mera applicazione di regole proprie dell'ordinamento generale, o perché si tratta di fonti negoziali (cioè espressione dell'autonomia privata) o perché si tratta di disposizioni normative di rango primario di matrice pubblicistica (la regolamentazione del CONI è certamente tale). L'altra (Serra, 12) tiene conto della tendenza della dottrina soprattutto straniera (Casini, 243 ss.) tendente a configurare l'emersione di una *lex sportiva*, intesa genericamente (con la necessaria approssimazione di queste pagine) come insieme di standard e di principi, in parte codificati ma in gran parte frutto dell'azione pretoria del Tribunale Arbitrale dello sport, che ambisce a porsi come sistema giuridico immune e transnazionale, la cui finalità è sostanzialmente quella della uniforme applicazione di regole del movimento sportivo (per garantirne in via ultimativa la connotazione monopolistica), e che non tiene conto di una legittimazione derivante dal riconoscimento statale, quanto della capacità di penetrazione attraverso la giurisprudenza dei giudici speciali, armonizzata dalle effusioni della Corte Arbitrale internazionale (anzi, la legittimazione endogena della *lex sportiva* si fonda sulla chiarezza delle disposizioni, la validità simbolica, la loro coerenza e l'aderenza con le finalità perseguite: si tratta di parametri sui quali si esercita non tanto l'esercizio di

ISSN 2036-7821

una sovranità – sulla cui mancanza nell'ordinamento sportivo tutti concordano -, ma quello della realizzazione del consenso). In sostanza, e prescindendo dal diverso grado di formalizzazione e di persuasività delle due prospettazioni, l'ordinamento sportivo si presenta comunque come un insieme di regole formali, la cui applicazione è garantita attraverso un sistema di cognizione decisoria articolato in diversi gradi di giustizia interna (ed è questo l'ulteriore elemento strutturale, solo parzialmente cennato negli scritti originari di Giannini), ma sul quale gravano le maggiori recenti frizioni sul piano delle relazioni tra l'ordinamento sportivo e quello statale).

Quanto alla organizzazione deve necessariamente porsi un duplice punto di vista, che non appartiene tanto alla dimensione strutturale dell'ordinamento, quanto ai suoi caratteri. Per un verso vige un generale principio di autoorganizzazione interna (anche in questo caso, in termini puramente giuridici, fondato su una base negoziale), che consente l'articolazione in una pluralità di soggetti ciascuno responsabile di una attività, normalmente differenziate per segmenti empirici (cioè per aggregazione di discipline sportive, quali le federazioni internazionali, e quelle nazionali), o per funzioni (sintomatica a tale proposito è la entificazione degli organi di giustizia internazionali, prima interni al Cio, oggi strutturalmente distinti dal comitato per rispettare l'applicazione del principio di terzietà ed indipendenza delle nomine e delle decisioni dei giudici sportivi), ovvero anche per funzioni interne (anche in questo caso basti pensare alla proliferazione interna al Cio dei comitati con compiti di istruttoria per singole attività, ovvero alla creazione interna alla singole federazioni di organi di giustizia sportiva e disciplinare articolata su più gradi). Le relazioni tra i diversi soggetti dell'ordinamento sono fondate sul principio del riconoscimento (il Cio riconosce le federazioni internazionali, ai sensi dell'art. 25 della Carta Olimpica, che a loro volta riconoscono le federazioni nazionali – art. 29 della Carta, riconosce i comitati olimpici nazionali – *by law* artt. 27 e 28 della Carta, che a loro volta riconoscono le federazioni nazionali e gli altri enti di aggregazione, le federazioni tesserano persone fisiche o affiliano associazioni e/società…), che si manifesta, sul piano giuridico, come una espressione di volontà di adesione di un soggetto ad un programma di attività (e connesse regole giuridiche) frutto della dimensione statutaria dell'altro soggetto (il quale conforma le proprie regole organizzative prevedendo come modalità condizionante la validità dell'espressione del consenso l'accettazione incondizionata di regole e principi: si pensi ad esempio, con riferimento al CIO, alla regola posta dall'art. 25, comma 2 della Carta Olimpica, sul riconoscimento delle Federazioni sportive internazionali, a mente della quale "*the statutes, practice and activities of the IFs within the Olympic Movement must be in conformity with the Olympic Charter, including the adoption and implementation of the World Anti-Doping Code as well as the Olympic Movement Code on the Prevention of Manipulation of Competitions. Subject to the foregoing, each IF maintains its independence and autonomy in the governance of its sport*"). Per altro verso questa relazione, in realtà

ISSN 2036-7821

relativamente semplice dal punto di vista strettamente giuridico (perché si muove sul piano dei rapporti formali tra enti diversi regolati da norme consensuali, non aventi carattere imperativo), viene complicata dall'appartenenza di alcuni soggetti dell'ordinamento al plesso delle pubbliche amministrazioni. Va a tale proposito precisato che nessuna norma costitutiva di relazioni interorganizzative sul piano internazionale (si veda a tale proposito la Carta olimpica) impone una peculiare forma giuridica ai soggetti che aderiscono al relativo programma di attività, manifestando anzi lo statuto del Cio una sostanziale indifferenza tra persona giuridiche di diritto pubblico o diritto privato: ma l'ascrizione di soggetti dell'ordinamento sportivo al plesso delle pubbliche amministrazioni, ancorchè allargato, altera inevitabilmente il profilo della purezza della normazione su base pattizia o consensuale, introducendo elementi propri del diritto pubblico dei singoli stati (cioè norme imperative, che impongono obblighi derivanti dalla collocazione del soggetto all'interno dell'amministrazione pubblica, la cui portata precettiva può essere solo in parte temperata dall'attribuzione di un certo tasso di autonomia) che determinano inevitabilmente una alterazione della relazione biunivoca (interna all'ordinamento sportivo retto da regole di matrice consensuale) basata sul riconoscimento e sull'adesione.

Rispetto alle teorie campite sull'archetipo teorico di Giannini, al di là delle vicende successive che hanno accresciuto l'interesse della dottrina su particolari profili della originaria impostazione (in particolare per ciò che riguarda la moltiplicazione degli interventi normativi destinati a conformare la plurisoggettività dell'ordinamento, il riconoscimento della vincolatività di alcuni plessi regolatori – quali la disciplina antidoping, la legittimazione della giustizia sportiva sia internazionale – mediante la creazione di un organismo arbitrale permanente, sia nazionale – mediante l'espresso riconoscimento operato dal d.l. 220/2003), non pare dubbio che le suggestioni strutturali dell'ordinamento sportivo abbiano ricevuto una consacrazione nella giurisprudenza costituzionale: si legge nella sentenza 160/2019 (punto 3.2.2) che il primo riferimento dell'impianto motivazionale (si rammenta che la decisione riguardava la legittimità costituzionale dell'art. 1 del d.l. 220/2003 che costituisce il perno delle relazioni fondate sul principio di autonomia tra ordinamento statale e quello sportivo) è *"alla natura, per taluni profili originaria e autonoma, dell'ordinamento sportivo, che di un ordinamento giuridico presenta i tradizionali caratteri di plurisoggettività, organizzazione e normazione propria*": si tratta di una affermazione perentoria (ancorchè, come si vedrà, sganciata dal lessico della stessa Costituzione che del lemma ne ha fornito una espressione formale nell'art. 117), che ha indotto anche la dottrina più tetragona (non senza argomentate ragioni: Ferrara) a ritenere che comunque un ordinamento sportivo esiste nella sua dimensione giuridica, e che occorre, pertanto, tener conto della sua conformazione.

ISSN 2036-7821

3. I caratteri.

Posto che gli elementi strutturali dell'ordinamento sono configurabili nella tripartizione accertata (non senza qualche necessaria interpolazione in aumento, data dal carattere giustiziale del terreno di sfida delle relazioni tra ordinamenti diversi), la teorica che si è sviluppata sugli scritti gianniniani merita qualche riflessione in più sui caratteri dell'ordinamento, che contribuiscono a delimitarne le dimensioni.

In primo luogo emerge molto chiaramente da quei lavori che i caratteri dell'ordinamento sportivo sono diversi se si considera l'ordinamento internazionale e quello interno ai singoli stati. Il primo ha natura di ordinamento originario, in quanto frutto di spontanea aggregazione di soggetti, in funzione di un evento specifico (la celebrazione dei giochi olimpici), fondata sulla condivisione di valori e principi che ne costituiscono la "forza" autolegittimante: più perspicuamente il carattere dell'originarietà ordinamentale rifugge dalla necessità del suo riconoscimento da parte di altri ordinamenti (che ne condizionerebbero la validità dei principi e delle norme) e si coagula intorno ad un fondamento ineludibile (Grossi, 6) che giustifica le regole condivise, assunte come assolute e cogenti da parte dei soci della comunità. Questo carattere originario è stato messo spesso in discussione dalla dottrina più recente: per un verso, sotto il profilo dogmatico, negando normatività ai precetti che non siano promanazione dell'ordinamento statale, per altro verso sovrapponendo l'originarietà con la sovranità (di cui l'ordinamento sportivo è certamente privo, essendo il suo organo di vertice un soggetto non nato per effetto dell'esercizio della sovranità degli stati, che non sono soggetti dell'ordinamento, ma che rappresentano solo il limite della proiezione degli interessi del movimento olimpico in un dato territorio: prova ne sia la presenza, nelle regola della Carta olimpica, dell'affermazione del principio monopolistico statale relativo ai comitati olimpici – solo uno per stato può essere oggetto di riconoscimento -, nonché la limitazione della provenienza di membri della Sessione del CIO per evitare eventuali profili di ultra-rappresentatività degli stati nell'organo a carattere assembleare). Concorre a questa ondivaga considerazione della dimensione originaria dell'ordinamento sportivo la progressiva superfetazione dei principi e dei valori innestati sul tessuto originario della Carta olimpica: se da un lato si tratta di enunciazioni totalmente condivisibili, appartenendo il principio di uguaglianza, il divieto di discriminazione, la parità di genere, la pace, a molte tradizioni costituzionali comuni e a carte internazionali espressione di principi universalmente condivisi, dall'altro l'accresciuta sensibilità per le questioni ambientali, la promozione di uno "sviluppo sostenibile" dello sport, di una "*positive legacy*" dalla celebrazione dei giochi olimpici, l'opposizione ad ogni abuso politico o commerciale dello sport e degli atleti, la promozione di attività (anche attraverso le pubbliche autorità) per garantire un futuro sociale e professionale degli atleti (si tratta di enunciazioni espunte dall'art. 1 della Carta olimpica), costituiscono sintomi di una

ISSN 2036-7821

dimensione "politica" dell'ordinamento sportivo internazionale decisamente esorbitante rispetto alla primigenia matrice "personalistica" dell'idea olimpica. Un simile apparato di principi e obiettivi, indubbiamente correlati alla incontenibile dimensione sociale dello sport, costituisce in sé la naturale evoluzione del movimento olimpico, ma anche la sua portata dirompente e condizionante il rapporto con gli ordinamenti statali.

Un secondo carattere proprio dell'ordinamento sportivo è la sua connotazione aterritoriale (come detto gli stati non sono soggetti dell'ordinamento, e il loro territorio non costituisce né elemento né attributo costitutivo dell'ordinamento, ma solo la dimensione spaziale e circoscritta di eventi sportivi), l'universalismo delle regole dei giochi, e la dimensione mondiale (diversa però dall'ordinamento internazionale le cui regole sono costruite dalle comunità degli stati) degli interessi, delle conseguenti attività, che rende incomprimibile l'intera dinamica del fenomeno nelle forme chiuse dei diritti statali, soprattutto nel periodo storico nel quale il paradigma tradizionale dell'assolutezza del primato del diritto statale è messa in crisi dalla erosione della sovranità e dalla penetrazione di archetipi giuridici ed istituti di matrice sovranazionale, o, più genericamente, globale (Massera, 121). Anzi, consisterebbe proprio nella ascrizione ad una dimensione ultra (o, meglio, extra) statuale la vocazione ordinamentale dello sport, che lo renderebbe impermeabile alle determinazioni statali, in termini di sostanziale separatezza e non di mera autonomia funzionale (che presuppone sempre una graduazione operata dal legislatore statale, Morzenti Pellegrini, 140).

Ma l'elemento che maggiormente condiziona il carattere dell'ordinamento sportivo, e ne determina la inevitabile dissoluzione negli ordinamenti statali, è l'assenza di sovranità, intesa come esplicazione della piena effettività della forza, attraverso la quale si rendono coercibili le disposizioni impartite, si sanzionano gli illeciti, si dispongono coattivamente gli interessi sulla base di norme non convenzionali ma imperative. Non appare convincente l'assioma secondo il quale l'assenza di sovranità renderebbe in sè necessaria la sottoposizione dell'ordinamento originario ai condizionamenti (ed alla forza formale) dell'ordinamento statale. Sono due le considerazioni di massima che possono essere sotto tale profilo formulate.

La prima è che lo stesso ordinamento sportivo mondiale, quando si tratta di interessi "sensibili" utilizza (o meglio sollecita l'uso) degli strumenti tradizionali del diritto internazionale: si pensi ad esempio alla protezione del simbolo olimpico che si fonda non certo sulle regole della Carta Olimpica (le quali contengono una rivendica della titolarità dei simboli, dal limitato valore statutario) ma dal Trattato di Nairobi del 26 settembre 1981, sottoscritto dall'Italia nel 1983, e ratificato ed eseguito con la legge 24 luglio 1985, n. 434 (cui è seguita la legge 17 agosto 2005, n.167 recante misure per la tutela del simbolo olimpico in relazione allo svolgimento dei Giochi invernali «Torino 2006» che contemplava la comminatoria di sanzioni amministrative nel caso

ISSN 2036-7821

di violazione dei divieti di utilizzazione non consentita dei beni di titolarità del CIO, del Coni e del comitato organizzatore, e successivamente l'art. 5-bis del d.l. 11 marzo 2020, n.16, recante, tra l'altro, disposizioni urgenti per l'organizzazione e lo svolgimento dei Giochi olimpici e paralimpici invernali Milano Cortina 2026); si pensi, in altro settore, alla Convenzione internazionale UNESCO contro il doping nello sport del 2005 (ratificata con la legge 26 novembre 2007, n.230), che riconosce nel CIO e nelle federazioni internazionali la natura di "organizzazioni antidoping".

La seconda è che se il rimedio all'assenza di sovranità dell'ordinamento sportivo internazionale è costituito, in definitiva, dalla ripulsa del soggetto inadempiente (cioè dalla sua estromissione dalla comunità di appartenenza), non è meno rilevante l'interesse (generale, e quindi assunto come proprio dall'ordinamento statale) ad evitare frizioni che refluiscano sul movimento sportivo statale (sia per la sua inaccettabilità "morale", sia per le conseguenze economiche che ne deriverebbero). In questa prospettiva la dogmatica gianniniana si arrestava alla ipostatizzazione di un principio di mutuo "non disconoscimento", come mera constatazione fattuale di una accettazione tacita delle regole dell'uno (l'ordinamento sportivo internazionale) da parte del sistema normativo dell'altro (l'ordinamento statale): ma una simile circostanza è stata smentita dal dato letterale (almeno per ciò che concerne il diritto nazionale), sia per effetto (che induce in realtà a maggiori perplessità di quante non ne elimini) della previsione costituzionale dell'ordinamento sportivo quale materia di legislazione concorrente regionale ai sensi dell'art. 117 Cost., sia per effetto del riconoscimento dell'autonomia dell'ordinamento sportivo operata, con legge ordinaria, con il d.l. 230/2003.

Il dato positivo rendi quindi formalizzabili alcune conseguenze, anticipando l'esito di successive riflessioni: il riconoscimento dell'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al CIO, rende ragione dell'esistenza di una dimensione ordinamentale dello sport; rende altresì ragione della natura "derivata" e "settoriale" dell'ordinamento sportivo nazionale, in quanto il riconoscimento operato tramite l'opzione normativa è ovviamente diverso dal "riconoscimento" proprio dell'organizzazione internazionale di vertice di altri soggetti dell'ordinamento (se non altro per la dimensione imperativa della norma che, ovviamente, non richiede un atto formale di adesione dei destinatari: e per il carattere di – relativa - stabilità e certezza che la fonte primaria conferisce all'assetto dei rapporti tra l'ordinamento statale e quello sportivo, essendo invece il "riconoscimento" interno all'ordinamento sportivo sottoposto a provvedimenti di sospensione o revoca quali sanzioni per comportamenti ascrivibili a singoli soggetti); la natura derivata dell'ordinamento sportivo nazionale impone il suo assoggettamento ai principi ed alle norme costituzionali, nonchè alle disposizioni di rango primario che rispondono alle esigenze di garanzia della riconosciuta autonomia ma, al contempo, della tutela di situazioni giuridiche soggettive rilevanti

ISSN 2036-7821

per l'ordinamento statale (con la ovvia constatazione che una simile rilevanza non può che essere appannaggio del secondo sul primo).
Resta tuttavia fuori da un simile contesto definitorio la dimensione ordinamentale sulla quale poggia il principio di autonomia come rivendicato dall'ordinamento originario (che si fonda sul più generale principio di neutralità politica delle istituzioni dello sport), che non attiene semplicemente al corretto svolgimento delle competizioni, quanto alla connotazione autoorganizzativa della sua "*governance*". In sostanza se va riconosciuta piena cittadinanza al lemma "ordinamento sportivo", non appare possibile, sulla scorta del solo dato positivo, delinearne pienamente i confini.

4. Altre teorie.
Se convenzionalmente si ritiene che la dimensione pluralistica degli ordinamenti sia ancora la teoria più efficace per la definizione dell'ordinamento sportivo e dei suoi rapporti con l'ordinamento statale (Grossi, *passim*, Massera, *passim*, sia pure con le adeguate rivisitazioni alla luce della progressiva affermazione dell'autonomia quale regolo delle relazioni tra i due ordinamenti, o Clemente di San Luca, che tuttavia indulge nella necessità di configurare correttamente l'ordinamento sportivo interno quale sezionale o in alternativa "particolare", determinandosi in tal senso, e differentemente, l'autonomia di cui è dotato, se cioè amministrativa ovvero puramente negoziale), non possono essere taciute prospettazioni teoriche divergenti. Alcune di esse seguono una matrice statalista positiva, di stampo riduzionistico (Ferrara, *passim*, Manfredi, 266), che nega la stessa sussistenza di un ordinamento (giuridico) sportivo (nazionale) sotto diversi profili: in primo luogo la insostenibilità dell'esistenza di un ordinamento giuridico che non sia originario (affermare il carattere derivativo dell'ordinamento, in base al riconoscimento operato da una fonte primaria, equivale a fornirne una dimensione puramente descrittiva, di stampo sociologico, la cui unica connotazione consiste nella individuazione di norme tra loro collegate); in secondo luogo la insostenibilità in termini prettamente costituzionali, di un regime differenziato di talune formazioni sociali (non sarebbe spiegabile la ragione per effetto della quale quelle sportive dovrebbero godere di uno statuto privilegiato rispetto alle altre, tenendo conto che alcuni corpi sociali, come ad esempio i partiti politici ed i sindacati, godono di un regime di specialità – ancorchè non compiutamente attuato – direttamente derivante dalla Costituzione): neanche norme a fondamento corporativo (ad es. gli ordini professionali), che costituiscono una forma di ordinamento settoriale, legittimano una piena autodichia (o, meglio, giustizia endoassociativa) senza che vi sia un vaglio definitivo da parte del giudice statale; in ultimo non potrebbero essere validamente invocate le norme di cui agli artt. 7, 10 e 11 Cost. ai fini del *self-restraint* del legislatore, consistente in apposite limitazioni della sovranità statale, poiché l'ordinamento sportivo mondiale non rientra nel novero degli ordinamenti esterni o costituisce un assetto di regole proprie

ISSN 2036-7821

delle organizzazioni internazionali (non essendo il CIO o le federazioni internazionali ascrivibili a simili soggetti).

Ancora più radicali le argomentazioni negazionistiche di una struttura ordinamentale, sia con riferimento alla dimensione internazionale che a quella interna (Di Nella, 33 ss.), che si fondano sulla sostanziale assenza di una formale equiparazione tra i due ordinamenti (che sosterrebbe l'architrave della teoria della pluralità degli ordinamenti fondata sul riconoscimento di una loro pari dignità), dal momento che spetta ad uno di essi il riconoscimento delle situazioni giuridiche soggettive rilevanti (o, per converso, la indifferenza rispetto alle norme dell'altro), e sulla interversione del paradigma dell'art. 2 Cost., che pone al centro della tutela la persona nelle formazioni sociali in cui svolge la sua personalità, e non le seconde rispetto alla prima (sicchè sarebbero ipertutelati i fini associazionistici rispetto alle esigenze dell'individuo): tuttavia le finalità di una simile prospettiva critica finiscono per definire una integrazione tra attività (come diritto alla pratica sportiva), organizzazione (come rapporto di sussidiarietà tra intervento pubblico e libera iniziativa dei privati), promozione dell'associazionismo e tutela della persona, relazioni tra pubblico e privato, che non appaiono sufficienti a configurare compiutamente l'assetto del fenomeno sportivo rispetto ad altre manifestazioni della personalità dell'individuo; ed anche in questa prospettiva l'ordinamento sportivo (sempre e comunque recessivo rispetto all'ordinamento statale) è concepito come mero contenitore di norme dagli incerti confini, dipesi dalla primazia dell'apparato normativo generale.

Una ulteriore prospettazione teorica inquadra in fenomeno nell'ambito di una dimensione globale del diritto dello sport (Casini, *passim*), nella quale non appare più centrale la definizione dei perimetri dell'ordinamento sportivo operata dallo stato o dalla comunità internazionale. Questo diritto globale è connotato da una intensa dialettica pubblico-privato, e si fonda su un sistema reticolare, nel quale sfuggono i connotati propri del rigore del sistema di produzione delle fonti e della univocità della giurisdizione: le sue principali caratteristiche sono essere un "*contractual legal order*" non retto dai sistemi giuridici nazionali (si tratta quindi di un ordinamento "*without a state*"), composto da un set di principi sviluppati da norme transnazionali basate sulle regole poste dalle federazioni internazionali e della loro interpretazione, refrattario a forme di regolazione provenienti dalle corti statali, ma regolato solamente dalle istituzioni sportive o dagli organi delle istituzioni sportive deputati all'applicazione delle regole. Le regole sportive costituirebbero anzi una forma genuina di *global law*, dato il loro carattere universale, l'applicazione indifferenziata a livello internazionale e statale, gli effetti diretti che sono in grado di produrre nei confronti dei soggetti privati: l'emersione di una simile *lex sportiva* che consiste nell'intero corpo normativo implementato dalle organizzazioni sportive ha una natura eterogenea, e non richiede neanche la definizione in senso stretto di sport

ISSN 2036-7821

(Siekmann – Soek, *passim*) essendo sufficiente una relazione della questione con la materia sportiva (si tratta di una dimensione che riprende il senso delle questioni "*sport-related*" che costituiscono l'oggetto dell'attività del Tribunale arbitrale dello sport secondo il Codice dell'arbitrato, art. 1). In realtà l'ambiguità concettuale della locuzione (ed i suoi incerti contenuti, Bastianon, *passim*) non elimina i problemi comuni alle teorie più tradizionali, e cioè l'identificazione di un sistema di normazione, e le dimensioni dell'autonomia della *lex sportiva* (la sua potenziale immunità rispetto al diritto degli stati), che comunque non potrebbe mai porsi in contrasto con la tutela dei diritti fondamentali, con le norme imperative di ordine pubblico, ed in genere con i principi costituzionali degli stati nazionali (Serra, 4).
Ciò che emerge dalle variegate posizioni della dottrina di cui si è dato succintamente cenno, è comunque un problema costante: posta l'esistenza, almeno come dato fenomenologico, di un sistema di regole sportive (che per convenzione, e allo stato, possiamo postulare come ordinamento), resta da definirne la permeabilità rispetto all'ordinamento sovrano (statale), ovvero la sua recessività rispetto alle disposizioni di rango primario (non viene posto in dubbio il problema della astratta compatibilità costituzionale delle regole dello sport).

5. Le aporie.

Non giova in questa prospettiva l'emersione dell'ordinamento sportivo come materia espressamente contemplata nel comma 3 dell'art. 117 Cost., né l'interpretazione che ne ha fornito la Corte Costituzionale. In due distinte occasioni la Corte si è espressa su questioni di legittimità costituzionale afferenti norme statali in materia di impianti sportivi, ed in entrambe le occasioni, in modo assertivo, ha ritenuto che già prima della modifica del Titolo V della Parte seconda della Costituzione, nello stabilire il trasferimento alle Regioni a statuto ordinario delle competenze in materia di turismo ed industria alberghiera, aveva incluso tra queste "*la promozione di attività sportive e ricreative e la realizzazione dei relativi impianti ed attrezzature, di intesa, per le attività e gli impianti di interesse dei giovani in età scolare, con gli organi scolastici*". A seguito della revisione costituzionale operata dalla legge cost. n. 3 del 2001, l'ordinamento sportivo è stato inserito nel novellato art. 117, terzo comma, tra le materie oggetto di competenza legislativa ripartita tra Stato e Regioni: e "*non è dubitabile che la disciplina degli impianti e delle attrezzature sportive rientri nella materia dell'ordinamento sportivo e che in merito alla stessa operi il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni sancito dall'art. 117, terzo comma, della Costituzione*", con la conseguenza che una volta chiarito "*che si verte in materia di ordinamento sportivo, ne consegue che lo Stato deve limitarsi alla determinazione dei principi fondamentali, spettando invece alle Regioni la regolamentazione di dettaglio, salvo una diversa allocazione, a livello nazionale, delle funzioni amministrative, per assicurarne l'esercizio unitario, in applicazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza con riferimento alla disciplina contenuta nell'art. 118, primo*

ISSN 2036-7821

comma, della Costituzione" (Corte Cost. 424/2004). La medesima argomentazione è stata utilizzata dalla Corte, occupandosi della collocazione materiale della disciplina afferente alla edilizia sportiva (sentenza n. 254 del 2013), potendosi "*tranquillamente ascrivere la destinazione del fondo in questione*" (si trattava di un fondo istituito con legge statale non finalizzato "*a favorire l'attività sportiva agonistica ma destinato allo «sviluppo ed alla capillare diffusione della pratica sportiva a tutte le età e tra tutti gli strati della popolazione»*") all'ambito materiale di competenza concorrente regionale dell'«ordinamento sportivo» di cui all'art. 117, terzo comma, Cost.

E' interessante notare che in un precedente del 1987 (sentenza n.157 del 17 novembre) la Corte aveva rilevato validi (ed opposti) argomenti tratti "*dallo stesso concetto di sport agonistico, il quale, sotto il profilo organizzatorio, non può prescindere dal collegamento, tramite le federazioni nazionali di settore, con l'ordinamento sportivo internazionale. Questo collegamento… fa sì, comunque, che l'organizzazione dello sport agonistico e le relative esigenze di intervento sugli impianti mal si prestano ad essere costrette nel mero ambito regionale…*" : con la naturale conseguenza che mentre i campionati sportivi, con il loro carattere di programmaticità e di competitività organizzata secondo criteri di ufficialità, possono essere considerati come il prototipo delle attività sportive agonistiche, gli interventi sugli impianti destinati "*a promuovere l'esercizio dell'attività sportiva*" (cioè necessari allo svolgimento di attività sportive non agonistiche "*svolte per svago o dirette a sviluppare la forza o l'efficienza del proprio corpo*") possono ben rientrare nell'ambito delle competenze regionali. Sebbene in quel caso la Corte non avesse utilizzato alcun riferimento a profili ordinamentali della disciplina, sembra evidente che l'affermazione di una linea di demarcazione tra attività programmate e non, tra agonismo che risponde a regole tecniche internazionali e attività motorie compiute per svago o per fini educativi o salutistici, coincidesse con la qualificazione formale ed esterna dell'ordinamento (sportivo). Questo approdo della Corte sulla materia dell'ordinamento sportivo come oggetto della potestà normativa ripartita esclude che la locuzione sia stata utilizzata ed applicata dal legislatore costituzionale avendo piena contezza del significato attribuitole dalla dottrina: sembra addirittura emergere una duplice connotazione dell'ordinamento, una strettamente legata alla sua applicazione interna all'ordinamento nazionale (nella quale convergono molteplici aspetti legati alla - potenziale - differenziazione regionale della promozione sportiva, ed in genere delle attività turistico-ricreative, della localizzazione degli impianti sul territorio, della valorizzazione di profili culturali, e quindi di una sua ampiezza contenutistica che non tiene conto della valenza propria dei sintagmi – ordinamento, e cioè, anche nella accezione meno rigorosa, un complesso di regole teleologicamente collegate, e – sportivo, e cioè una attività agonistica che si dipana sulla base di un programma organizzato di eventi concatenati, v. *ultra*, par. 6), l'altra, più complessa, che riguarda le strutture

ISSN 2036-7821

normative ed organizzative proprie di un corpo sociale in relazione alla sua legittimazione rispetto all'ordinamento generale.

Una simile ambivalenza semantica balza evidente agli occhi dell'interprete quando la Corte è stata chiamata a pronunciarsi su profili più strettamente ordinamentali, nelle note sentenze 49 del 2011 e 160 del 2019, nelle quali era dedotta la questione di legittimità costituzionale del disegno della legislazione di urgenza segnata dal d.l. 220/2003 fondata sul riconoscimento della autonomia dell'ordinamento sportivo quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale: si trattava della nota questione della limitazione della tutela giurisdizionale in materia disciplinare sportiva (riferibile ai soli profili risarcitori) che, secondo la prospettiva della Corte, non determina una violazione del diritto alla tutela giurisdizionale, in quanto ragionevole e giustificata dall'esigenza di garantire l'autonomia dell'ordinamento sportivo.

Non indulgerò sui profili strettamente processuali delle decisioni della Corte (che rappresentano un punto di equilibrio "politico" del bilanciamento dei rapporti tra gli ordinamenti): mi limiterò solo a considerazioni che riguardano, appunto, il rinvenimento di un principio autonomistico dell'ordinamento sportivo derivante direttamente dalla Costituzione. E' singolare che nella considerazione della Consulta sia del tutto obliterato il riferimento formale alla espressa locuzione utilizzata dall'art. 117 Cost., e che gli ascendenti costituzionali del principio autonomistico siano invece rinvenuti negli artt. 2 e 18 Cost. *"dato che non può porsi in dubbio che le associazioni sportive siano tra le più diffuse «formazioni sociali dove [l'uomo] svolge la sua personalità» e che debba essere riconosciuto a tutti il diritto di associarsi liberamente per finalità sportive"* (sentenza 49/2011, punto 4.3). Ancora più significativa è la dimensione ordinamentale nella seconda decisione richiamata: la Corte rammenta che *la struttura pluralista della Costituzione, orientata all'apertura dell'ordinamento dello Stato ad altri ordinamenti,* (con il che sembrano esaurirsi le argomentazioni sulla sterilizzazione – se non inesistenza- di un ordinamento sportivo) consente di fornire protezione al sistema dell'organizzazione sportiva, in quanto tale e nelle sue diverse articolazioni organizzative e funzionali, "*in base alle previsioni costituzionali che riconoscono e garantiscono i diritti dell'individuo, non solo come singolo, ma anche nelle formazioni sociali in cui si esprime la sua personalità (art. 2 Cost.) e che assicurano il diritto di associarsi liberamente per fini che non sono vietati al singolo dalla legge penale (art. 18)*". L'afflato pluralistico della Corte arriva a delineare un collegamento tra i due ordinamenti, il cui contatto sia segnato dall'intervento del legislatore statale, che deve essere disciplinato "*tenendo conto dell'autonomia di quello sportivo e delle previsioni costituzionali in cui essa trova radice*". Posto quindi che il principio di autonomia non appare campito solo sulla base del d.l. 220/2003, ma poggia su una base costituzionale relativa alla protezione dell'individuo e delle formazioni sociali, il contatto tra i due ordinamenti deve essere regolato sulla base di alcuni principi:

ISSN 2036-7821

- il rispetto dei diritti costituzionali (comune ad entrambi gli ordinamenti);
- il rispetto del principio di proporzionalità ("*la regolamentazione statale del sistema sportivo deve dunque mantenersi nei limiti di quanto risulta necessario al bilanciamento dell'autonomia del suo ordinamento con il rispetto delle altre garanzie costituzionali che possono venire in rilievo, fra le quali vi sono – per quanto qui interessa trattando della giustizia nell'ordinamento sportivo – il diritto di difesa e il principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale presidiati dagli artt. 24, 103 e 113 Cost.*");
- la recessività dell'autonomia dell'ordinamento sportivo rispetto alla garanzia della protezione giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi;
- la giustificazione di scelte legislative che conformino detta autonomia "*in modo da evitare intromissioni con essa "non armoniche", come il legislatore ha valutato che fosse, nel caso in esame, la tutela costitutiva*".

In sostanza dalla Corte provengono segnali distonici: l'ordinamento sportivo non ha una dimensione unitaria e un perimetro certo, perché da un lato estende i suoi confini fino ad inglobare interventi legislativi regionali differenziati in materia apparentemente estranea alla sua matrice organizzativa (in sé refrattaria, data la sua natura di articolazione dell'ordinamento internazionale, a diversificazioni substatali); dall'altro sarebbe portatore di una endemica dimensione autonomistica rispetto all'ordinamento generale, fondata, più che su proprie rivendicazioni formali, sull'assunto che quello sportivo ha "*per taluni profili*" natura originaria (così si esprime la Corte); le ragioni della originarietà (che non sono spiegate chiaramente dalla Corte) non possono che poggiare, nei limiti delle argomentazione spese dalla Consulta, sul rispetto delle regole proprie delle varie discipline e delle relative competizioni che si sono formate autonomamente secondo gli sviluppi propri dei diversi settori e si "*connotano normalmente per un forte grado di specifica tecnicità che va per quanto possibile preservato*": si tratta, a bene vedere, di una affermazione che più che legittimare una dimensione autonomistica dello sport (il cui rilievo sistematico riguarda il governo delle istituzioni sportive e delle relative connotazioni organizzative, ivi compreso il suo complesso sistema di autodichia), serve ad evidenziare la specificità delle sue regole tecniche e dei connessi aspetti disciplinari.

6. L'autonomia.

Le richiamate decisioni della Corte sollecitano un approfondimento sul significato e l'applicazione che viene fatta del principio di autonomia dell'ordinamento sportivo. Il diritto positivo suggerisce tre possibili approcci.

Il primo è contenuto nell'art. 2 del d.lgs. 242/1999, a mente del quale il CONI "*si conforma ai principi dell'ordinamento sportivo internazionale, in armonia con le deliberazioni e gli indirizzi emanati dal Comitato olimpico internazionale*": sebbene la disposizione riguardi la (attuale) disciplina di rango primario dell'ente esponenziale, viene riconosciuta l'esistenza di un ordinamento sportivo internazionale, al rispetto dei cui

ISSN 2036-7821

principi (e non norme) l'ente pubblico è obbligato. In questo senso il principio affermato appare addirittura asimmetrico rispetto ad una piena autonomia dell'ordinamento sportivo, in quanto la conformità all'ordinamento internazionale viene quasi imposta dal legislatore, e con una limitazione formale (principi, appunto, e non disposizioni) che sembra consentire in ogni caso una sorta di verifica costante su eventuali controlimiti propri dell'ordinamento nazionale. E' evidente che la norma in riferimento fosse storicamente datata (essa è precedente alla emersione costituzionale della locuzione di "ordinamento sportivo") e necessiti di una sua complessiva rivisitazione, anche alla luce delle successive alterazioni organizzative derivanti dall'assetto dei rapporti tra l'ente pubblico e la società servente appositamente istituita (Coni Servizi), per poi risultarne erosiva delle prerogative originarie (Sport e Salute): è però altrettanto evidente che una lettura della dimensione dell'autonomia si è rinvenuta più nello statuto del CONI che non nella portata definitoria della fonte primaria (attraverso l'autoqualificazione del Coni, tra l'altro, quale ente di "*regolazione*" - art. 2 dello statuto -: o attraverso l'enunciazione del principio di autonomia sportiva, ai sensi dell'art. 4 dello statuto, che è ispirato alla Carta Olimpica nella parte in cui impone la salvaguardia da ingerenze di natura politica, religiosa ed economica, ma che pare esorbitante rispetto all'enunciato normativo nella parte in cui afferma che il CONI "*svolge le proprie funzioni e i propri compiti con autonomia e indipendenza di giudizio e di valutazione*", e intrattiene "*rapporti di collaborazione*" con le organizzazioni internazionali, l'Unione Europea, le Regioni, le province autonome di Trento e Bolzano e gli Enti locali, e "*coopera con le Autorità pubbliche*" ai programmi di promozione e sostegno dello sport): con l'uso di locuzioni (regolazione, indipendenza di giudizio, collaborazione con istituzioni) che nel nostro ordinamento sono normalmente riferite all'*acquis* delle autorità amministrative indipendenti, che ricevono dall'ordinamento europeo una legittimazione formale ben più consistente di quella riferibile all'ente esponenziale dello sport.

Un secondo parametro è quello rappresentato dal d.l. 220/2003 che costituisce il riferimento normativo primario dell'autonomia come principio regolatore dei rapporti tra l'ordinamento sportivo interno e quello generale. E' nota la genesi della fonte emergenziale (nella vulgata non è un caso che il d.l. viene normalmente definito "salvacalcio"), che ne dimensiona in senso prettamente giudiziale la portata: ma è altrettanto nota l'enfasi con la quale la dottrina ha disegnato una vera e propria teoria del principio di autonomia, in particolare sulla scorta dell'art.1, comma 1 ("*la Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al CIO*"). Tre sono gli elementi rilevanti della proposizione normativa: il riconoscimento di un ordinamento sportivo internazionale che fa capo al CIO, che si fonda sul potere evocativo-suggestivo del termine "ordinamento" (Borrello), operato all'interno di una legge ordinaria, che si risolve in realtà a qualificare la posizione costituzionale effettiva

ISSN 2036-7821

dell'ordinamento sportivo nazionale come una forma di autonomia riconosciuta, ma pur sempre nel solco dei principi generali del pluralismo sociale costituzionalmente possibile (in altri termini non un ordinamento pieno, ma un sistema di norme rispetto al quale, ed alla cui applicazione ed ai loro effetti, l'ordinamento statale rinuncia all'esercizio di gran parte delle sue prerogative); la verticalità dell'ordinamento settoriale, concepito come "articolazione" di un ordinamento più ampio (ciò che lascia presupporre una già intervenuta forma di riconoscimento sovranazionale, che tuttavia non riguarda solo le norme, ma soprattutto, visto lo statuto del CIO, gli enti), verso il quale il legislatore nazionale si pone in una prospettiva di mera "deferenza"; la dimensione, quindi, della alterità dell'ordinamento sportivo, più che della sua separatezza da quello statale, fondato sul riconoscimento della capacità di produzione di norme da parte di corpi sociali organizzati diversi dallo Stato (secondo la prospettiva di Modugno), più che sul "favore" della loro autonomia (di tale favore statale verso lo sport, nel d.l. del 2003, non vi sono tracce consistenti, se non nella configurazione di una limitata – come si dirà - autodichia).

La ricorrenza di questi tre elementi è tuttavia in sè non sufficiente per declinare appropriatamente un sistema di "autonomia", il cui senso viene in effetti precisato nello sviluppo della disposizione. In primo luogo soccorre il comma 2 dell'art. 1, che costituisce una sorta di limite generale al principio autonomistico ordinamentale, escludendosi dalla sua portata le situazioni giuridiche soggettive "connesse" con l'ordinamento sportivo "rilevanti" per l'ordinamento giuridico della Repubblica: si tratta di locuzione (volutamente) indefinita, dal momento che la stessa idea di situazione giuridica soggettiva comporta in sé una "rilevanza" per l'ordinamento (non essendo possibile considerare rilevanti solo diritti o interessi patrimonialmente o economicamente apprezzabili, né di dimensioni tali da esorbitare la pura dimensione sportiva di un fenomeno sociale), e che il lemma "connessione" (tecnicamente non irreprensibile) potrebbe indicare tanto una generica afferenza della situazione giuridica soggettiva all'accadimento sportivo (che si risolverebbe in una pura tautologia), quanto una accezione negativa (sicchè sarebbero rilevanti tutte quelle situazioni che non si esauriscono esclusivamente nell'accadimento sportivo, come gli errori dei giudici di gara, o che dalle regole sportive siano contemplate come evenienze possibili, previste e disciplinate, come le sanzioni disciplinari). In disparte le possibili opzioni interpretative (su cui la dottrina processualistica si è più volte cimentata), occorre sottolineare che l'effetto della clausola di salvaguardia (l'ordinamento statale appresta comunque forme di tutela – e questo spiega il richiamo alle situazioni giuridiche soggettive, e non a "materie" – a interessi meritevoli di apprezzamento perché fondati su diritti o interessi che hanno un fondamento costituzionale) è esattamente quello di segnare un confine mobile del principio autonomistico, la cui individuazione nel caso concreto appare affidata per

ISSN 2036-7821

lo più al sistema giurisdizionale. In altri termini il principio di autonomia che emerge dalla disposizione dell'art.1 del d.l. 220/2003 non riguarda né l'organizzazione, né il sistema di produzione di norme, né le risorse, ma solo il grado di sottoposizione alla cognizione del giudice statale di questioni normalmente riservate, ed in prima battuta affidate, al sistema di giustizia endoassociativa: si tratta in sintesi di individuare il decisore di ultima istanza sulle controversie generate in ambito sportivo, ed in particolare, quelle che hanno avuto un clamore sociale di maggiore impatto (come l'iscrizione dei club ai campionati professionistici). Anche in questo caso occorre contestualizzare l'origine straordinaria ed urgente della disposizione, ed il conseguente breve lasso di tempo per elaborare un tessuto più sofisticato e resistente di relazioni tra i due ordinamenti: essa appare chiaramente ispirata (anche nel lessico) ad una dottrina elaborata sulla scorta di decisioni della Cassazione, entrambe assunte a Sezioni Unite (sentenza n. 4399 del 1989, e, con i medesimi toni, ma successivamente all'entrata in vigore della disposizione, n. 5775 del 2004), nelle quali si afferma che le questioni tecniche e quelle disciplinari (secondo una schematica ripartizione delle materie trattate dal giudice sportivo) "*non hanno rilevanza nell'ordinamento giuridico generale e le decisioni adottate in base [alle regole promananti dall'associazionismo sportivo] sono collocate in un'area di non rilevanza per l'ordinamento statale, senza che possano essere considerate come espressione di potestà pubbliche ed essere considerate alla stregua di decisioni amministrative. La generale irrilevanza per l'ordinamento statuale di tali norme e della loro violazione conduce all'assenza della tutela giurisdizionale statale*" (non è un caso che la Corte Costituzionale abbia letteralmente ripreso l'assunto nella sua sentenza 49/2011): e si fonda sulla altrettanto consolidata quadripartizione della giustizia sportiva (su cui, autorevolmente, Luiso), in giustizia tecnica, disciplinare, economica ed amministrativa, che riguardava, peraltro, non una scansione fondata sul rilievo delle situazioni giuridiche soggettive cui fornire un certo grado di tutela, ma su una disamina (puramente descrittiva) degli statuti e dei regolamenti delle singole federazioni sportive.

Che ai sensi del d.l. 220 del 2003 il concetto di autonomia ordinamentale coincida con l'"irrilevante giuridico" è chiarito dall'art.2 che "riserva" all'ordinamento sportivo la disciplina delle questioni aventi ad oggetto "*l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive*" e "*i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive*". La disposizione era nata nella versione originaria con ben altre ambizioni, contemplando materie ulteriori (l'ammissione e l'affiliazione alle federazioni di società, di associazioni sportive e di singoli tesserati, nonchè l'organizzazione e lo svolgimento delle attività agonistiche non programmate ed a programma illimitato e l'ammissione alle stesse delle squadre ed atleti), ma fu subito ridotta in sede di conversione del decreto legge alle sole

ISSN 2036-7821

questioni puramente tecniche e a quelle disciplinari: per altro verso, la giurisprudenza amministrativa, (che si era dimostrata non del tutto omogenea nell'ammettere un sindacato sulle sanzioni disciplinari in ambito sportivo, Lubrano 43 ss.) ha successivamente allargato le maglie della sua cognizione alla legittimità delle decisioni (di ultimo grado) della autodichia sportiva, salvo poi interrogarsi, infruttuosamente, sulla portata delle proprie sentenze in materia, astrette, per i richiamati arresti della giurisprudenza costituzionale, al solo ambito risarcitorio. In altri termini dell'originario impianto della norma che aveva tentato di definire un ambito proprio dell'autonomia dell'ordinamento sportivo, è rimasto come ultimo lembo quello dell'irrilevante giuridico, delle norme puramente tecniche che riguardano lo svolgimento del gioco e delle competizioni. Ed anche questo ultimo tassello è stato successivamente eroso dalla l. 30 dicembre 2018, n. 145 che ha modificato l'art. 3, comma 1 del d.l. 220/2003, stabilendo che sono in ogni caso riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ed alla competenza funzionale inderogabile del TAR Lazio - Roma, le controversie aventi ad oggetto i "*provvedimenti di ammissione ed esclusione dalle competizioni professionistiche delle società o associazioni sportive professionistiche, o comunque incidenti sulla partecipazione a competizioni professionistiche*": precisando inoltre che per le stesse controversie è esclusa ogni competenza degli organi di giustizia sportiva, fatta salva la possibilità che lo statuto e i regolamenti del CONI (e conseguentemente delle Federazioni sportive per le quali sono previste competizioni professionistiche) prevedano che "organi di giustizia dell'ordinamento sportivo" possano decidere tali questioni anche nel merito ed in unico grado e le cui statuizioni, impugnabili ai sensi del precedente periodo, siano rese in via definitiva entro il termine perentorio di trenta giorni dalla pubblicazione dell'atto impugnato (addirittura stabilendo una sorta di silenzio rigetto nel caso in cui la decisione sportiva non intervenga entro detto termine, restando quindi il solo Tar del Lazio il decisore finale della composizione dei campionati).

Inoltre, che il tasso di autonomia riconosciuta all'ordinamento sportivo nell'impianto di quella disposizione sia strettamente legato a questioni processuali lo si ricava dall'art. 3 del medesimo d.l., nella parte in cui viene conformata la giustizia endoassociativa (una sorta di autodichia attenuata, dal momento che una piena autonomia, anche giustiziale, dell'ordinamento, rifuggirebbe da qualsiasi forma di controllo giurisdizionale esterno, Paolantonio, 8), attraverso la cd. pregiudiziale sportiva (art. 2, comma 2, sull'onere di attivazione degli organi di giustizia sportiva nelle materie tecniche e disciplinari), la astratta previsione di un sistema a gradi di giustizia interna e la salvezza delle clausole compromissorie previste dagli statuti e dai regolamenti del Comitato olimpico nazionale italiano e delle Federazioni sportive (art.3, comma 1). In conclusione la prefigurazione dell'autonomia dell'ordinamento sportivo nel d.l. 220/2003 ha fondamenta molto labili, in quanto si risolve in una sorta

ISSN 2036-7821

di indifferenza per l'ordinamento statale delle sole questioni puramente tecniche (salva la rilevanza, questa volta stabilita con un intervento diretto del legislatore, delle questioni afferenti l'ammissione ai campionati professionistici, oggi di fatto attratti nella sfera della cognizione del giudice amministrativo), ed in un arretramento formale delle tecniche di tutela rispetto alle sanzioni disciplinari confinate, secondo l'equilibrio sancito dalla Corte Costituzionale, al un ambito puramente risarcitorio (salvo, sul piano sostanziale, doversi ammettere che l'accertamento preliminare al risarcimento del danno della legittimità o meno della sanzione comminata dagli organi di giustizia sportiva, possa determinare effetti concreti sull'assetto degli interessi in gioco, non essendo del tutto implausibile, né formalmente vietata, l'adozione di provvedimenti o atti delle Federazioni di revisione delle proprie precedenti determinazioni, anche al solo scopo di evitare una diminuzione patrimoniale derivante dall'accoglimento dell'azione risarcitoria).

Un terzo riferimento positivo al concetto di autonomia dell'ordinamento sportivo è di conio più recente, anche se maturato in circostanze di eccezionalità e di urgenza obiettivamente opinabili. Il d.l. 21 gennaio 2021, n.5 reca misure urgenti in materia di organizzazione e funzionamento del Comitato olimpico nazionale italiano, ed in particolare ha reciso i rapporti con la società istituita nel 2002 per lo svolgimento di attività strumentali ed esecutive per il funzionamento dell'ente pubblico in base ad un contratto di servizio (Coni Servizi spa), provvedendo a fornire quindi al CONI una propria dotazione organica, anche attraverso il trasferimento del personale della società ausiliaria, a dare inizio all'espletamento di concorsi per l'assunzione di personale, e a trasferire nella dotazione patrimoniale dell'ente alcuni beni (si tratta quindi di una sorta di piena ripubblicizzazione del Coni, dopo che questo era stata svuotato delle proprie risorse di personale a favore della società strumentale istituita ai sensi dell'art. 8 del d.l. 138/2002, poi trasformata, e non solo sul piano della denominazione, in Sport e salute, in base all'art. 1 commi 629 e ss. della legge 145/2018). Al di là delle cause che hanno condotto alla crisi dell'assetto ordinamentale e relazionale dell'istituzione posta al vertice dell'ordinamento sportivo nazionale (determinata proprio dalla esorbitante attribuzione di funzioni alla società pubblica operata con la legge del 2018, e non ancora risolta a seguito dell'abortita delega legislativa conferita con l'art.1 della legge 86/2019 che avrebbe dovuto ridefinire gli ambiti di attività del CONI), ciò che va messo in rilievo sono le ragioni del riconoscimento dell'autonomia, che si riferisce non all'ordinamento sportivo, ma al suo ente esponenziale. Nelle premesse del d.l. viene richiamata la Carta olimpica "*e, in particolare, l'articolo 27, comma 6, il quale prevede che i Comitati olimpici nazionali devono preservare la loro autonomia e indipendenza*"; viene altresì ravvisata la straordinaria necessità ed urgenza "*di assicurare, sotto il profilo formale e sostanziale, la piena operatività, l'autonomia e l'indipendenza del Comitato olimpico nazionale italiano, in coerenza con quanto stabilito dalla Carta Olimpica, anche al fine di*

ISSN 2036-7821

favorire l'ottimale partecipazione della delegazione italiana ai XXXII Giochi Olimpici di Tokyo"; nell'articolato viene espressamente riconosciuto che l'intervento normativo è dettato al fine di assicurare al CONI la "*piena operatività e la sua autonomia e indipendenza quale componente del Comitato olimpico internazionale*" (art. 1, comma 1); viene altresì affermato che l'ente può disporre di una propria dotazione organica "*nell'ambito dell'autonomia organizzativa e in coerenza con gli standard di indipendenza e autonomia previsti dal Comitato olimpico internazionale*" (art. 1 comma 4). L'esposizione nel preambolo del d.l. delle circostanze che hanno indotto il governo all'adozione della decretazione di urgenza ha una connotazione iniziatica, che può essere spiegata solo con la lettura dei lavori preparatori al testo della legge di conversione, dal quale emerge la narrazione di una crisi dei rapporti tra Governo e CIO, avendo quest'ultimo sollevato seri dubbi sulle conseguenze determinate dalla legge 145/2018 con riferimento all'autonomia del comitato olimpico nazionale ed in particolare sulla non disponibilità di risorse di personale proprie, ed avendo minacciato di ricorrere a sanzioni nell'imminenza della celebrazione dei giochi olimpici. A differenza dei precedenti riferimenti normativi al concetto di autonomia, il d.l. 5/2021 non attiene all'ordinamento sportivo in quanto tale, ma all'ente riconosciuto dal CIO quale articolazione nazionale del movimento olimpico: una simile precisazione appare necessaria in quanto sposta sul piano della morfologia dell'ente, e dei suoi margini di operatività, le riflessioni sull'ordinamento.

Una prima considerazione riguarda l'effetto dell'intervento normativo, correlato alle ragioni di urgenza. Il CONI è privo sin dal 2002 (anno della costituzione di Coni Servizi spa) di una sua propria dotazione organica, ed appare singolare che il comitato olimpico internazionale se ne occupi a distanza di quasi vent'anni, e per di più minacciando sanzioni nell'imminenza dei giochi olimpici (l'art. 59 della Carta olimpica prevede, in caso di violazioni delle regole in essa contenute, che nei confronti dei Comitati olimpici nazionali possano essere disposte fra l'altro la sospensione ovvero la revoca del riconoscimento): è quindi evidente che le ragioni dell'attivismo dell'organo internazionale riposassero su elementi più profondi della sola carenza di personale proprio del comitato nazionale (ed è altrettanto probabile che la soluzione adottata dal legislatore di emergenza sia stata frutto di una informale concertazione con il CIO). La seconda considerazione riguarda l'avveramento della intuizione gianniniana sulla relazione tra i due ordinamenti (quello internazionale e quello nazionale), sicchè la sola minaccia dell'adozione di provvedimenti sanzionatori (nel caso di specie la sola previsione all'ordine del giorno del comitato esecutivo del CIO della questione italiana) costituisce in sé un disvalore che rende efficace l'intento di *moral suasion* che accompagna le sollecitazioni del CIO (si rammenta che ai sensi dell'art. 27, paragrafo 9 della Carta Olimpica "*the IOC Executive Board may take any appropriate decisions for the protection of the Olympic Movement in the country of an NOC, including suspension of or withdrawal of*

ISSN 2036-7821

recognition from such NOC if the constitution, law or other regulations in force in the country concerned, or any act by any governmental or other body causes the activity of the NOC or the making or expression of its will to be hampered"). La terza attiene all'inciso contenuto nell'art. 4 del d.l. 5/2021 che richiama "*gli standard di indipendenza e di autonomia previsti dal Comitato olimpico internazionale*": più chiaramente si tratta di una indicazione del tasso di deferenza che il legislatore ha mostrato nei confronti dell'organismo internazionale, la cui concezione di autonomia (riferita, si precisa ancora, al comitato nazionale) è evidentemente più ampia del principio di autonomia funzionale proprio dell'ordinamento interno (con la quale si intende la formula organizzatoria con la quale si connota, in base ad una fonte primaria, l'operatività di un ente pubblico al quale è assegnata la cura di interessi pubblici primari: per la quale sarebbe bastato l'impianto già delineato dal d.lgs. 242/99).

Proprio questa ultima considerazione sollecita una riflessione maggiore sul tasso di aderenza della ripubblicizzazione dell'ente al concetto di autonomia secondo la prospettiva del CIO. Il principio è in primo luogo enunciato nei Principi fondamentali dell'olimpismo contenuti nella Carta Olimpica, e in ispecie nel par. 5, che afferma "*Recognising that sport occurs within the framework of society, sports organisations within the Olympic Movement shall apply political neutrality. They have the rights and obligations of autonomy, which include freely establishing and controlling the rules of sport, determining the structure and governance of their*
organisations, enjoying the right of elections free from any outside influence and the responsibility for ensuring that principles of good governance be applied": dalla declinazione del principio si evince che esso riguarda non tanto l'autonomia delle istituzioni (e quindi un ambito di autodeterminazione sottratto al condizionamento degli ordinamenti sovrani), quanto quello della loro neutralità politica (che appare concetto più vicino al canone dell'indipendenza: si rammenta che i principi del movimento olimpico trovano applicazione anche nei confronti del CIO). L'autonomia delle organizzazioni riconosciute (nel caso di specie dei comitati olimpici nazionali) è invece contemplata nell'art. 27, paragrafo 6 della Carta Olimpica che impone loro di "*preserve their autonomy and resist all pressures of any kind, including but not limited to political, legal, religious or economic pressures which may prevent them from complying with the Olympic Charter*": ma lo stesso articolo, al paragrafo 5, stabilisce che i comitati olimpici nazionali "*may cooperate with governmental bodies, with which they shall achieve harmonious relations*". Le concrete applicazioni di una simile autonomia non appaiono facilmente definibili dal testo della Carta Olimpica (che, come detto, sembra orientata verso una nozione di indipendenza, più che di autonomia in senso stretto, sia pure nei limiti delle finalità proprie del soddisfacimento dei compiti riferibili al comitato olimpico nazionale, ed alla sua missione rappresentativa del Movimento olimpico in un determinato paese). Soccorre a tale proposito una più pregnante misura del principio in base alla raccomandazione del CIO n.28 del 2016, nel quale

ISSN 2036-7821

viene enunciato il sintagma dell'"*autonomia responsabile*": essa si compendia non solo in diritti (la libertà di associazione, il potere di autoregolamentazione sia con riferimento alle regole sportive che a quelle della "*governance*" delle organizzazioni sportive senza alcuna indebita interferenza esterna), ma anche in doveri (il rispetto delle norme dell'ordinamento nazionale, delle regole e degli statuti delle organizzazioni sportive internazionali, i principi generali della "*good governance, transparency and ethics*" per il corretto funzionamento degli organismi sportivi): l'autonomia non è quindi rivendicazione dell'isolamento delle organizzazioni sportive, ma, al contrario, "*sports and sports organizations are fully part of the framework of the local society and context, whilst respecting the universal values which characterise them*". In particolare il principio di "*autonomous functioning of sports organisations*" richiede che la legislazione dello stato deve essere dotata di un sufficiente grado di flessibilità per non sostituirsi al potere delle organizzazioni sportive di stabilire le proprie regole interne nei propri statuti: "*in other words, the legislative framework must not be used to allow government bodies to get involved in the micro-management or internal operations of sports organisations, nor to take the place of the statutes, internal rules and decisions by the competent bodies of each sports organisation*". Ovviamente il Cio è pienamente consapevole che la maggioranza delle organizzazioni sportive fondano la propria attività sull'impego di risorse pubbliche, e che in ogni caso le pubbliche autorità contribuiscono allo sviluppo dello sport attraverso la realizzazione degli impianti sportivi, e l'adozione di misure nei settori della istruzione, salute, sicurezza, e nella lotta contro il doping, la corruzione, le scommesse illegali, la violenza, il razzismo. Ma ogni supporto finanziario derivante dallo stato o dalle pubbliche amministrazioni (in senso lato) alle organizzazioni sportive (ivi compresi i comitati olimpici) "*must not give rise to disproportionate obligations on the part of the beneficiaries*": ciò significa che se da un lato chi riceve pubbliche risorse "*is naturally and legitimately required to be held accountable of the use it makes of this specific funding in the predefined framework*" (si tratta infatti di un basilare principio della "*good governance*" cui le organizzazioni sportive sono astrette in base al principio di autonomia responsabile), dall'altro ogni supporto ricevuto non deve essere utilizzato in modo indiretto per giustificare interferenze o pressioni sulle organizzazioni sportive e sulle loro decisioni. Significativamente la Raccomandazione 28 del CIO si apre enfatizzando la natura "*concerted, coordinated, negotiated and consensual*" del suo approccio, e conclude nel senso che i principi da essa declinati possono costituire la base per un accordo tra le parti (*Memorandum of understanding*) a livello nazionale. Si tratta quindi di una rivendicazione di autonomia rivolta ad una pluralità di interlocutori (e relativa a sistemi giuridici profondamente diversi tra loro), molto prossima al riconoscimento di gruppi socialmente organizzati, che si fonda su modalità consensuali e non autoritative, esplicazione di diritti di libertà associativa ma al contempo rispettosa

ISSN 2036-7821

delle regole imperative/corrispettive imposte dall'ordinamento che fonda sull'uso di risorse pubbliche il proprio supporto all'attività sportiva organizzata.
Se questo è il senso del principio di autonomia delle organizzazioni sportive secondo l'organismo internazionale occorre chiedersi in che cosa consista quello "standard" cui il legislatore nazionale ha ritenuto di doversi adeguare (significativamente evocando il principio di indipendenza, che appare addirittura esorbitante rispetto alle finalità perseguite dalla norma): lo standard presuppone infatti una condivisione concettuale prima ancora che terminologica, e comporta la fissazione di livelli graduati di diversa intensità, ma sullo sfondo di interazioni il cui significato è consapevolmente accettato dalle parti. Significativamente la dottrina più accorta, rammenta che il significato di autonomia nel nostro ordinamento può assumere almeno tre distinte accezioni: quella di autonomia nel senso di sovranità (Ferrara), nel senso di autonomia funzionale o di ordinamento derivato (Ferrara, Clemente di san Luca), ovvero di autonomia negoziale riferita a gruppi sociali organizzati (entrambi gli autori): ma in tutti i casi la scelta del tipo di autonomia riferibile all'ordinamento sportivo viene ascritta ad una dimensione di politica legislativa, spettante all'architetto delle leggi in sede nazionale. Non viene presa in considerazione una realtà fattuale molto diversa: e cioè che l'autonomia cui si riferisce il CIO è vista nella prospettiva di un ordinamento originario ma non sovrano, il cui interlocutore principale (e destinatario delle reprimende – revoca o sospensione del riconoscimento - giuridicamente banali, ma mediaticamente ed economicamente efficacissime) è il comitato olimpico nazionale e non lo stato; mentre l'autonomia cui si riferisce il legislatore nazionale non può che essere quella funzionale ed organizzativa, propria dello statuto di un ente pubblico (il CONI, che tale era e tale è rimasto), che è condizionato dall'applicazione del principio di legalità, dall'apparato di norme riferibili al plesso delle amministrazioni pubbliche, dagli obblighi di rendicontazione per l'uso delle risorse pubbliche per il perseguimento di fini di interesse pubblico. In altri termini, ed icasticamente: l'autonomia per il CIO è soprattutto autonomia negoziale, riconosciuta in base al generale principio di meritevolezza degli interessi e graduabile in base a modalità convenzionali e pattizie (al massimo ascrivibili sul piano dei principi di rilievo costituzionale, a quello di sussidiarietà orizzontale); per lo stato nazionale, cui si deve l'incorporazione dell'ente esponenziale nell'ambito delle amministrazioni pubbliche, l'autonomia è soprattutto organizzativa e funzionale, solo in parte normativa (le norme tecniche dei giochi sono soprattutto produzione delle federazioni internazionali), solo in parte statutaria (il CONI è tale solo se riconosciuto dal CIO, e delle sue "fonti" ossequioso), e solo in parte finanziaria (lo dimostra la diversa allocazione delle risorse per lo sport organizzato, operata non più dal CONI, ma dalla gestione separata di una società a totale partecipazione pubblica), e discende dalla legge e da meccanismi generali di controllo (cioè in base ad un

ISSN 2036-7821

generale modulo di autorità e non di consenso). Si tratta, a bene vedere, di due modi diversi di concepire il medesimo lemma, perché diverso è l'angolo visuale dal quale gli ordinamenti (quello internazionale e quello interno) approcciano la medesima realtà.

7. I problemi.

Le considerazioni che precedono portano alla emersione di alcuni problemi di compatibilità generale tra i due ordinamenti (quello internazionale sportivo e quello nazionale generale e sovrano). Si è detto che la Carta Olimpica assume una posizione di neutralità rispetto alla forma giuridica dei comitati olimpici (non delle federazioni internazionali, che sono espressamente riconosciute solo come organizzazioni internazionali non governative): ma certamente la natura di ente pubblico del comitato olimpico nazionale rende meno fluida la percezione delle relazioni interorganizzative interne all'ordinamento sportivo nazionale. Esiste una ampia letteratura sulla natura giuridica poliforme del CONI e soprattutto delle federazioni sportive nazionali (che a dispetto della loro configurazione normativa quali associazioni di diritto privato, soggiacciono da tempo alla conclamata natura di soggetti ibridi, sia per l'attribuzione di funzioni di rilievo pubblicistico, quali ad esempio l'esercizio della funzione giustiziale interna, sia per la loro ascrizione all'elenco ISTAT delle amministrazioni pubbliche – sia pure alla luce dei criteri interpretativi forniti dalla sentenza della Corte di Giustizia dell'11 settembre 2019 in C- 705/19, o alla possibile configurazione di organismi di diritto pubblico, ancorchè esitata in un giudizio esimente per ciò che concerne la FIGC da parte del Consiglio di Stato, decisione anche essa conformata dalla Corte di Giustizia UE con la sentenza sez. IV, del 3 febbraio 2021 C-115/19, Papa), cui è necessario rinviare in questa sede, non essendo quell'argomento oggetto di analisi ai fini di ciò che si dirà. Ciò che rileva, ai fini della esatta configurazione del perimetro autonomistico dell'ordinamento sportivo, è che l'intero sistema nazionale è sostanzialmente fondato sulla contribuzione pubblica diretta o indiretta, e quindi naturalmente esposto alle diverse conformazioni che il legislatore intende attribuire all'assetto dei soggetti decisori: nessuna norma dell'ordinamento sportivo internazionale impone che sia il comitato olimpico nazionale a provvedere alla distribuzione delle risorse tra i diversi enti riconosciuti, ed in primo luogo alle federazioni sportive nazionali. Ne deriva, sul piano strettamente teorico, che il modello di finanziamento delineato dall'art. 1, commi 629-633 della legge 145/2018, e poi parzialmente modificato da d.l. 5/2021 (in forza del quale è stato attribuito alla Sport e salute Spa il compito di finanziare federazioni sportive nazionali, discipline sportive associate, nonché enti di promozione sportiva, associazioni benemerite, gruppi sportivi militari e dei corpi civili dello Stato, funzione in precedenza attribuita CONI, cui invece sono destinate risorse unicamente per il finanziamento delle spese relative al proprio

ISSN 2036-7821

funzionamento, alle proprie attività istituzionali, ed alla propria dotazione di personale, nonché per la copertura degli oneri relativi alla preparazione olimpica e al supporto alla delegazione italiana), non pare in sé lesivo di alcuna prerogativa garantita dall'ordinamento internazionale, né incoerente con il principio di autonomia responsabile e di buona amministrazione cui le organizzazioni sportive sono tenute alla luce degli indirizzi del CIO (si rammenta che la unica raccomandazione – non norma - del CIO in tema di risorse finanziarie ai comitati olimpici è " *seek sources of financing in a manner compatible with the fundamental principles of Olympism*", *by law* artt. 27 e 28 della Carta Olimpica). Anzi, la sottrazione della funzione di redistribuzione di risorse pubbliche alle singole organizzazioni sportive da parte del CONI (essa è oggi imputata ad una gestione separata di Sport e Salute che provvede al riparto delle risorse sulla base degli indirizzi generali in materia sportiva adottati dal CONI in armonia con i principi dell'ordinamento sportivo internazionale), appare coerente con i compiti dell'ente esponenziale così come definiti dalla Carta Olimpica: il CONI continua ad esercitare il potere di controllo sulle organizzazione sportive in merito al regolare svolgimento delle competizioni, alla preparazione olimpica e all'attività sportiva di alto livello; può altresì disporre il commissariamento delle federazioni nazionali o delle discipline sportive associate in caso di gravi irregolarità nella gestione o di gravi violazioni dell'ordinamento sportivo da parte degli organi direttivi, in caso di constatata impossibilità di funzionamento dei medesimi, o nel caso in cui non siano stati ottemperati gli adempimenti al fine di garantire il regolare avvio e svolgimento delle competizioni sportive nazionali; per converso il comma 633 dell'art. 1 della legge 145/2018 ha attribuito all'Autorità di Governo competente in materia di sport il potere di revocare totalmente o parzialmente le risorse assegnate. Si profila così una distinzione tra due ambiti di vigilanza, quello prettamente sportivo, finalizzato alla preparazione olimpica, che resta di pertinenza del CONI, e quello di natura contabile/finanziaria, che viene assegnato all'autorità di governo (non a Sport e salute spa) cui di fatto vengono imputati gli esiti del meccanismo di finanziamento automatico a seguito delle modificazioni intervenute nel 2018.

La stratificazione normativa aveva imposto una revisione degli assetti relazionali nella diarchia ordinamentale CONI / Sport e Salute, attraverso la delega contenuta nell'art.1 della legge 86/2019 (delega non esercitata dal governo sulla materia del finanziamento dello sport e sul riassetto del CONI, ma esitata in diversi decreti legislativi su materie sportive, ancorchè, secondo la prospettiva qui sostenuta, non a valenza ordinamentale). In particolare, tra i principi e criteri direttivi, oltre alla riduzione delle competenze del CONI, operata attraverso una ellissi ("*confermare, in coerenza con quanto disposto dalla Carta olimpica, la missione del CONI di incoraggiare e divulgare i principi e i valori dell'olimpismo, in armonia con l'ordinamento sportivo internazionale*": una simile norma avrebbe avuto una portata meramente ricognitiva,

ISSN 2036-7821

in quanto il CONI ricava la propria legittimazione allo svolgimento di tali compiti direttamente dalla sua natura di articolazione territoriale dell'ordinamento sportivo internazionale, salva la circostanza che essa nasconde l'intento di circoscrivere a detta funzione l'interesse cui è funzionalizzata la sua attività di ente pubblico), era prevista la definizione degli ambiti dell'attività del CONI e delle altre organizzazioni sportive "*coerentemente con quanto stabilito dall'articolo 1, comma 630, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, e con il ruolo proprio del CONI di governo dell'attività olimpica*"; era altresì prevista una vigilanza "sportiva" in capo al CONI, con poteri di commissariamento in caso di gravi violazioni "*di norme degli statuti e dei regolamenti sportivi finalizzate al regolare avvio e svolgimento delle competizioni sportive o sia accertata l'impossibilità di funzionamento degli organi direttivi*" (che comunque implicava un ridimensionamento degli attuali poteri dell'ente, ed elideva la nebulosa delle gravi irregolarità gestionali sulle quali appare allo stato inevitabile la sovrapposizione delle competenze con i poteri dell'Autorità di governo), ma "*ferme restando l'autonomia delle federazioni sportive e delle discipline sportive associate e la loro capacità di determinare la propria politica generale*"; era infine prevista "*la piena autonomia gestionale, amministrativa e contabile delle federazioni sportive nazionali, delle discipline*
sportive associate, degli enti di promozione sportiva e delle associazioni benemerite rispetto al CONI, fermo restando l'esercizio del potere di controllo spettante all'autorità di Governo sulla gestione e sull'utilizzazione dei contributi pubblici"; ed era infine ridotta l'articolazione territoriale del CONI perchè fosse "*riferita esclusivamente a funzioni di rappresentanza istituzionale*".

Sebbene il disegno della delega legislativa meritasse qualche ulteriore meditazione, esso conteneva un pregio ed un paradosso: il primo è che il suo concreto esercizio avrebbe operato una razionalizzazione del quadro normativo esistente, e completato l'operazione di regolamento di confini tra l'ente esponenziale (di cui viene confermata la natura pubblica) del movimento sportivo e la propaggine governativa titolare del finanziamento delle organizzazioni sportive (risolte, come si è visto, dalla rescissione gordiana dell'intreccio di relazioni operata con il d.l. 5/2021); il secondo è che la *capitis deminutio* del CONI (rispetto alle funzioni di "indirizzo politico", oltre a quelle naturali e necessitate di garante dell'olimpismo, esercitate dall'ultimo riordino del 1999) ne avrebbe in realtà accresciuto la purezza rappresentativa e, in definitiva, avrebbe determinato un rafforzamento della autonomia dell'ordinamento sportivo, delimitandone il perimetro nella piena adesione a ciò che neanche l'ordinamento nazionale potrebbe derogare o sconfessare (e cioè l'indirizzo disposto dal CIO e dalla sue regolamentazioni universalmente applicate).

Dalla attuazione delle altre deleghe contenute nella legge 86/2019 emerge una ulteriore aporia, della quale si deve dar conto. Si è notato che nelle considerazioni svolte sinora non è stato affrontato il tema definitorio del predicato della presente

ISSN 2036-7821

analisi (e cioè la nozione di sport): neanche la Carta olimpica ne fornisce la definizione, e così similmente non una norma di diritto positivo interno, e lo stesso TFUE. Nei d.lgs. 28 febbraio 2021, n.36 recante riordino e riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici, nonché di lavoro sportivo, e 37 recante misure in materia di rapporti di rappresentanza degli atleti e delle società sportive e di accesso ed esercizio della professione di agente sportivo (si tratta dei due decreti ritenuti più prossimi alla materia ordinamentale, a differenza degli altri decreti, nei quali manca la medesima disposizione) è fornita la seguente definizione di sport: "*qualsiasi forma di attività fisica fondata sul rispetto di regole che, attraverso una partecipazione organizzata o non organizzata, ha per obiettivo l'espressione o il miglioramento della condizione fisica e psichica, lo sviluppo delle relazioni sociali o l'ottenimento di risultati in competizioni di tutti i livelli*". Non si tratta di una definizione estemporanea, in quanto essa è ripresa letteralmente dalla Carta europea dello sport adottata dai Ministri europei responsabili dello Sport del Consiglio di Europa a Rodi nel 1992: ma allo stesso tempo essa non appare soddisfacente ai fini della qualificazione dell'ordinamento sportivo in senso stretto. Per un verso la definizione è funzionale agli obiettivi della Carta, che riguardano una prospettiva di politica generale dello sport, come emerge dall'art. 3 comma 1 a mente del quale "*il ruolo dei poteri pubblici è essenzialmente complementare all'azione dei movimenti sportivi*" (occorre notare che non viene effettuato nessun riferimento, nella Carta, al CIO), e riguarda materie trasversali (destinate a garantire il "*buon coordinamento dello sviluppo e della promozione dello sport fra le amministrazioni e i diversi organismi pubblici interessati allo sport, nonché fra il settore pubblico e quello volontario. Questo coordinamento terrà conto di altri settori nei quali intervengono decisioni di politica generale e di pianificazione: l'istruzione, la salute, i servizi sociali, l'urbanistica, la conservazione della natura, le arti e gli altri servizi del tempo libero, in modo tale che lo sport faccia integralmente parte dello sviluppo socio-culturale*", art. 13), con un fugace cenno al finanziamento ("*Al fine di permettere la realizzazione degli obiettivi e degli scopi di questa Carta, saranno attribuiti adeguati aiuti, nonché finanziamenti provenienti dai fondi pubblici (a livello centrale, regionale, locale). Dovrebbe essere incoraggiato il sostegno finanziario dello sport su base mista, pubblica e privata, compresa la possibilità di generare autonomamente le risorse finanziarie necessarie al suo sviluppo*", art.12). Si tratta quindi di una definizione di sport in senso ampio, certamente funzionale al perseguimento di obiettivi di interesse generale imputati a poteri pubblici, destinati a garantire una forma di promozione e di protezione allargata ad una molteplicità di soggetti (anzi, potenzialmente a tutti), ma in sé inidonea a configurare una materia ordinamentale che si coagula intorno a principi propri ed esclusivi, in parte derogatori delle regole generali della società civile perché orientata al perseguimento della celebrazione di eventi agonistici secondo un programma predefinito e potenzialmente illimitato (una analoga terminologia era utilizzata nella lett. d) dell'art.2 del d.l. 220/2003, nella parte

ISSN 2036-7821

non convertita in legge, nella quale si leggeva che costituivano materie riservate all'ordinamento sportivo " *l'organizzazione e lo svolgimento delle attività agonistiche non programmate ed a programma illimitato e l'ammissione alle stesse delle squadre ed atleti*": il lessico ricalcava le considerazioni di una fortunata dottrina, Marani Toro, Sanino): sembra più pertinente alla configurazione ordinamentale la dimensione della specificità dello sport, così come si è venuta sviluppando nell'ambito dell'ordinamento eurounitario, e cioè proprio nella sede più refrattaria al riconoscimento di una dimensione giuridica altra ed organizzata rispetto all'ordinamento generale.

8. Il diritto europeo.

La prospettiva eurounitaria presenta caratteri apparentemente neutrali rispetto al tema ordinamentale sportivo, le cui questioni sono incentrate sulla dialettica tra la dimensione globale dell'ordinamento che fa capo al CIO e quella della sua articolazione nazionale, che può essere riconosciuta dallo Stato. Ma, in disparte la considerazione ovvia che l'ordinamento nazionale è permeato dai principi e dalle regole europee (sicchè, pur non necessitando di una mediazione formale eurounitaria per definire le modalità ed i contorni del riconoscimento dell'autonomia sportiva, lo Stato è comunque tenuto al rispetto delle disposizioni europee originarie o derivate), l'incidenza del diritto unionale sull'assetto delle relazioni interorganizzative sia interne che esterne all'ordinamento sportivo è stata di estrema importanza. Nella prospettiva sin qui seguita, e per le finalità del tema trattato, sono rilevanti due direttici: una che poggia sull'art. 165 TFUE, l'altra sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia più strettamente afferente alle regole interne alle federazioni internazionali.

L'art. 165 del Trattato prevede che l'Unione Europea "*contribuisce alla promozione dei profili europei dello sport, tenendo conto delle sue specificità, delle sue strutture fondate sul volontariato e della sua funzione sociale ed educativa*" (comma 1); prevede altresì che l'azione dell'Unione sia intesa a "*sviluppare la dimensione europea dello sport, promuovendo l'equità e l'apertura nelle competizioni sportive e la cooperazione tra gli organismi responsabili dello sport e proteggendo l'integrità fisica e morale degli sportivi, in particolare dei più giovani tra di essi*" (comma 2), aggiungendo al riguardo che "*L'Unione e gli Stati membri favoriscono la cooperazione con i paesi terzi e le organizzazioni internazionali competenti in materia di istruzione e di sport, in particolare con il Consiglio d'Europa*"(comma 3), statuendo infine che "*Per contribuire alla realizzazione degli obiettivi previsti dal presente articolo il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando in conformità della procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni, adottano azioni di incentivazione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. Il Consiglio, su proposta della Commissione, adotta raccomandazioni*" (comma 4).

Se per un verso si tratta di una competenza finalizzata a fornire una base giuridica

ISSN 2036-7821

per l'esercizio di azioni di promozione e di sollecitazione da parte delle istituzioni europee, restando esclusa ogni forma di armonizzazione dell'ordinamento interno ai singoli stati membri, per altro verso essa appare molto distante dall'idea di un riconoscimento di separatezza o anche solo di autonomia dell'ordinamento sportivo: anzi, lo sport (e non il suo ordinamento e tanto meno le sue proprie regole) è considerata alla stregua una materia trasversale (lo dimostra il fatto che l'art. 165 disciplina congiuntamente sport e istruzione, ed è contenuto nella Parte terza, Titolo XII del TFUE che attiene a istruzione, formazione professionale, gioventù e sport), sulla quale sono ammesse solamente azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri, con il limite (negativo) della "specificità", e quello (positivo) della equità (è stata questa la traduzione italiana del norma del Trattato: ma, significativamente per quello che si dirà, il termine inglese è "*fairness*") e apertura nelle competizioni sportive e la cooperazione tra gli organismi responsabili dello sport, per valorizzarne la funzione sociale ed educativa (non più quella meramente economica derivante dalle precedenti pronunce della Corte di Giustizia in materia).

Sembra necessario soffermarsi sulla nozione di specificità, che viene chiarita nel Libro Bianco dello sport della Commissione europea (Bruxelles, 11.7.2007 COM2007/391 def.). La sua premessa riposa sul postulato che lo sport è soggetto al diritto dell'Unione ed in particolare alle disposizioni relative alla concorrenza e al mercato interno, il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, le norme relative alla cittadinanza dell'Unione e la parità uomo-donna per quanto riguarda il lavoro. Tuttavia esso possiede caratteristiche specifiche che riguardano due distinti profili: da un lato la specificità delle attività e delle regole sportive, come le gare distinte per uomini e donne, la limitazione del numero di partecipanti alle competizioni e la necessità di assicurare un risultato non prevedibile in anticipo, nonché di mantenere un equilibrio fra le società che partecipano alle stesse competizioni: dall'altro la specificità della struttura sportiva, che comprende in particolare l'autonomia e la diversità delle organizzazioni dello sport, una struttura a piramide delle gare dal livello di base a quello professionistico di punta e meccanismi organizzati di solidarietà tra i diversi livelli e operatori, l'organizzazione dello sport su base nazionale e il principio di una federazione unica per sport.

Tuttavia la Commissione ritiene di dover puntualizzare che la specificità dello sport non costituisce una eccezione generalizzata per effetto della quale ogni norma generata dalle organizzazioni sportive (giammai nel diritto eurounitario si è parlato di ordinamento o di "*legal order*" con riferimento allo sport) è in astratto sottoponibile ad un test di proporzionalità per verificarne l'aderenza con le norme sulla concorrenza, le libertà economiche garantite dal Trattato e i diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione: appare evidente che il test di proporzionalità rende in astratto sottoponibile alla cognizione del giudice (ed in ultima istanza proprio quello

ISSN 2036-7821

europeo) qualsiasi disposizione afferente alla materia sportiva (quindi anche le cd. "*purely sport rules*"), trattandosi di una verifica da effettuare caso per caso, e di matrice diversa dalle altre eccezioni (quali l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza) che sono frutto della determinazione ed elaborazione interna dello stato membro. In altri termini vi è una chiara differenziazione della specificità dello sport come possibile eccezione alla piena e incondizionata applicazione del diritto eurounitario: sia sotto il profilo soggettivo (si tratta di una indagine che non si dipana su disposizioni dello Stato, ma su norme di origine pattizia e convenzionale, generata da soggetti per lo più di diritto privato), che sotto quello oggettivo (in tanto la specificità rileva in quanto essa sia correlata alla funzione sociale ed educativa dello sport ed alla sua caratteristica vocazione alla sussidiarietà orizzontale, diversamente da motivi imperativi di interesse generale).

Come è noto una simile posizione delle istituzioni dell'Unione è fondata sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ed in particolare sulla decisione del 18 luglio 2006, C-519/04 (Meca Medina-Majcen), nella quale la Corte ha affermato che "*la sola circostanza che una norma abbia un carattere puramente sportivo*" (nel caso di specie si trattava di una disposizione antidoping emanata dal CIO relativa alla fissazione di una soglia di sostanza proibita ritenuta dai ricorrenti non suffragata da ragioni scientifiche e frutto di una pratica concordata tra lo stesso CIO e i laboratori autorizzati) "*non sottrae dall'ambito di applicazione del Trattato la persona che esercita l'attività disciplinata da tale norma o l'organo che l'ha emanata*". Sebbene la Corte avesse chiaro il principio da lei stessa più volte enunciato che le regole che riguardino esclusivamente lo sport e che, come tali, sono estranee all'attività economica, non impingono sul contenuto delle libertà economiche fondamentali garantite dal Trattato, allo stesso tempo ha rammentato che la sfera di applicazione di tali regole deve restare all'interno del suo oggetto specifico, e non può estendersi fino a escludere una intera attività (lo sport quindi) dall'ambito applicativo del diritto dell'Unione.

A ben vedere una simile prospettiva finisce per imporre sempre e comunque una verifica sulla proporzionalità del contenuto proprio delle regole sportive, soprattutto quando la loro applicazione (e cioè quasi sempre) è collegata (anche solo nella prospettazione delle parti che abbiano invocato una forma di tutela) all'esercizio di attività che si fondano sulla libera circolazione deli lavoratori, sulla libera prestazione dei servizi, ovvero all'applicazione delle regole sulla concorrenza: nell'angolo visuale della Corte le organizzazioni sportive non godono di uno statuto differenziato (id est: non sono parte di un ordinamento diverso) rispetto a quello di ogni altro attore nell'agone economico (nel caso della sentenza Meca-Medina il Cio è considerato come una impresa, nella sentenza Bosman la federazione europea è stata assimilata ad una associazione di imprese, alla luce del principio che costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato

ISSN 2036-7821

mercato essendo irrilevante la circostanza che un'attività sia attinente allo sport anche se svolta da una associazione non lucrativa, v. sentenza 8 luglio 2008, C 49/07, Motoe).

Un simile assunto viene ulteriormente ribadito dalla Corte nella sentenza 13 giugno 2019 C- 22/18 (Top fit eV Biffi), con una significativa differenza rispetto al noto precedente (che si fondava sulla rilevanza economica dell'attività svolta dai ricorrenti), perché riguarda l'applicazione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità relativo allo svolgimento di una attività sportiva amatoriale da parte di un cittadino italiano nell'ambito di competizioni svolte sotto l'egida di una federazione sportiva tedesca. La Corte ha affermato il principio che le disposizioni delle federazioni nazionali sportive (alla pari delle regole di qualsiasi gruppo o soggetto privato che possa esercitare una qualsiasi potere nei confronti di altri soggetti) sono sottoposte alle norme del Trattato allo stesso titolo delle norme di origine statale quando riguardino l'ammissione di cittadini alla partecipazione alle competizioni sportive; l'autonomia di cui godono tali associazioni private per adottare normative sportive non può autorizzarle a limitare l'esercizio dei diritti conferiti ai privati dal Trattato; continua ad essere irrilevante la derivazione formale della norma (se essa è "*puramente sportiva*" non implica che "*sia esclusa ipso facto dall'ambito di applicazione del Trattato*"): e sebbene spetti agli enti interessati, come gli organizzatori di campionati o le federazioni sportive, "*stabilire le norme appropriate per garantire il regolare svolgimento delle competizioni… tali norme non devono eccedere quanto necessario per conseguire lo scopo perseguito*".

Il sindacato sulle norme "interne" alle federazioni appare ancora più incisivo nella sentenza del Tribunale di primo grado dell'Unione (ora sottoposta all'appello davanti la Corte di Giustizia) del 16 dicembre 2020, T-93/18 (International Skating Union/Commissione), nella quale viene presa in considerazione la doppia natura di una federazione internazionale quale ente di regolazione (nella parte in cui autorizza le competizioni organizzate da terzi), che esercita altresì un'attività commerciale consistente nell'organizzazione di varie gare nell'ambito delle più importanti competizioni internazionali, come i campionati europei e mondiali e i giochi olimpici invernali. Tenendo conto del potenziale conflitto di interessi, una federazione è obbligata ad applicare criteri di autorizzazione chiaramente definiti, trasparenti, non discriminatori e controllabili, che possano, in quanto tali, garantire agli organizzatori di gare un accesso effettivo al mercato rilevante: inoltre i meccanismi sanzionatori correlati (in particolare in caso di partecipazione a competizioni di terzi non autorizzate), che viene assunto come corollario del principio di trasparenza e non discriminazione, sono stati considerati, nel caso di specie, sproporzionati (tenuto conto della durata media della carriera di un atleta); in base all'art 165 TFUE la federazione internazionale era certamente legittimata a introdurre un regime di autorizzazione per le competizioni organizzate da terzi, e ciò per evitare i rischi di

ISSN 2036-7821

manipolazione delle competizioni che possono derivare dalle scommesse sportive, sia per garantire la conformità delle competizioni sportive a standard comuni: tuttavia, nella specie, l'ampio margine di discrezionalità che la federazione si era riservata andava oltre quanto necessario per raggiungere simili obiettivi e, pertanto, è stato considerato violativo del principio di proporzionalità. In altri termini la cognizione del giudice europeo (si trattava dell'impugnazione di una decisione antitrust della Commissione europea) ha considerato un complesso di disposizioni interne ad una attività sportiva, di promanazione federale, a carattere transnazionale, relative ad un regime di autorizzazione allo svolgimento di competizioni ed al correlato sistema di sanzioni sportive, integrante una violazione della concorrenza "per oggetto": si è salvata (ma comunque è stata oggetto di cognizione) la sola circostanza che era rimessa alla competenza arbitrale del TAS la soluzione delle relative controversie (ma solo perché non considerata "in sé" quale circostanza aggravante).

Che le istituzioni dell'Unione siano molto distanti dal riconoscere una significativa forma di autonomia delle istituzioni sportive, che si ponga al di là della ordinaria libertà associativa e del perseguimento di scopi legittimi compatibili con il diritto europeo, lo si evince chiaramente dal contenuto della "Risoluzione del Parlamento europeo del 23 novembre 2021 sulla politica dell'UE in materia di sport: valutazione e possibili vie da seguire (2021/2058(INI))" che costituisce il più recente manifesto del cd modello europeo dello sport. Accanto a legittime indicazioni dirette a rafforzare la visibilità, la cooperazione e l'integrazione dello sport nelle politiche dell'UE, garantire uno sport sicuro, equo e inclusivo, promuovere stili di vita sani e attivi unitamente a opportunità di formazione e sviluppo, aiutare lo sport a garantire una ripresa efficace, il Parlamento ritiene di dover promuovere "*i principi di un modello sportivo europeo*" riconoscendo la diversità degli approcci tra i diversi sport e paesi, ed il ruolo delle federazioni nella gestione delle proprie discipline incoraggia un coordinamento e una cooperazione più stretti con le autorità e tutte le parti interessate; sottolinea "*la necessità di una solidarietà più forte e mirata e di una maggiore redistribuzione finanziaria*" e invita le federazioni sportive ad attuare un meccanismo di solidarietà basato su un metodo di distribuzione equo e vincolante che garantisca un adeguato finanziamento dello sport a livello amatoriale e di base; sottolinea la necessità di garantire la stabilità finanziaria sostenibile e la sana gestione delle società sportive e "*invita gli enti sportivi a introdurre meccanismi a tal fine*" addirittura segnalando come buona prassi il modello di proprietà delle società tedesche di calcio, basato sulla norma del 50+1; nell'esortare le autorità pubbliche, le federazioni e le organizzazioni sportive a rispettare i diritti umani e i principi democratici in tutte le loro azioni, in particolare nell'assegnare lo status di paese o città ospitante per le grandi manifestazioni sportive e nella scelta degli sponsor insiste sul fatto che non si dovrebbero più scegliere paesi in cui tali diritti e valori fondamentali sono

ISSN 2036-7821

ripetutamente violati come sedi per ospitare grandi manifestazioni sportive; invita le organizzazioni sportive a rispettare la frequenza stabilita dei tornei sportivi internazionali, in particolare dei campionati europei e mondiali. Quanto alle questioni di "*governance*" e integrità il Parlamento ritiene che sia necessario rinnovare l'impegno per la buona *governance* al fine di riequilibrare gli elementi sociali ed economici dello sport e di garantire il rispetto della rappresentanza delle parti interessate negli organi decisionali; pur riconoscendo gli sforzi compiuti dalle organizzazioni e dalle federazioni sportive per garantire l'attuazione dei principi della buona *governance* nello sport sottolinea la necessità che la Commissione elabori raccomandazioni di orientamenti per l'organizzazione dello sport e i suoi organi direttivi nell'UE; sul piano della soggettività invita gli Stati membri, gli organi direttivi sportivi e le società sportive a riconoscere lo status dei tifosi nello sport, coinvolgendoli nella *governance* e negli organi decisionali; e invita le federazioni sportive nazionali a progredire verso l'equiparazione dei compensi corrisposti agli atleti e alle atlete.

Si tratta di un vero e proprio manifesto in cui l'istituzione rappresentativa dell'Unione affronta profili diversi di politica dello sport e della sua integrazione con altre politiche sociali, economiche ed ambientali, ma senza alcuna distinzione o remora rispetto a questioni prettamente ordinamentali interne, quali la gestione delle organizzazioni sportive, i criteri di scelta dei soggetti ospitanti le manifestazioni sportive, i meccanismi di redistribuzione interna delle risorse: non appaia una simile prospettiva un indebito straripamento delle competenze del Parlamento europeo (peraltro limitate sul piano formale a sollecitazioni o inviti, sia pure rivolti da una istituzione autorevole e di indubbio peso politico), quanto piuttosto il riflesso di una visione panottica (tipica peraltro della concezione monistica dell'ordinamento europeo) dell'attività sportiva, che non rinviene e tanto meno riconosce alcuna barriera ordinamentale che ne sancisca, almeno per alcuni profili, l'impermeabilità (diversa dalla matrice liberale dei diritti e delle libertà fondamentali).

9. Spunti ricostruttivi.

Dalle pagine che precedono sono ricavabili alcune (generali) conclusioni. Non appare possibile una operazione riduzionistica o addirittura negazionista dell'ordinamento sportivo, se non altro per la ragione formale della sua espressione letterale in testi normativi primari e, sia pure con i *caveat* concettuali denunciati (v. *supra* par. 5) nella nostra Costituzione: e, per altro verso, perché una dottrina trasversale e accreditata riconosce i tratti ricostruttivi di una *lex sportiva* transnazionale che si fonda sulla prassi e sulle decisioni delle articolazioni delle istituzioni sportive internazionali e della giustizia endoassociativa del TAS (le cui competenze, tranne quelle originarie attribuite e riconosciute dal Cio, si fondano tuttavia su clausole arbitrali liberamente pattuite tra le parti, che non necessariamente sono soggetti di un ordinamento

ISSN 2036-7821

speciale). Altro è porsi il problema della utilità di una simile operazione ricostruttiva, sia se destinata a rendere sostanzialmente innocuo il valore ordinamentale riconosciuto allo sport (Ferrara, 12), sia se si ponga in una prospettiva di coesistenza e quindi di pluriqualificazione della stessa fattispecie in due plessi distinti (dubita della utilità dell'indagine, sia pure nell'angolo visuale del sistema delle tutele, Goisis, 92): tuttavia ritengo che la ricerca di una dimensione dell'ordinamento sportivo si renda necessaria proprio per stabilire quale siano le invarianti della sua morfologia, quali siano i principi intorno ai quali si sono consolidate regole e prassi che non sono suscettibili di appropriazione e finanche di sindacato da parte delle istituzioni statali.
E' ragionevole ipotizzare che di ordinamento sportivo siano possibili almeno tre distinte accezioni (due delle quali erano già presenti nell'analisi di Giannini da cui il ragionamento sin qui condotto ha preso le mosse). Una prima, che è la più aderente alla nozione ordinamentale classica, è quella relativa all'ordinamento sportivo internazionale (o transnazionale, come preferisce la dottrina più attenta), strutturato intorno al CIO ed alle federazioni internazionali da questo riconosciute, imperniato sui principi contenuti nella Carta Olimpica, articolato in soggetti di diritto nazionali, dotati di personalità giuridica (irrilevante se di diritto pubblico o diritto privato), legati tra loro da relazioni fondate sul principio del riconoscimento, in base ad una adesione (pattizia) a principi e regole che ne conformano la struttura e l'operatività: un simile ordinamento è certamente privo di sovranità, ma è originario (la sua *Soll-norm* è la celebrazione dei giochi Olimpici), e dotato di un apposito sistema di giustizia; non è però del tutto autosufficiente, perché le stesse decisioni del TAS sono impugnabili di fronte al tribunale federale svizzero (sia pure nei limiti di un sistema concepito dal legislatore svizzero per la ricerca di un equilibrio tra gli interessi di attrattività ed efficacia dell'arbitrato internazionale in Svizzera e quelli del controllo necessario per garantire la sicurezza del diritto e l'amministrazione della giustizia). In questa prospettiva il principio di autonomia è imposto dal CIO (che non ha bisogno, data la sua natura giuridica di persona di diritto privato sottoposta alla legge della confederazione elvetica "*in accordance with an agreement entered into on 1 November 2000*" - art. 15 della Carta Olimpica, di rivendicarne l'esistenza) alle federazioni internazionali ed ai comitati olimpici nella forma della "autonomia responsabile", temperata quindi dalle specifiche modalità attraverso le quali le organizzazioni sportive sono riconosciute (o generalmente regolate) dal diritto nazionale. Ma tutti i soggetti di tale ordinamento (a partire dallo stesso CIO) sono anche organizzatori – in posizione monopolistica - di eventi e competizioni sportive, e quindi, al contempo, enti regolatori dei giochi e del loro programma e imprese (come tali inevitabilmente sottoposti alle regole della concorrenza e del mercato).
Una seconda accezione rinviene dall'ordinamento nazionale, e comporta una nozione allargata e spuria del lemma sportivo (v. *supra*, par.7, sulla definizione di sport contenuta nel d.lgs. 37/2021). A ben vedere non si tratta tanto di ordinamento,

ISSN 2036-7821

quanto di una materia "trasversale" (secondo una interpretazione non solo formale, ma efficace e realista del testo costituzionale, T.E.Frosini, 305), che non si esaurisce certamente nella individuazione di un sistema ordinato di regole finalizzate allo svolgimento di una pratica sportiva, ma in un complesso di interventi che riguardano molteplici settori della vita associata, correlati non ad un ordinamento, ma ad una dimensione antropologica e sociale dell'individuo e dei gruppi organizzati: in questo senso il termine ordinamento conferisce una dimensione esorbitante il fenomeno sportivo strettamente inteso, e tocca altre materie e competenze, quali il lavoro (le norme sul professionismo sportivo, e quelle di recente adozione sugli agenti sportivi), la realizzazione e gestione degli impianti, la loro sicurezza, la pianificazione territoriale, l'ordine pubblico, la qualificazione penale dell'illecito sportivo, le disposizioni in materia fiscale, la disciplina dei diritti televisivi, la disciplina penale del doping, le modalità di accesso alla tutela giurisdizionale anche dopo la celebrazione dei riti endoassociativi, la stessa assunzione al rango di ente pubblico del comitato olimpico nazionale. Una simile accezione è quella più prossima alla cd. dimensione europea dello sport, che in realtà è refrattaria, come si è visto, ad alcuna forma anche indiretta di riconoscimento dell'autonomia ordinamentale alle istituzioni dello sport: ed è anche il terreno sul quale è più difficile il calibro dell'autonomia responsabile delle organizzazioni sportive, proprio perché esposta ad una ineliminabile competenza dello Stato a regolare rapporti e disciplinare interessi che costituiscono i presupposti, il corollario, o i contesti nei quali si svolge l'attività sportiva.

Una terza accezione, emersa dalle considerazioni che precedono, riguarda una dimensione in senso stretto dell'ordinamento sportivo nazionale (che impinge in realtà proprio sul terreno di maggiore dibattito in dottrina ed in giurisprudenza), quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale: l'utilità della enucleazione di una simile nozione consiste nel rinvenire quali regole proprie dell'ordinamento sportivo siano comunque refrattarie ad una potenziale incidenza dell'ordinamento nazionale e dei suoi poteri, anche giurisdizionali, non solo perché create ed applicate all'interno delle organizzazioni sportive, ma perché la loro stessa natura appare recalcitrante ad un sindacato che non si esaurisca all'interno, appunto, del sistema sportivo. Non si tratta in questo caso di calibrare i rapporti tra i due ordinamenti in base al principio di autonomia tra organizzazioni sportive e Stato, perché come si è visto (v. *supra* par.6) la nozione è decisamente esposta ad una diversa prospettiva secondo l'angolo visuale del legislatore nazionale ovvero dell'ordinamento transnazionale: né si tratta di valutare se sussistano casi in cui la violazione di determinate disposizioni (e la simmetrica pretesa al loro rispetto) dia luogo o meno a situazioni giuridiche soggettive rilevanti per l'ordinamento nazionale (che in termini puramente astratti finisce sempre per premiare la garanzia prevista dall'art. 24 Cost.): quanto di valutare l'ambito di operatività di alcune regole,

ISSN 2036-7821

che sono funzionali agli scopi per i quali le organizzazioni sportive sono istituite e riconosciute (l'espletamento delle competizioni, la non prevedibilità del risultato, l'equilibrio competitivo), e che a loro volto richiedono ai fini della loro concreta operatività un apparato organizzativo reticolare ed efficiente.

Si può ritenere che soddisfano questi requisiti due plessi di norme, quelle puramente sportive e quelle ispirate al *fair play*, che costituiscono il carattere irriducibile della dimensione ordinamentale sportiva.

Per quanto riguarda le prime occorrono due precisazioni preliminari. La prima riguarda la considerazione delle norme puramente sportive (più precisamente, le regole del gioco) quali irrilevanti per l'ordinamento giuridico (v. *supra* par.6), secondo una teoria avallata dalla Corte di Cassazione e ripresa dalla Corte Costituzionale; la più accorta dottrina ha già da tempo segnalato che una simile impostazione non appare convincente, né in ordine alla pretesa agiuridicità della norma tecnica (Goisis, 87, Clemente di san Luca, *passim*, Manfredi, 278), sicchè essa in realtà in astratto può essere oggetto di cognizione da parte del giudice statale (anche solo allo scopo di accertarne la violazione, anche solo quale sintomo della mancata osservanza di altre regole e principi), né in ordine alla circostanza che essa non dia luogo a situazioni giuridiche soggettive protette dall'ordinamento (ancora, Goisis, 90). Sarebbe più corretto ritenere che, ferma restando la naturale giuridicità delle regole del gioco (la tesi è risalente a Carnelutti, 24), e indipendentemente dalla natura giuridica pubblica o privata del sistema delle fonti nell'ambito dell'ordinamento sportivo (sebbene da quanto sinora sostenuto sembra chiara la personale propensione a valorizzare la genesi pattizia e convenzionale di simili disposizioni), che le norme tecniche afferenti allo svolgimento delle competizioni sportive siano non tanto irrilevanti per l'ordinamento statale, quanto "neutrali" sotto il profilo della loro specifica consistenza. Una seconda precisazione riguarda l'assunto, autorevolmente posto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, a mente della quale le "*purely sport rules*" non sono tali da costituire in sé una eccezione all'applicazione del diritto europeo della concorrenza, e sono sempre sottoponibili alla cognizione del giudice europeo (e, quindi, in ipotesi ed in base al principio di leale collaborazione tra le Corti, del giudice nazionale) per la verifica della loro proporzionalità. In primo luogo occorre precisare che non tutte le norme tecniche che afferiscono agli sport partecipano della medesima natura: sono certamente neutrali le norme sulle dimensioni del terreno di gioco, il numero dei partecipanti, il calcolo dei punteggi, la durata della competizione ("*rules of the game*"); possono non essere neutrali le norme tecniche sulle attrezzature o sulle caratteristiche degli impianti (ad esempio se si dubiti della loro pericolosità o nocività); sono potenzialmente alterative di un corretto assetto concorrenziale le disposizioni sportive che riguardano l'ammissione a competizioni, eventi o a campionati, soprattutto se adottate con margini di discrezionalità particolarmente ampi, non trasparenti e discriminatori (e

ISSN 2036-7821

sono quelle più volte sottoposte al sindacato dei giudici europei: così come, se riferite ai campionati di sport professionisti, esse sono attratte nel nostro ordinamento, v. *supra* par. 6, alla cognizione del solo Collegio di Garanzia in unico grado, e poi devolute alla cognizione del Tar Lazio in sede di impugnazione in un rito iperaccelerato).

Tuttavia quando le norme tecniche sono strettamente correlate allo svolgimento della competizione ed al suo risultato ("*rules of the game*") esse non sono sindacabili se non dalla giustizia endoassociativa, anche con specifiche limitazioni: il TAS in particolare ha sviluppato una sua giurisprudenza (CAS 2015/A/4208 Horse Sport Ireland (HSI) & Cian O'Connor v. FédérationEquestre Internationale (FEI), del 15 luglio 2016) secondo la quale "*it is the rules of the game that define how a game must be played and who should adjudicate upon the rules. Furthermore the referee's bona fide exercise of judgment or discretion is beyond challenge other than in so far as provided by the rules of the game themselves. Strong sporting-based principles are underlying this so-called field of play doctrine, including the need for finality and to ensure the authority of the referee and match officials, the arbitrators' lack of technical expertise, the inevitable element of subjectivity, the need to avoid constant interruption of competitions, the opening of floodgates and the difficulties of rewriting records and results after the fact. Moreover, it is widely recognised that the respective decisions are best left to field officials as they are specifically trained to officiate the particular sport and are best placed, being on-site, to settle any question relating to it*". Il rispetto delle "*field of play decisions*", che quindi impedisce una revisione giudiziale financo da parte del sistema interno di giustizia sportiva, è considerato dal TAS una delle caratteristiche peculiari della *lex sportiva,* e costituisce uno specifico principio generale: in base alla *field of play doctrine* le decisioni adottate dai giudici da gara "*enjoy a "qualified immunity" and for CAS to review a field of play decision, there has to be more than that the decision is wrong or one that no sensible person could have reached; put differently, field of play decisions are not open to review on the merits*". Fanno eccezione all'applicazione di questa regola puramente sportiva i casi in cui la decisione sia stata adottata "*by fraud, bad faith, bias, arbitrariness or corruption; furthermore, whether the accusation is one of fraud, bad faith, arbitrariness or corruption, the person requesting the review must demonstrate evidence of preference for, or prejudice against, a particular team or individual*". Allo stesso tempo la *field of play doctrine* assimila le decisioni dei giudici di gara ai casi in cui sia possibile una revisione immediata, durante lo svolgimento della competizione (ad esempio attraverso l'uso di una particolare tecnologia): "*the respective decision rendered by the appeals body is also only open to review by CAS under the limitations of the field of play doctrine*" (cioè si applica alla revisione della decisione il medesimo regime giuridico, che paralizza una rimodulazione giudiziale degli esiti della competizione).

Allo stesso modo appaiono impermeabili al sindacato del giudice nazionale, né condizionabili da regole eteronome dell'ordinamento nazionale, le modalità di

ISSN 2036-7821

penetrazione delle regole del gioco dalle federazioni internazionali a quelle nazionali: i meccanismi di adeguamento sono in parte assicurati dalla disposizione dell'art.3, comma 4 del Codice di Giustizia sportiva (a mente del quale "*in assenza di specifiche disposizioni del Codice e di norme federali, gli organi di giustizia sportiva adottano le proprie decisioni in conformità ai principi generali di diritto applicabili nell'ordinamento sportivo nazionale e internazionale nonché a quelli di equità e correttezza sportiva*"), sia, in modo più specifico, da norme statutarie delle federazioni: si prenda ad esempio l'art. 1, comma 5, dello Statuto, il quale impone alla FIGC, Leghe, società, atleti, tecnici, ufficiali di gara, dirigenti e "*ogni altro soggetto dell'ordinamento federale*" (nel cui novero non possono non ricomprendersi gli organi di giustizia sportiva) di "*…c) rispettare in ogni momento gli Statuti, i regolamenti, le direttive e le decisioni della Fifa e dell'UEFA*". Simili disposizioni sono infatti destinate ad assicurare il costante adeguamento, e quindi la immediata applicazione, delle regole tecniche e delle conseguenti sanzioni disciplinari promanate dalle organizzazioni internazionali, nel rispetto degli obblighi derivanti dall'affiliazione e dal riconoscimento, senza che si renda necessaria alcuna disposizione di recepimento interno; in altri casi le disposizioni dei Disciplinary Codes delle federazioni internazionali sono direttamente applicabili nell'ordinamento sportivo nazionale, in quanto la loro osservanza può essere considerata "*mandatory in domestic competition*" (si tratta quindi di discipline di uniforme applicazione, il cui grado di dettaglio e di vincolatività non lascia alcuno spazio discrezionale ai soggetti dell'ordinamento sportivo nazionale); in altri casi ancora le disposizioni tecniche contemplate in sede interazionale possono costituire principi generali cui le federazioni nazionali sono tenute ad adeguarsi (ad esempio il Disciplanty Code della FIFA prevede che "*The associations are obliged to adapt their own disciplinary provisions to the general principles of this Code for the purpose of harmonising disciplinary measures*"), secondo una tecnica non di uniforme applicazione, ma di armonizzazione.

L'altra dimensione identitaria dell'ordinamento sportivo è costituita dal *fair play* (tradotto nell'ordinamento interno con l'endiadi di lealtà, probità e correttezza, e in alcune fonti, quali l'art. 165 del TFUE, con il termine "equità"): esso è presente sia nella Carta Olimpica, nella parte in cui vengono definiti i principi del Movimento olimpico "*which requires mutual understanding with a spirit of friendship, solidarity and fair play*", che nella dichiarazione di intenti dei ministri per lo Sport del Consiglio d'Europa del 1992 (nota come Codice Europeo di Etica sportiva). E' noto che il concetto di fair play è sostanzialmente indefinito: esso consiste in una dimensione più ampia che giocare nel rispetto delle regole, ed incorpora "*i concetti di amicizia , di rispetto degli altri e di spirito sportivo*", e "*comprende la lotta contro l'imbroglio, contro le astuzie al limite della regola, la lotta al doping, alla violenza (sia fisica che verbale), allo sfruttamento, alla diseguaglianza delle opportunità, alla commercializzazione eccessiva e alla corruzione*". Ma proprio questa sua dimensione etica, che rifugge dai canoni della

ISSN 2036-7821

tipizzazione rigorosa, della chiarezza delle proposizioni e della prevedibilità delle sanzioni (ed arriva fino alla contemplazione della accettazione dell'errore di giudizio nel corso delle competizioni, facendo da contraltare alla *field of play doctrine*, o alla rinuncia ad un vantaggio non desiderato o involontario) è stata considerata dalla dottrina (Grossi, par.5) come l'elemento tipizzante dell'attività sportiva rispetto a quella puramente ludica. Sebbene il giurista positivo non possa non nutrire forti perplessità sulla sua concreta applicazione, l'elaborazione giustiziale endoassociativa finisce per definire i contorni del concetto giuridico indeterminato, attraverso l'applicazione di una regola di pura promanazione sportiva. Tanto che il Collegio di garanzia dello sport /decisione 5/2017, sez. consultiva) ha affermato che "*la difficoltà di offrire una definizione esaustiva dei doveri di lealtà, correttezza, probità non impedisce di considerarne la rilevanza dal punto di vista giuridico*" e di ritenere che il *fair play* "*operi quale vera e propria clausola generale, a prescindere dalle peculiarità delle singole pratiche sportive e dal concreto atteggiarsi delle regole tecniche in ciascuno sport*", traducendosi quindi "*in una regola di comportamento oggettivamente valutabile e, dall'altro, in un criterio di valutazione della legittimità del comportamento*". Infatti se è vero "*che la struttura tipica delle clausole generali è quella di "norme incomplete" che «non hanno una propria autonoma fattispecie essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito dei programmi normativi di altre disposizioni»*, è parimenti indubbio "*che l'assimilabilità concettuale della lealtà ai principi generali di correttezza e buona fede… induce a ritenere che essa debba considerarsi clausola di ""chiusura" del sistema, poiché evita di dover considerare permesso ogni comportamento che nessuna norma vieta e facoltativo ogni comportamento che nessuna norma rende obbligatorio*". Con la conclusione che "*nel caso dell'ordinamento sportivo, gli obblighi di lealtà, correttezza, non violenza, non discriminazione, appaiono interpretare l'essenza stessa dell'ordinamento, al punto che la loro violazione si traduce nella negazione stessa dei fini cui è rivolta l'attività sportiva. L'attenzione a siffatti principi, lungi dall'esaurirsi nel formale rispetto delle regole del gioco, non solo investe il corretto esercizio di una posizione soggettiva, ma può estendersi anche a condotte che si collocano al di fuori dell'attività sportiva strettamente intesa, ove siffatta condotta (pur in astratto lecita) implichi – per il modo in cui la persona si è comportata o per il contesto nel quale ha agito – una compromissione di quei valori cui si ispira la pratica sportiva*".

In altri termini l'elaborazione, attraverso un giudizio pseudosillogistico, nel quale manca o deve essere pienamente definita la premessa maggiore (cioè la norma comportamentale tassativa che si intende violata), di una casistica incentrata sul rispetto dei valori condivisi da una comunità, anche oltre la tassonomia offerta dall'ordinamento nazionale (sicchè ciò che è lecito per questo non necessariamente è tale nell'ordinamento derivato) è un elemento irriducibile della specificità dell'ordinamento sportivo.

ISSN 2036-7821

Nota bibliografica (minima)

Nel par. 2 (così come nei successivi) gli scritti di GIANNINI M.S. cui ci si riferisce sono Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi, in Riv. Dir. Sport., 1949, pp. 10 ss., e ID. Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi, in Riv. trim. dir. pub., 1996. pp. 671 ss.. E' comunque necessario il riferimento a CESARINI SFORZA W., Il diritto dei privati, Giuffrè, Milano, 1963 (prima ed. del 1929), e a FURNO C., Note critiche in tema di giochi, scommesse e arbitraggi sportivi, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1955, 619 ss. Sulla plurisoggettività i richiami sono a CLEMENTE DI SAN LUCA G., Dei limiti all'autonomia dell'ordinamento sportivo. Riflessioni intorno a calcio e diritto, in Dir. Pubb., 2007, pp. 33 ss., e FERRARA L., L'ordinamento sportivo: meno e più della libertà privata, in Dir. pubb., 2007, 1 ss. La Carta Olimpica è quella della versione entrata in vigore l'8 agosto 2021, consultabile sul sito https://olympics.com/ioc/olympic-charter, il Codice Mondiale antidoping è consultabile sul sito https://www.wada-ama.org/en/resources/the-code/world-anti-doping-code, mentre il Olympic Movement Code on the Prevention of the Manipulation of Competitions è consultabile sul sito https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/IOC/What-We-Do/Protecting-Clean-Athletes/Competition-manipulation/Protecting-clean-athletes-competition-manipulation.pdf. Sulla lex sportiva v. SERRA M.F., Autonomia differenziata e 'ordinamento sportivo', in www.federalismi.it, 2020, 24, e CASINI L. Il diritto globale dello sport, Milano, 2010. L'entificazione dei soggetti di giustizia internazionale al di fuori del CIO, è stata operata a seguito della sentenza del Tribunale Federale Svizzero del 15 marzo 1993 (Gundel) che aveva ravvisato una sostanziale mancanza di terzietà ed indipendenza dei giudici del TAS, mediante la creazione del CIAS, fondazione di diritto svizzero, che ha il compito di provvedere alla nomina dei membri del TAS, ed alle eventuali loro ricusazioni. Sugli enti v. G. MORBIDELLI, Gli enti dell'ordinamento sportivo, in V. CERULLI IRELLI - G. MORBIDELLI, Ente pubblico ed enti pubblici, Torino, 1994, pp. 171 ss.

Nel par. 3 il riferimento è a GROSSI P. , Sui rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo, Dir.Amm., 1-2, 2012, pagg. 3 ss. Sulla originarietà dell'ordinamento sportivo le critiche cui si allude nel testo sono riportate in FERRARA L, op.cit., e ID, Giustizia sportiva (ad vocem), in Enc. dir. Ann., Milano, 2010, 493 ss. Sul carattere aterritoriale dell'ordinamento sportivo v. MASSERA S., Sport e ordinamenti giuridici: tensioni e tendenze nel diritto vivente in una prospettiva multilaterale, in Dir. pubbl., 2008, 113 ss., e MORZENTI PELLEGRINI R., L'evoluzione dei rapporti tra fenomeno sportivo e ordinamento statale, Milano, 2007. Cfr il volume collettaneo di C. FRANCHINI (a cura di), Gli effetti delle decisioni dei giudici sportivi, Torino, 2004

Nel par. 4 i riferimenti a Grossi, Massera, Clemente di San luca riguardano le opere già citate. Sulle teorie "stataliste" il riferimento è a MANFREDI G., Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva, Torino, 2007 (del quale v. anche Ordinamento statale e ordinamento sportivo. Tra pluralismo giuridico e diritto globale, in Dir. amm., 2012, 299 ss.). Ho inserito tra i riduzionisti DI NELLA, Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico, Napoli, 1999; il riferimento al diritto globale dello sport

ISSN 2036-7821

è a Casini, op.cit., ma cfr anche G. NAPOLITANO, Sport, in S.CASSESE (diretto da), Dizionario di diritto pubblico, vol. VI, Milano, 2006, pp. 5678 ss.; ancora sulla lex sportiva v. R.C.R. SIEKMANN, J. SOEK, Lex Sportiva. What Is Sports Law?, Springer, The Hague, 2012, e BASTIANON S., in ID e NASCIMBENI B., Lo sport e il diritto dell'Unione europea, 2010, Torino, e Serra. op.cit.

Nel par. 5 si rinvia per i profili processuali ai contributi di SANDULLI P. in questo volume. Sui temi di rilievo costituzionale v. MODUGNO F., Giustizia sportiva: problemi generali, in Riv. dir. sport. 1993, 327 ss., spec. 334 ss. e GUARINO G, Lo sport quale "formazione sociale", in Scritti in Onore di Aldo Piras, Milano 1996, 347 ss., spec. 348 dove si fa riferimento allo sport come formazione sociale espressione di un 'diritto inviolabile'.

Nel par. 6 il riferimento è a BORRELLO R., commento alla sentenza 160/2018 della Corte Cost., Giurisprudenza Costituzionale, fasc.5, 2019, pp. 2685. Il riferimento successivo è a MODUGNO F., Pluralità degli ordinamenti giuridici, in Enc. dir., vol. XXIV, 1985, 1 ss. Sulla quadripartizione della giustizia sportiva la citazione è a LUISO F.P., La giustizia sportiva, Milano, 1975. Sulla evoluzione della giurisprudenza amministrativa in materia di sanzioni sportive dopo il d.l. 220/2003, v. LUBRANO E. (assieme a MUSUMARRA L.), Diritto dello sport, Roma, 2017. Sul rilievo dell'autodichia v. PAOLANTONIO N., Ancora su sport e giustizia (nota a Cons. rg. sic. 8 novembre 2007 n. 1048), Foro amm. - CdS – 2007. Sulla riforma del 2019 v. SANDULLI P., Note a prima lettura del disegno di legge n. 1603/2019 in tema di riordino dell'ordinamento sportivo, in Riv. dir. eco. sport., 2019, 1, pp. 47 ss. Sul d.l. 5/2021, dal dossier del Senato della Repubblica sul disegno di legge si legge quindi che "sin dalle prime interlocuzioni informali, nonché nelle missive inviate dal Presidente del CIO" al ministro dello sport "era emerso l'avvio da parte del CIO di un'attività istruttoria per comprendere gli impatti che la l. 145/2018 ha avuto sull'assetto organizzativo del CONI e sul principio di autonomia e indipendenza sancito nella Carta olimpica". Il CIO ha dunque rappresentato all'Italia una serie di doglianze sul "ruolo, la missione, l'autorità e le responsabilità del CONI", assoggettato al rispetto dei requisiti minimi della Carta olimpica. In particolare - proseguiva la relazione illustrativa - è stato eccepito che il personale del CONI "non potesse essere assunto e controllato da una entità esterna riconducibile allo Stato (Sport e salute Spa)", ma dovesse avere una propria dotazione organica e una propria struttura amministrativa. I riferimenti A Ferrara e Clemente di san Luca sono alle opere già citate.

Sulle sentenza della Corte di giustizia richiamate nel par. 7 v. PAPA S., Le federazioni sportive: natura privata e profili pubblicistici alla luce delle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea, www.federalismi.it. In attuazione della delega legislativa sono stati adottati i seguenti decreti legislativi, tutti del 28 febbraio 2021: n.36 recante riordino e riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici, nonché di lavoro sportivo; n. 37 recante misure in materia di rapporti di rappresentanza degli atleti e delle societa' sportive e di accesso ed esercizio della professione di agente sportivo; n.38 recante misure in materia di riordino e riforma delle norme di

ISSN 2036-7821

sicurezza per la costruzione e l'esercizio degli impianti sportivi e della normativa in materia di ammodernamento o costruzione di impianti sportivi; n. 39 recante semplificazione di adempimenti relativi agli organismi sportivi; n. 40 recante misure in materia di sicurezza nelle discipline sportive invernali, Il riferimento alla definizione di sport richiama A. MARANI TORO-I. MARANI TORO, Gli ordinamenti sportivi, Milano, 1977, e SANINO M., Diritto sportivo, 2016.

Nel par. 9 il richiamo alla non autosufficienza del CIO è a CRISTIE L., Il tribunale federale svizzero quale autorità di ricorso in materia di arbitrato sportivo internazionale, Giur. arbitrale, 2, 2020. Il riferimento a Ferrara è alla prima opera citata; sulla dubbia utilità dell'indagine sulla esistenza o meno dell'ordinamento sportivo, v. GOISIS F., La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato, Milano, 2007. Sullo sport come materia trasversale FROSINI T.E., L'ordinamento sportivo nell'ordinamento costituzionale, in AA.VV., Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico, Napoli, 2009, 235 ss. Sulle norme tecniche il richiamo è all'opera di Manfredi cit., e a CARNELUTTI F. , Figura giuridica dell'arbitro sportivo, in Riv. dir. proc., 1953, 20 ss., nonché Goisis, op.cit. e CLEMENTE DI SAN LUCA, Arbitri, non giudici! Il mancato rispetto delle regole del gioco del calcio, Ed. Scientifica, 2021. La regola della "field of play decision" frutto di costante elaborazione pretoria appare misconosciuta dai sostenitori di una tesi originale quanto singolare, che postula l'applicabilità degli archetipi dell'annullamento d'ufficio, quale elemento proprio dell'esercizio in un potere nell'ambito dello stato di diritto, a cui si dovrebbe ricorrere per effetto dei protocolli di utilizzazione della tecnologia VAR nel caso delle competizioni calcistiche che non lascerebbero margini di discezionalità applicativa (CLEMENTE DI SAN LUCA, Discrezionalità tecnica e meri accertamenti nelle decisioni di arbitri e VAR, in AA.VV. (a cura di G.Clemente di San Luca), Campionato di calcio e Stato di diritto, Napoli, 2018, pagg. 65 ss.). Il richiamo a Grossi è all'opera citata.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La regolamentazione Consob sulla raccolta di fondi online: l'equity e il lending crowdfunding.

di Marco Tiberii

(Professore Ordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Premessa. – 2. Dal crowdsourcing al crowdfunding. – 3. Il crowdfunding nel settore privato e/o pub-blico. 4. L'equity-crowdfunding: un'alternativa ai mercati finanziari. – 5. Il potere regolamentare della Consob. 6. L'introduzione del lending-crowdfunding e la normativa comunitaria. – 7. L'effetto virale ed il carattere imperativo dei divieti regolamentari. - 8. Gli obblighi informativi e le responsabilità. – 9. In particolare il lending-crowdfunding. – 10. Conclusioni e profili di tutela dell'investitore on-line.

Abstract

This scientific contribution aims to analyze the constant influence of itc systems in the context of financial instruments. In particular, we focus on the use of crowdfunding systems and on the regulation of these phenomena by public actors. From the study of the regulation, a symptomat-ic picture of the attention of the regulatory authorities to the phenomenon in question emerges especially for the protection of the investor.

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

È noto che lo sviluppo delle tecnologie ha prodotto negli ultimi anni una trasformazione radicale del contesto sociale, economico e giuridico, tale da potersi parlare di una fase di transizione, che rappresenta l'avvento di una nuova era digitale e/o di una rivoluzione.

Molte sono, dunque, le innovazioni che hanno sollecitato particolare interesse tra gli studiosi delle materie giuridiche, nonché dell'economia e dell'amministrazione, tra le quali si devono citare, a titolo esemplificativo, l'uso sempre più frequente degli algoritmi e delle intelligenze artificiali, delle piattaforme *on-line* e delle *blockchain*[1] e delle criptovalute[2], *l'e-commerce* e gli *smart contract*, nonché la digitalizzazione dei procedimenti e dei servizi amministrativi, la *cybersecurity* e/o la *privacy* dei dati, le *smart cities*, l'uso dei social ecc.

[1] L'uso di questa tecnologia è ad es. utilizzata per la tokenizzazione, così M. FREDDI, M.F. DE LEO, *Asset tokenization e cartolarizzazione, Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali*, Torino, 2021, p. 324, ad esempio: «il capitale sociale rinveniente dall'aumento di capitale della s.p.a. è il bene oggetto della tokenizzazione. Attraverso la conversione delle azioni della s.p.a. in *token* si realizza infatti il collegamento tra il mondo fisico (le azioni della s.p.a.) con quello digitale (i *token*). I passaggi di questo passaggio sono stati dunque i seguenti. I *token* come noto sussistono e circolano su una piattaforma digitale (un *ledger*). Per fare in modo che i *token* rappresentino i diritti collegati ai beni c.d. *off-chain*, ossia del mondo reale, così completando il processo di conversione, occorre che i beni *off-chain* siano messi in custodia per impedire che circolino e creino asimmetrie tra il mondo digitale e quello reale. L'efficacia della relazione tra gli ambienti *off-chain* (infrastrutture tradizionali del mercato finanziario) e *on-chain* è ciò che determina il successo dell'operazione. Nel caso considerato, le azioni della s.p.a. sono state trasformate in *token*, in particolare nella specie dei non fungibile *token* (NFT), cioè *token* con esclusivi codici identificativi che impediscono la loro sostituzione (non fungibile) e consentono così all'acquirente la ricostruzione dei loro passaggi di proprietà e il loro monitoraggio».

[2] Sul punto si è evidenziato che l'emissione decentralizzata dei *Bitcoin*, in assenza di un soggetto giuridico o fisico cui imputare l'emissione, ha ostacolato l'applicazione della normativa sui prospetti informativi e sui servizi d'investimento; sotto altro profilo, anche se le piattaforme che gestiscono mercati secondari di criptovalute potrebbero essere assimilate a soggetti che erogano servizi d'investimento, di pagamento o di moneta elettronica, ai sensi delle direttive n. 2015/2366 e n. 2009/110, tale conclusione non è sempre condivisa, così E. MACCHIAVELLO, *Fintech. Spunti per una regolazione ottimale, Mercato Concorrenza Regole*, n. 3/2019, p. 443, dove si richiama la posizione della Banca Centrale Europea secondo cui le criptovalute non offrono le stese garanzie delle monete elettroniche. Diversamente: «i *security Token* con certe caratteristiche emessi nell'ambito di *Initial Coin Offerings* (*ICOS*) (che usano altre *blockchain* – v. *Ethreum* – come infrastruttura su cui costruire, in forma di *software/App*, le offerte di *Token*) e i derivati su *criptovalute* tendono ad avere figure chiaramente identificabili come emittenti e promotori e ad essere considerati strumenti finanziari da molti Stati membri, ma in Italia i primi sono stati considerati solo come prodotti finanziari e si è recentemente proposto d'introdurre un regime speciale e opzionale per le offerte di *crypto asse*t destinati ad essere negoziati su sistemi di scambi, ma non coperti già dalle normative europee (v. moneta elettronica, strumenti finanziari…). L'Eba e l'Esma hanno affermato che un *token* (così come si è detto una *criptovaluta*) pur non potendo essere generalmente qualificato come fondo, ai sensi dell'art. 4 PSD 2, potrebbe essere considerato moneta elettronica o strumento finanziario in base alle caratteristiche specifiche e con riferimento al secondo concetto, alle interpretazioni e recepimento nazionale della MIFID 2. In tali casi sarebbe agevole identificare un soggetto emittente mentre, in sistemi decentralizzati e disintermediati,… potrebbe essere sempre complesso identificare intermediari cui riferire i relativi obblighi Mifid (diverso però il caso delle *Initial Exchange Offering*, nelle quali le piattaforme selezionano e si fanno in vario modo garanti delle informazioni e valutazioni delle imprese emittenti)».

ISSN 2036-7821

Si tratta di diversi ambiti caratterizzati dal comune denominatore dell'impiego delle nuove tecnologie, che investono ormai tutti i settori della vita umana, dall'intrattenimento (*Facebook*[3], *Twitter* ecc.) alle attività contrattuali (basti pensare all'uso sempre più frequente di *Amazon*), ai rapporti con la pubblica amministrazione (come accaduto ad es. nella erogazione delle prestazioni sanitarie durante l'emergenza del Covid), al governo del territorio (come nel caso delle città digitali) ecc.

In tal senso, si è giustamente rilevato che ormai la realtà analogica e digitale coesistono, perché l'ambiente in cui l'uomo ormai è immerso è in gran parte di tipo informatico e siamo, dunque, innanzi ad un nuovo "*umanesimo digitale*"[4].

2. Dal Crowdsourcing al crowdfunding.

Nell'ambito di quest'ampia cornice, in questo studio si concentrerà l'indagine sull'uso delle piattaforme elettroniche come strumento per la realizzazione del fenomeno del *crowdsourcing* o meglio del *crowdfunding*.

I due termini hanno in comune il ricorso alla folla mediante piattaforme *online*.

Nel primo caso tale strumento è finalizzato, come è stato rilevato, in un'attività partecipativa online: «*in cui un individuo…propone ad un gruppo degli individui…l'assunzione volontaria di un compito*»[5].

---

[3] Come noto anche l'uso dei social è stato recentemente al centro dell'attenzione delle Autorità di garanzia dei mercati e della concorrenza. Sul tema si cfr. ad es. M. MIDIRI, *Le piattaforme e il potere dei dati (facebook non passa il reno),* in *Dir. dell'Informazione e dell'Informatica, n. 2/2021*, p. 116, secondo cui: «*Facebook* subordina l'utilizzo dei social all'accettazione di un "pacchetto" che prevede l'unione e l'elaborazione dei dati generali usando non soltanto *Facebook*, ma anche *Whatsapp* e *Instagram* e consultando siti terzi. Su questa combinazione forzata (dinanzi alla quale l'utente non ha altra scelta se non quella di prendere o lasciare) si è soffermato l'Ufficio federale cartelli il quale, dopo un'istruttoria iniziata nel 2016 e conclusasi nel 2019, ha contestato al gigante di Menlo Park di usare e combinare senza il valido consenso dell'utente (art. 6 e 7 GDPR) i dati generali accedendo alla piattaforma con quelli off *Facebook*, imponendo condizioni generali di contratto non eque, che rafforzano la posizione di dominanza e configurano un abuso di sfruttamento…e l'ha condannata ad un *facere* e cioè a modificare i *terms of service*, nella parte in cui condizionano l'erogazione del servizio all'acquisizione dei dati *off Facebook*, usati e combinati senza il valido consenso dell'utente con quelli generati usando *Facebook*». Tuttavia, la Commissione Europea e la Corte di Giustizia hanno, invece, sostenuto nel caso "Google/DoubleClick" (Comm. UE, COMP/M.4731,11.3.2008, par. 368) e nella sentenza "Asnef-Equifax paragr. 56" (Cort. Giust. UE, terz. Sez., sent. 23.11.2006, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734) che le violazioni della normativa sulla data protection non rientrano nel diritto alla concorrenza.

[4] Per un approfondimento sul tema dell'umanesimo digitale si suggerisce: J. NIDA-RUMELIN, N. WEIDENFELD, *Umanesimo digitale. Un'etica per l'epoca dell'Intelligenza Artificiale*, Franco Angeli, Milano, 2019, p. 90 e *ss.*; C. COLOMBO, A. DONADIO, A. GALARDI, V. MARINI, L. SOLARI, *The human side of digital. Era digitale, capitale umano, nuovi paradigm*, Guerini Next, Milano, 2015. Una prospettiva prettamente filosofico-giuridica è resa da: A. PUNZI, *Difettività e giustizia aumentata. L'esperienza giuridica e la sfida dell'umanesimo digitale*, in *Ars interpretandi*, 26(1), 2021, pp. 113-128; Id., *L'umanesimo digitale e la lezione della pandemia ai giuristi*, in *Luiss Open*, 25 maggio 2020. Inoltre, secondo N. JURGENSON: «il potere dei social media di penetrare drammaticamente nella nostra vita quotidiana, così come la quasi ubiquità delle nuove tecnologie come i telefoni cellulari, ha costretto tutti noi a concettualizzare il digitale e il fisico; *on* e *offline*» in *Digital Dualism versus Augmented Reality*, 24 febbraio 2011. Disponibile su: https://thesocietypages.org/cyborgology/2011/02/24/digital-dualism-versus-augmented-reality/.

ISSN 2036-7821

Si tratta di uno scambio tra un soggetto proponente e molteplici altri soggetti che sostengono l'iniziativa con aiuti intellettuali, sociali e/o economici, espressione di una forma di collaborazione sia *top-down*, sia *bottom-up*.
Nel secondo caso, invece, il ricorso alla folla attraverso le piattaforme informatiche è finalizzato alla raccolta del capitale e serve, essenzialmente, a mettere in contatto gli imprenditori con gli investitori.
In un certo senso, si può dire che attraverso questo mezzo si è radicalmente trasformato il ruolo dei consumatori, che da soggetti passivi del processo di produzione e vendita, sono stati, invece, trasformati in soggetti attivi, che attraverso la disponibilità a sostenere l'iniziativa, si atteggiano ad investitori co-produttori o co-creatori coinvolti sin dalla fase progettuale.
Tuttavia, non si esclude che, considerate anche le eventuali finalità filantropiche, talvolta le due forme possano essere abbinate, ovvero che i sostenitori siano disposti a contribuire non soltanto economicamente, ma anche personalmente offrendo assistenza, consulenza, supporti materiali come uffici o organizzativi, promozione commerciale ecc.[6]
Una delle prime volte in cui si fece ricorso a questo strumento risale al 1884, quando il giornalista Joseph Pulitzer utilizzo il suo quotidiano per raccogliere donazioni necessarie al fine di realizzare il piedistallo della Statua della Libertà, ma si tratta di uno strumento che può trovare applicazione nelle più diverse forme per realizzare iniziative oltre che nel campo del giornalismo partecipativo, anche nell'ambito delle iniziative imprenditoriali più innovative, nel settore informatico, in quello culturale (cinema, musica, beni culturali), nell'ambito di interventi filantropici per sostenere le popolazioni bisognose in seguito a tragedie umanitarie o nei confronti dei paesi in via di sviluppo (micro credito), nonché di programmi d'intervento pubblici di politica sociale, rigenerazione urbana e della ricerca scientifica[7].

3. Il crowdfunding nel settore privato e/o pubblico.
Inoltre, si distinguono diversi campi di applicazione del *crowdfunding*.
Da un lato, infatti, si riscontra l'uso di questi strumenti per la realizzazione di iniziative promosse da soggetti privati di tipo imprenditoriale[8] o solidaristico e

[5] Così cfr. E. ESTELLES-AROLAS e F. GONZALES-LADRON-DE-GUEVARA, *Towards an integrated crowdsourcing definition*, in *Journal of Information science*, 2, 38, 2012, p. 197 e ss.
[6] Si cfr. G. Gagliardi e A. TONELLA, *Crowdfunding: una nuova frontiera per la raccolta di capitali*, in *Amm. & Fin.*, n.11/2013, p. 57.
[7] I principi cardine su cui si fonda il *crowdfunding* sono stati individuati ed illustrati da Alberto Falossi nel cd. Manifesto Kapipalista: 1. I tuoi amici sono il tuo capitale. 2. I tuoi amici realizzano i tuoi sogni, 3. Il tuo capitale dipende dal numero di amici. 4. Il tuo capitale dipende dalla fiducia. 5. Il tuo capitale aumenta con il passaparola.
[8] In merito all'individuazione dei soggetti che sono legittimati a presentare delle offerte per la raccolta del capitale di rischio si cfr. l'art. 50*ter* del T.u.f., nonché il regolamento Consob: «Sulla raccolta di capitali tramite portali on-line», delibera n. 18592 del 26.6.2013 e ss. mm., dove all'art. 2, lett. c), per la definizione di "offerente" si elencano i seguenti soggetti: «01. le piccole e medie imprese, come definite dall'art.2, paragrafo n.1, lett. f), primo

ISSN 2036-7821

dall'altro, invece, si rileva anche l'impiego di questa formula per la raccolta di fondi è talvolta lanciata da enti pubblici per la realizzazione di progetti e/o di opere pubbliche.

In generale, la disponibilità del pubblico a finanziare un'iniziativa rappresenta sicuramente un barometro attendibile del livello di gradimento, che tale progetto è in grado di riscuotere per la collettività.

La tecnologia, inoltre, sta dispiegando un ruolo sempre più cruciale anche sotto il profilo della partecipazione al governo e alla gestione dell'attività pubblica, considerato che la disponibilità dei cittadini a pagare per determinati servizi e/o beni, come è stato già rilevato, rappresenta una "*nuova forma di educazione civica partecipativa*"[9].

Una delle ragioni che spinge la collettività a partecipare anche economicamente a tali iniziative è la possibilità, che attraverso di essi s'intravede, di incidere sui processi decisionali, che investono la qualità della propria vita, quando gli interventi riguardano programmi che incidono sul proprio territorio.

Da un lato, in questo modo, si coinvolgono nei processi democratici molte persone, specie ad es. i più giovani, che altrimenti non prenderebbero parte ai percorsi politici

---

alinea, del Regolamento (UE) n.2017/1129 del 14.06.2017, organizzate in forma societaria secondo il diritto di uno Stato membro dell'Unione Europea o aderente agli accordi sullo Spazio Economico Europeo; 1. la società *start-up* innovativa, compresa la *start-up* a vocazione sociale, come definite dall'art. 25, co. 2 e 4, del decreto e la *start up* turismo prevista dall'art. 11-*bis* del d.l. 31.5.2014, n. 83, conv. con modif. dalla l. 29.7.2014, n. 106, che rispetti i limiti dimensionali di cui al numero 01; 2. la piccola e media impresa innovativa (P.I. Innovativa), come definita dall'art. 4, comma 1, del d.l. 24.1.2015, n.3, convertito con modif. dalla l. 24.3.2015, n. 33; 3. l'organismo d'investimento collettivo del risparmio (OICR) che investe prevalentemente in piccole e medie imprese; 4. la società di capitali che investe prevalentemente in piccole e medie imprese».

In dottrina, per una differenza tra *Start-up* e Pmi innovative si cfr. M. CIAN, *Società start-up innovative e PMI innovative*, in *Giur. comm*., 2015, 969 e I. CAPELLI, *L'equity based crowdfunding e i diritti del socio*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2014, 1; nonché O. CAGNASSO, *Note in tema di start up innovative, riduzione del capitale e stato di rischio (Dalla nuova alla nuovissima SRL*), 2014, *http//:www.orizzontideldirittoccommerciale.it/media/24074/cagnasso-_o.pdf*.

Degna di nota è la previsione contenuta nell'art. 36, co. 2*bis* e ss., del decreto Crescita 2019, laddove si prevede che il Ministero dell'Economia e delle Finanze adotti un regolamento, sentita la Banca d'Italia, la Consob e l'IVASS, finalizzato all'istituzione dei cd. *Sand-box*, cioè porti sicuri dove ammettere imprese che presentino un progetto innovativo nell'ambito in particolare del settore *Fin-Tech*, per consentire loro di confrontarsi con i consumatori reali in una fase di sperimentazione prima di essere regolamentati attraverso l'adattamento della normativa generale. In tal senso, la norma suindicata sancisce che: «Al fine di promuovere e sostenere l'imprenditoria, di stimolare la competizione nel mercato e di assicurare la protezione adeguata dei consumatori, degli investitori e del mercato dei capitali, nonché di favorire il raccordo tra le istituzioni, le autorità e gli operatori del settore, il Ministro dell'economia e delle finanze, sentiti la Banca d'Italia, la Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB) e l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS), adotta, entro centottanta giorni dalla data d'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, uno o più regolamenti per definire le condizioni e le modalità di svolgimento di una sperimentazione relativa alle attività di tecno finanza (*FinTech*) volte al perseguimento, mediante nuove tecnologie quali l'intelligenza artificiale e i registri distribuiti, dell'innovazione di servizi e di prodotti nei settori finanziario, creditizio, assicurativo e dei mercati regolamentati».

[9] Si cfr. E. ZUCKERMAN, *New Media, New Civics?*, in *Policy & Internet*, 6(2), 2014, p. 156.

ISSN 2036-7821

tradizionali, dall'altro tale forma di partecipazione democratica appare, parzialmente, frustrata dall'ostacolo del contributo economico richiesto.
Il sistema del *crowdfunding* può, dunque, rappresentare con tutti i limiti del caso un nuovo strumento informatico volto a ricucire lo scollamento tra istituzioni e cittadini, causato dalla mancanza di fiducia della collettività nei confronti della classe politica.
In tal senso, basti pensare al sempre crescente livello di astensionismo che si registra da anni in tutte le procedure elettorali, alla contestuale crescita di movimenti estranei ai circuiti politi tradizionali come le "Sardine" o fenomeni come quello sorto intorno alla persona di Greta Thumberg.
La sfiducia nei confronti delle istituzioni è così diffusa e frequente tale da mettere ormai in discussione l'idea stessa della tenuta del patto originario e/o del "*contratto sociale*", sul quale si fondavano gli obblighi assunti dai consociati e i conseguenti vincoli giuridici, nonché i relativi diritti.
La fuga dalla (cattiva) politica è, del resto, evidente ove si consideri che a essa fa da contraltare la crescita inversamente proporzionale dell'impegno nelle attività di carattere sociale, civiche e/o solidaristiche; negli ultimi anni, infatti, l'Istat ha rilevato un aumento esponenziale del numero dei cittadini che hanno deciso di dedicare il proprio tempo e le proprie risorse in favore delle finalità solidaristiche coltivate all'interno dei diversi soggetti (associazioni, *onlus*, imprese sociali ed enti) impegnati nel terzo settore.

4. L'equity-crowdfunding: un'alternativa ai mercati finanziari.

La raccolta di fondi *online*, naturalmente, rappresenta una forma di finanziamento alternativa a quelle offerte dai mercati finanziari, anche da questo punto di vista, dunque, la strada della piattaforma telematica è un percorso nuovo che consente ai soggetti, che molto probabilmente non ricorrerebbero agli strumenti tradizionali offerti dal sistema finanziario, di conseguire quel sostegno necessario per realizzare le proprie iniziative imprenditoriali e/o solidaristiche.
Gli scandali e le crisi finanziarie[10] degli ultimi anni hanno, certamente, accresciuto la sfiducia nei confronti del sistema bancario e finanziario[11] e agevolato la ricerca di

[10] Come ricorda M. CLARICH, *Autorità di vigilanza sul mercato finanziario*, in *Enc. dir. - Annali*, V, 2012, 152, il costituente con l'art. 47 «ha inteso proteggere il risparmio "in tutte le sue forme". Questa formula fu pensata soltanto per il settore creditizio colpito dalla crisi economica e finanziaria degli anni 30 del secolo scorso, con i salvataggi bancari operati dallo Stato, ma è atta, in realtà, a coprire una gamma molto più ampia di relazioni finanziarie nelle quali è coinvolta la massa dei consumatori». Tra gli scandali più significativi si possono annoverare tra i tanti: il *Wall Street Crash* del 1929; la *Credit Crisis* del 2007 e gli scandali Libor del 2011 al 2016.

[11] La Banca d'Italia ha più volte evidenziato la correlazione esistente tra regolamentazione, fallimenti del mercato, economia sommersa e la crisi di fiducia riposta negli operatori del settore. Sul punto si è ricordato che: «dalla crisi del 2008 al 2020 a livello globale sono state inflitte sanzioni per circa *USD* 46,6 miliardi (circa USD 120.345.220 in Italia) in seguito a provvedimenti adottati dalle Autorità di Vigilanza per violazioni commesse dalle istituzioni finanziarie». Pertanto, la Banca d'Italia e la Consob hanno richiesto l'introduzione di una funzione di verifica della conformità delle norme, per implementare la fiducia negli operatori del mercato, in tal

ISSN 2036-7821

soluzioni che consentissero di non rivolgersi agli attori principali dei mercati (le banche e gli intermediari finanziari). La disintermediazione, ovvero l'assenza di un intermediario tra domanda e offerta di capitale, avrebbe del resto dovuto anche contribuire ad abbassare i costi delle transazioni.
Ben presto, tuttavia, si sono comprese anche le insidie che si nascondevano in questa diversa opportunità offerta dalle nuove tecnologie, che non assicurava nessuna garanzia o tutela dei soggetti che investono in operazioni di finanziamento per la raccolta di capitale di rischio (*equity - crowdfunding*).
La materia è stata disciplinata in Italia per la prima volta con il d.l. 18 ottobre 2012[12], n. 179, che ha introdotto l'art. 50quinquies nel d.lgs. 24.2.1998, n. 58, con il quale si è stabilito che l'attività di raccolta di capitali e dell'offerta di quote e azioni è di competenza oltre che dei soggetti autorizzati ai relativi servizi d'investimento, anche dei soggetti iscritti in un registro tenuto a cura della Consob.
Con il limite che questi ultimi dovranno trasmettere gli ordini relativi la compravendita o sottoscrizione di strumenti finanziari, rappresentativi del capitale, esclusivamente alle banche e agli altri soggetti autorizzati[13].

5. Il potere regolamentare della Consob.
Sin dall'inizio il legislatore ha demandato alla Consob il potere di regolamentare i principi ed i criteri in merito alla formazione del registro finalizzato all'individuazione dei soggetti ammessi all'espletamento di quest'attività, con particolare riferimento alle condizioni o i requisiti necessari per richiedere l'iscrizione, le cause di sospensione, radiazione e riammissione, le incompatibilità, le regole di condotta da rispettare nel rapporto con gli investitori.
Similmente allo stesso organismo è stato affidato il potere di vigilanza sul rispetto da parte dei gestori della normativa, nonché la facoltà di convocare gli amministratori, i sindaci e il personale, richiedere atti, documenti, informazioni ed eseguire ispezioni[14].
La Commissione nazionale ha, dunque, adottato con delibera n. 18592 del 26 giugno 2013 e ss. mm.[15], un Regolamento sulla "*Raccolta di capitali tramite portali online*", in attuazione dell'artt. 1, co. 5 *novies*, 50-quinquies e 100-*ter* del t.u.f.

---

senso con il ruolo del Compliance Manager nell'ambito del FinTech sarà fondamentale l'autoiniziativa e l'orientamento al cambiamento per anticipare l'emanazione delle norme e dei regolamenti specifici, così A. AMOROSINO, *Le regolazioni pubbliche delle attività economiche nell'area telematica*, *Riv. trim. dir. ec.*, n.1/2017, p.21, richiamato da M. ALECCI, *Compliance Manager: visione prospettica, Strumenti e strategie di finanza innovativa. A supporto della liquidità ed accesso al credito, Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali*, Torino, 2021, p. 304.

[12] In particolare, con il suo art. 30.

[13] In tal senso, la norma prevede che a tali soggetti non si applichino le disposizioni della parte II, titolo II, capo II e dell'art. 32 del medesimo d.lgs. n. 58/98.

[14] Così l'art. 50 *quinquies* d.lgs. n. 58/98, co. 5 e 6, mentre il successivo co. 6*bis* prevede che: «La Consob adotta le disposizioni attuative dell'art. 4 *undecies*».

[15] Successivamente il regolamento Consob è stato modificato con deliberazione n. 19520 del 24.2.2016, n. 20204 del 29.11.2017, n. 20264 del 17.1.2018, n. 21110 del 10.10.2019 e n. 21259 del 6.2.2020.

ISSN 2036-7821

Si tratta di una disciplina dedicata inizialmente all'*equity-crowdfunding*, concepito come canale di raccolta del capitale di rischio rivolto nei confronti delle piccole-medie imprese, sia nelle forme delle società a responsabilità limitata e sia delle società per azioni, al fine di agevolarne l'accesso al mercato dei capitali.
Questo strumento, infatti, oltre ad abbassare notevolmente i costi delle transazioni, esonera le società emittenti dalla predisposizione del prospetto informativo[16].
Tale agevolazione è parzialmente bilanciata dalla contestuale apposizione di un limite massimo di otto milioni di euro per consentire l'operazione di *crowdfunding*[17], nonché dall'attenzione che il gestore dovrebbe riporre nella selezione delle iniziative accolte nel suo portale anche per non perdere la propria reputazione.
L'iscrizione all'interno del registro per i soggetti che intendano svolgere l'attività di cui all'art. 50-quinquies del T.u.f. è soggetta ad autorizzazione da parte della Consob, che dovrà verificare la titolarità di una polizza assicurativa a copertura di eventuali danni, derivanti ai clienti nell'esercizio dell'attività suddetta, compresi eventuali indennizzi, nonché il possesso dei requisiti di onorabilità e professionalità per i soggetti che detengono il controllo e/o che svolgono funzioni di amministrazione e/o direzione.
Inoltre, si prescrive l'obbligo di informare gli investitori sulle modalità di selezione delle proposte o l'affidamento di tale attività a terzi[18], sui rischi di perdere anche tutto il capitale investito e d'illiquidità[19], sulle notizie e i relativi aggiornamenti e tutte le circostanze idonee a incidere sulle operazioni, anche verificatesi

[16] Una delle principali differenze tra questo strumento ed il servizio di collocamento è individuabile nella circostanza che in quest'ultimo il responsabile non soltanto cura direttamente i rapporti con l'emittente, ma lo assiste nella predisposizione del prospetto informativo e lo sottoscrive assumendosi nei confronti dell'investitore la responsabilità della correttezza delle informazioni al pari dell'emittente (cfr. art. 94 T.u.f.). Cfr. F. ACCETTELLA, N. CIOCCA, *Emittente e portale nell'equity-based crowdfunding*, *Giur. Comm*., n.2/2017
Sul punto si è evidenziato che: «gli strumenti finanziari sono soggetti rispettivamente alla disciplina Mifid e Prospetto in quanto capaci, per il loro carattere di negoziabilità e trasferibilità, di circolare tra più mani e rappresentare un corrispettivo di beni e servizi, mentre gli investitori in prodotti finanziari diversi dagli strumenti finanziari non trovano – in ambito europeo – tutele equivalenti. L'UE ha, recentemente, richiesto la predisposizione di un foglio informativo sintetico per gli investitori anche in caso di offerte di prodotti finanziari diversi dagli strumenti finanziari e certe regole di condotta, ma solo per i prodotti più complessi e rischiosi (Priips), così continuando a lasciare scoperte servizi e prodotti che richiederebbero invece forme minime di tutela per i clienti», così E. MACCHIAVELLO, *Fintech. Spunti per una regolazione ottimale*, in *Mercato Concorrenza Regole*, *n.* 3/2019, p. 451.
[17] Sul punto si cfr. l'art.100-*ter*, comma 1, t.u.f., nonché l'art. 100, co. 1, lett. c), Reg. Consob. Al riguardo si è osservato che tale limitazione consente di ricomprendere le operazioni nell'ambito di quelle per le quali non occorre redigere il prospetto informativo, ma l'emittente potrà «predisporre un documento sostitutivo, costituito da una scheda informativa di lunghezza non superiore a cinque pagine in formato A4 (art. 16 e allegato 3 Reg. Consob *Crowdfunding*)», così U. MINNECI, *La raccolta tramite piattaforme digitali di capitali di rischio o di debito da parte delle PMI*, in *Algortimi, Big Data, piattaforme digitali*, (a cura di) AA.VV., Torino, 2021, p. 275.
[18] Cfr. art. 14. Reg. Consob.
[19] Cfr. art. 15 Reg. Consob.

ISSN 2036-7821

successivamente all'investimento[20], sul fatto che l'offerta non è stata sottoposta alla Consob e che l'unico responsabile è il soggetto emittente[21].
Similmente si dispone che l'investitore debba aver preso visione del materiale informativo in tema d'*investor education*, abbia fornito tutte le «informazioni in merito alla propria conoscenza ed esperienza per comprendere le caratteristiche essenziali e i rischi che gli strumenti finanziari oggetto di offerta comportano», nonché di acquisire la dichiarazione secondo cui il soggetto «è in grado di sostenere economicamente l'eventuale intera perdita dell'investimento»[22].
Sono, tuttavia, noti i limiti di un sistema finanziario basato sull'idea che la trasparenza e le informazioni sull'intervento siano una misura sufficiente per tutelare l'investitore, è evidente che il dogma secondo cui una volta informato quest'ultimo sia capace di cavarsela da solo risulti ormai superato.

6. L'introduzione del lending-crowdfunding e la normativa comunitaria.
Successivamente, con alcune modifiche al t.u.f., la l. 30.12.2018, n. 145[23] ha esteso il ventaglio delle operazioni realizzabili mediante le piattaforme per l'approvvigionamento di capitali *on-line* introducendo anche «la raccolta di finanziamenti tramite obbligazioni o strumenti finanziari di debito da parte delle PMI».
La disciplina ha introdotto una rilevante distinzione tra l'*equity crowdfunding* e il *lending crowdfunding*, atteso che per quest'ultimo si è stabilito che la sottoscrizione di obbligazioni e titoli di debito nei confronti degli investitori non professionali è riservata a «particolari categorie di investitori eventualmente individuate dalla Consob», prescrivendo al riguardo che tale raccolta dovrà, comunque, essere effettuata in un'area del portale distinta rispetto a quella dedicata al capitale di rischio[24].
Sul punto, dunque, l'autority, ha delineato la sfera dei soggetti non professionali autorizzati a investire in tale forma di *crowdfunding* nei confronti di coloro: *a)* che abbiano un portafoglio di valore superiore a duecentocinquantamila euro; *b)* che s'impegnino a investire almeno centomila euro in un'offerta, dichiarando di essere consapevoli dei rischi dell'investimento; *c)* che sottoscrivano l'investimento nell'ambito di un rapporto di consulenza in materia finanziaria o di gestione del portafogli[25].

[20] Cfr. art. 16, co.1, Reg. Consob.
[21] Cfr. all. n. 3 Reg. Consob.
[22] Cfr. art. 15 Reg. Consob.
[23] Al riguardo, sono stati modificati il comma 5-novies dell'art. 1 e aggiunto il comma 1-*ter* nel testo dell'art. 100-*ter* del t.u.f.
[24] In tal senso si cfr. l'art. 100*ter*, co. 1*ter*, del d.lgs. n. 58/1998.
[25] Così art. 24, co. 2-quarter, Reg. Consob, comma aggiunto con delibera n. 21110 del 10.10.2019, che nel successivo comma 2 *quinquies* ha inoltre disposto che: «Ai fini dell'accertamento della qualità d'investitore

ISSN 2036-7821

Il diritto comunitario è intervenuto sul tema soltanto di recente[26], con il Regolamento UE 2020/1503 recante la disciplina "*relativa ai fornitori europei di servizi di crowdfunding per le imprese*" (d'ora in poi Regolamento *crowdfunding*), adottando un'impostazione differente, che non sembra fondata sulla distinzione tra le due tipologie di *crowdfunding*, quella che consiste nell'offerta al pubblico di «quote di partecipazione al capitale di rischio (*equity-based*) di un'impresa in forma societaria» e quella che, invece, prevede l'erogazione, da parte degli investitori e in favore delle imprese, «di prestiti anche sotto forma di obbligazioni o titoli di debito (*lending-based)*».

Al centro, infatti, della disciplina comunitaria si pone la funzione di servizio, da declinare sia nell'attività di «intermediazione nella concessione dei prestiti» e di «collocamento di valori mobiliari e altri strumenti» ovvero di un servizio di «ricezione e trasmissione di ordini di clienti» concernente le offerte contenute nel portale [27].

Si è, dunque, diffusa la convinzione che in quest'ambito si associno spesso diversi servizi[28], alcuni dei quali del tutto sovrapponibili ai noti servizi d'investimento, disciplinati dalla direttiva Mifid2, e altri, invece, aggiuntivi e strumentali, come la selezione delle offerte da promuovere sul portale o ad es. la gestione delle bacheche elettroniche per pubblicizzare i prodotti offerti, nonché la valutazione del rischio dei progetti.

Ebbene, pur escludendo la diretta applicabilità della disciplina Mifid2, la regolamentazione speciale di questi servizi ricalca, sia pure in maniera semplificata, molte delle regole di condotta già applicate nel settore dei servizi d'investimento.

La normativa comunitaria, inoltre, si segnala per aver aperto l'impiego di tali strumenti non soltanto nei confronti dei valori immobiliari, che mediante la

---

rientrante nella categoria indicata al comma 2 *quater*, lettera a) il soggetto interessato presenta al gestore una o più dichiarazioni rilasciate da banche o imprese d'investimento da cui risulta che il valore del portafoglio di strumenti finanziari di cui al testo unico. Ai fini della qualità d'investitore rientrante nella categoria di cui al comma 2 quater lettera c), l'intermediario finanziario produce una dichiarazione da cui risulti che sta effettuando l'investimento per conto di un cliente, nell'ambito di un servizio di gestione del portafoglio; nel caso in cui l'investimento sia effettuato nell'ambito di un servizio di consulenza ricevuto, il soggetto interessato presenta al gestore la dichiarazione di adeguatezza rilasciata dall'intermediario che ha prestato il servizio».

[26] Regolamento UE 2020/1503 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 ottobre 2020, recante la disciplina: «*Relativa ai fornitori europei di servizi di crowdfunding per le imprese*».

[27] Cfr. art. 2 , co.1, lett. a) reg. Ue n. 1503/2020, nonchè sul punto S. CORSO, *Il regolamento europeo sui fornitori di servizi di crowdfunding prime considerazioni*, *NLCC* n.3/2021, p. 271, secondo cui a livello europeo si deve all'ESMA la proposta di «assimilazione del *crowdfunding* al servizio di ricezione e trasmissione di ordini, sul presupposto che l'attività di abbinamento degli interessi dei potenziali investitori e dei titolari dei progetti sia quella che maggiormente caratterizza l'operatività delle piattaforme, anche se nella prassi è frequente la prestazione, da parte dei gestori dei portali, di ulteriori servizi e attività nei confronti dei propri clienti».

[28] In dottrina si era già formato un indirizzo rivolto a evidenziare la centralità del servizio di collocamento, in tal senso ad es. A. GUACCERO, *La start-up innovativa in forma di società a responsabilità limitata: raccolta dei capitali di rischio ed equity crowdfunding*, in *Banca borsa tit. cred*., 2014, I, p. 709; N. DE LUCA, *Crowdfunding e quote dematerializzate di s.r.l.? Prime considerazioni*, in *Leggi civ*., 1, 2016; M. COSSU, *Nuovi modelli di s.r.l. nella legislazione italiana recente*, *Banca Borsa Titoli di credito*, n.4/2015, p. 473.

ISSN 2036-7821

trasferibilità consentono di uscire agevolmente dall'investimento, ma anche a "*altri strumenti*"[29].
Tale estensione è stata, giustamente, interpretata come volta ad includere in questi investimenti anche le quote di società a responsabilità limitata[30].
Tuttavia, il recepimento interno della disciplina ha mostrato non poche incertezze sul tema, considerato che ha espunto dal testo normativo il termine "*quote*", che era posto al fianco delle "*azioni*" nell'ambito della categoria degli altri strumenti ammessi al *crowdfunding*[31].

7. *L'effetto virale e il carattere imperativo dei divieti regolamentari.*
L'uso del *crowdfunding* è preferito quando, piuttosto che cercare un unico soggetto finanziatore, si preferisce rivolgere la richiesta di finanziamento nei confronti di una pluralità di soggetti, tra i quali sono ricompresi anche i familiari, gli amici e tutte le persone cui i proponenti sono legati, ma non si esclude anche la partecipazione di altri soggetti pubblici e privati raggiungibili dall'uso della tecnologia *web*.
Per questa ragione esso risulta particolarmente idoneo per promuovere progetti imprenditoriali in settori *high-tech* o ad alto coinvolgimento emotivo ad es. nel campo musicale, sportivo o artistico, nonché ambientale.
Il successo di questa forma di finanziamento sarebbe dovuto, oltre al basso costo delle transazioni telematiche e alle favorevoli condizioni economiche offerte dalle diverse piattaforme, anche dal cd. "*effetto virale*".
Molti portali hanno, infatti, lanciato delle campagne di promozione dei progetti anche gratuite, senza ostacolare l'accesso alle loro proposte da parte dei soggetti potenzialmente interessati, consentendo, dunque, a tutti coloro che erano dotati di una connessione internet di sostenere le diverse iniziative.
Quando, pertanto, un navigatore approva un progetto oltre a finanziarlo tende a condividere quella scelta attraverso tutti i suoi contatti della comunità *on-line* di cui fa parte, si genera così un effetto virtuoso a catena, perché anche quando non si può

[29] Nel 13° considerando, si cfr. ancora S. CORSO, *Il regolamento europeo sui fornitori di servizi di crowdfunding prime considerazioni*, *cit.*, p. 271.

[30] In dottrina si è evidenziato che: «in ragione del divieto di rappresentare con azioni le quote di s.r.l. (anche se *Start-up*) queste non possono essere qualificate come strumenti finanziari, né quali valori mobiliari ai sensi della direttiva MiFID. Ne consegue che il *crowdfunding* in Italia può avere ad oggetto prodotti finanziari che non sono strumenti finanziari», così F. ACCETTELLA, N. CIOCCA, *Emittente e portale nell'equity-based crowdfunding*, in *Giur. Comm.*, n.2/2017, p. 252.

[31] Si cfr. ancora S. CORSO, *Il regolamento europeo sui fornitori di servizi di crowdfunding prime considerazioni*, *cit.*, p. 271, secondo cui: «il riferimento alle quote, accanto alle azioni, scompare infatti nella definizione di «altri strumenti ammessi al *crowdfunding* contenuta nel corpus dell'articolato normativo. Il confronto tra le diverse versioni del regolamento sembra avvalorare un'interpretazione estensiva della fattispecie, idonea a comprendere non soltanto le azioni ma anche le quote di s.r.l., purchè liberamente trasferibili e non soggette a restrizioni riguardanti le modalità di offerta. Una lettura coordinata dell'intero testo del provvedimento giustifica infatti l'interpretazione del mancato riferimento alle quote nella disposizione definitoria come possibile difetto di coordinamento».

ISSN 2036-7821

sostenere economicamente il progetto, che si apprezza, si finisce con il promuovere tale campagna all'interno dei *social* cui si partecipa e così all'infinito.
L'analisi della disciplina regolamentare ha, tuttavia, dimostrato che il rapporto tra emittente e gestore del portale non risulta, completamente, demandato all'autonomia privata.
Non è possibile, infatti, ad esempio allocare il rischio del successo o dell'insuccesso dell'operazione nei confronti del gestore del portale, atteso che le parti possono soltanto concordare che il compenso che l'emittente deve al gestore è in tutto o in parte collegato al pieno o parziale raggiungimento dell'obiettivo della campagna promozionale.
Ma tale strumento non potrà mai essere utilizzato vincolando il gestore alla stregua dei servizi di collocamento in senso stretto, per i quali è, ad esempio, prevista anche la possibilità che il collocatario si assuma l'obbligo di conservare la titolarità dei titoli finanziari non trasferiti.
Come è stato rilevato[32], infatti, un'eventuale pattuizione di questo tipo sarebbe da considerarsi nulla, perché in contrasto con il principio normativo che riserva tali attività soltanto nei confronti delle banche e altri intermediari autorizzati.
Inoltre, il Regolamento Consob vieta espressamente ai gestori di inserire sul portale delle raccomandazioni in favore di una delle diverse offerte pubblicate sul proprio sito, atteso che ciò potrebbe alterare l'evoluzione fisiologica delle diverse campagne, favorendone qualcuna a discapito delle altre.
Pertanto, il rispetto di tale divieto impone di riservare a tutte le offerte il medesimo spazio nell'ambito della propria vetrina digitale, senza aggiungere nessuna considerazione frutto di una valutazione imputabile ad un'analisi dei rischi effettuata dal medesimo gestore.
Anche sotto tale profilo, dunque, una clausola che imponesse di inserire una raccomandazione in favore di un emittente, dovrebbe inficiare parzialmente il contratto, comportando l'effetto della sua caducazione.
Inoltre, il gestore rischierebbe d'incorrere nelle sanzioni pecuniarie e di quelle prescritte dalla Consob[33] in caso di violazione delle regole di condotta, tra le quali

[32] Così F. ACCETTELLA, N. CIOCCA, *Emittente e portale nell'equity-based crowdfunding*, *cit.*, p. 239.
[33] Cfr. art. 23 Regolamento Consob, secondo cui: «1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 190-*quater* del Testo Unico in materia di sanzioni pecuniarie, la Consob dispone:
a) la sospensione da uno a quattro mesi dell'attività del gestore in caso di grave violazione delle regole di condotta previste dal titolo III;
b) la radiazione dal registro in caso di: 1) svolgimento di attività di facilitazione della raccolta di capitale in assenza delle condizioni previste dall'articolo 24 ovvero per conto di soggetti diversi dagli offerenti; 2) contraffazione della firma dell'investitore su modulistica contrattuale o altra documentazione informatica ovvero analogica; 3) acquisizione, anche temporanea, della disponibilità di somme di denaro ovvero detenzione di strumenti finanziari di pertinenza di terzi; 4) comunicazione o trasmissione all'investitore o alla Consob di informazioni o documenti non rispondenti al vero; 5) trasmissione di ordini riguardanti la sottoscrizione di strumenti finanziari non autorizzati dall'investitore; 6) mancata comunicazione dell'avvenuto esercizio

ISSN 2036-7821

sono ricomprese la sospensione del gestore dall'attività e la cancellazione dal registro[34].

8. Gli obblighi informativi e le responsabilità.

La disciplina concernente gli obblighi informativi si diversifica a seconda che l'offerta sia contenuta in un portale di un soggetto già autorizzato all'esercizio dell'attività finanziaria (banca o intermediario finanziario) oppure invece si tratti di un soggetto iscritto soltanto nel registro dei portali.

In quest'ultimo caso, infatti, essendo soggetto a trasmettere l'ordine a banche e imprese di investimento, il portale non è tenuto ad effettuare la verifica del livello di esperienza e di conoscenza dell'investitore rispetto al tipo di sottoscrizione che intende effettuare, ma dovrà soltanto acquisire l'attestazione di non superamento delle soglie d'investimento di cui al Regolamento Consob[35].

Ove, invece, il portale esercitasse tale facoltà, dovrà verificare «il livello di esperienza e di conoscenza necessario per comprendere le caratteristiche essenziali e i rischi che l'investimento comporta»[36]. Esperito tale accertamento, il gestore dovrà avvisare il cliente quando l'investimento non è risultato "*appropriato*" per lo stesso.

Tale verifica costituisce, comunque, una condizione necessaria al fine di consentire l'accesso dell'investitore all'interno dell'area del portale in cui è possibile sottoscrivere le diverse offerte[37].

Nel caso in cui, invece, il gestore non intenda procedere alla verifica diretta[38], tale valutazione dovrà essere esperita dai soggetti autorizzati (banche o intermediari) che, ricevendo e dovendo perfezionare gli ordini, applicheranno le regole dettate dalla parte II del t.u.f.[39], ciò come è stato rilevato pone anche dei problemi di coordinamento con la disciplina del Regolamento Consob[40].

---

dell'investitore, del diritto di recesso, ai sensi dell'art. 13, comma 5, o di revoca, ai sensi dell'articolo 25; 7) reiterazione dei comportamenti che hanno dato luogo a un provvedimento di sospensione adottato ai sensi della lettera c); 8) ogni altra violazione di specifiche regole di condotta connotata da particolare gravità.

2. Per ciascuna delle violazioni individuate nel comma 1, lettere c) e b), la Consob, tenuto conto delle circostanze e di ogni elemento disponibile, può disporre, rispettivamente, la sanzione immediatamente superiore o inferiore».

[34] Infine, si ricorda che il gestore è tenuto a inoltrare le adesioni ricevute ai soggetti autorizzati, come banche e intermediari, ma non può procedere direttamente a effettuare le operazioni che sono riservate a tali soggetti.

[35] Così l'art. 17, co. 5. In tal senso, F. ACCETTELLA, N. CIOCCA, *op.cit.*, p. 242, che in merito evidenziano che in questa ipotesi il gestore, considerata la minore responsabilità, riceverà un compenso inferiore; nonchè P. CUZZOLA, *Ruolo e profili di responsabilità del gestore del portale nell'equity crowdfunding*, in *NGCC*, n. 4/2020, p. 939.

[36] Così l'art. 13, co.5 *bis*, del medesimo Regolamento Consob.

[37] Così ancora P. CUZZOLA, *op. cit.*, p. 939.

[38] In tal senso, si cfr. l'art. 13, co. 5-*ter*, secondo cui: «qualora il gestore non effettui direttamente la verifica prevista dal comma5-*bis*, si applica l'art.17,co. 3».

[39] In merito, l'art. 17.co. 3, stabilisce che: «I soggetti che ricevono e perfezionano gli ordini operano nei confronti degli investitori nel rispetto delle disposizioni applicabili contenute nella Parte II del testo Unico e nella relativa disciplina di attuazione, qualora ricorrano le seguenti condizioni: a) gli ordini siano impartiti da investitori-persone fisiche e il relativo controvalore sia superiore a cinquecento euro per singolo ordine e a mille euro

ISSN 2036-7821

Il rinvio alla disciplina del T.u.f. potrebbe indurre a supporre che in questa ipotesi il controllo sia più penetrante, invece, dal confronto con le diverse normative si desume che in realtà si tratta dal punto di vista oggettivo della medesima attività di verifica sull'appropriatezza dell'operazione, la quale si distingue dalla precedente soltanto per la natura più qualificata del soggetto responsabile[41].

9. *In particolare il lending-crowdfunding.*

Il *lending-based crowdfunding* ricomprende diverse tipologie di prestiti, rilasciati attraverso l'uso delle piattaforme inizialmente da privati in favore di altri privati *peer* to *peer*, nelle forme del *peer to consumer* (P2C ovvero ai privati) o del *peer-to-business* (P2B ovvero alle imprese)[42], successivamente coinvolgendo anche soggetti istituzionalmente preposti (ad es. nel caso *dell'equity club deals* ovvero di piattaforme per gruppi ristretti d'investitori professionali).

Il fenomeno in esame si è, dunque, diffuso a macchia d'olio inglobando svariate modalità di finanziamento con il comune denominatore della pluralità di soggetti finanziatori individuati *on-line*[43].

---

considerando gli ordini complessivi annuali; b) gli ordini siano impartiti da investitori-persone giuridiche e il relativo controvalore sia superiore a cinquemila euro per singolo ordine e diecimila euro considerando gli ordini complessivi annuali…5. Il gestore che non effettua direttamente la verifica proposta dall'art. 13, comma 5-*bis*, acquisisce dall'investitore, con modalità che ne consentano la conservazione, un'attestazione con la quale lo stesso dichiara di non aver superato, nell'anno solare di riferimento, le soglie previste dal comma 3. A tal fine rilevano gli importi degli investimenti per il tramite del portale al quale sono trasmessi gli ordini nonché gli altri portali».

[40] Si cfr. P. CUZZOLA, *Ruolo e profili di responsabilità del gestore del portale nell'equity crowdfunding*, *cit.*, p. 939, secondo cui: «l'art. 22 T.u.f. prescrive la separazione patrimoniale di quanto riconducibile all'intermediario e le somme di quest'ultimo detenute quali strumenti finanziari e…somme di denaro dei singoli clienti" ed in merito evidenzia che: "Il gestore iscritto nella sezione speciale del registro, che può provvedere anche al perfezionamento degli investimenti, ove proceda in tal senso, sarà tenuto, pur con una soglia minima di valore dell'investimento, all'osservanza delle disposizioni di derivazione Mifid e di cui alla parte II del T.u.f., secondo la previsione esplicita dell'art. 17 del Regolam. Consob».

[41] Così F. ACCETTELLA, N. CIOCCA, *Emittente e portale nell'equity-based crowdfunding*, in *Giur. Comm.*, n.2/2017, p. 243 e ss., secondo cui nei confronti di tali soggetti è richiesto un grado di diligenza molto più elevato.

[42] Si cfr. L. LUNARDI, *Strumenti e strategie di finanza innovativa. A supporto della liquidità ed accesso al credito, Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali*, Torino, 2021, p. 296, secondo cui con il *peer-to-peer lending* si realizza un prestito personale senza un'autorità centrale di controllo e senza l'intermediazione di un intermediario finanziario, mediante: «il sistema decentralizzato della *blockchain*», che consente «a ciascun server di detenere una copia del registro delle transazioni verificate. Con i protocolli di transazione computerizzati (*smart-contract*) l'esecuzione dei termini e delle clausole contrattuali è autorizzata e garantita fino al termine dell'accordo. I nuovi modelli di rating, elaborati dagli algoritmi delle piattaforme, oltre alla tradizionale valutazione economico finanziaria, ottenibile da riscontro di dati contabili e fiscali degli esercizi passati (dati storici a consuntivo), prendono in considerazione e valorizzano in particolare gli aspetti qualitativi intangibili delle imprese, le loro strategie e potenzialità di crescita, desumibili dai canali social sia dell'azienda che dei soci e degli amministratori. L'analisi dei big data dà un valore al carattere innovativo dell'azienda, estrapolando tutte le informazioni reperibili online sulle attività svolte dall'impresa R&D, l'eventuale iscrizione nel Registro delle *Start-up* e PMI innovative, le coperture assicurative sottoscritte, l'esistenza di certificazioni della qualità, gli investimenti in proprietà industriale ed intellettuale» ecc.

[43] La catalogazione di queste diverse tipologie di *lending-crowdfunding* si trova in così cfr. E. MACCHIAVELLO, *La problematica regolazione del lending-based crowdfunding in Italia,* in *Banca borsa Titoli di Credito*, n. 1/2018, p. 63.

ISSN 2036-7821

Anche in questa tipologia di *crowdfunding* le piattaforme offrono spesso servizi aggiuntivi, tra i quali ad esempio si possono annoverare la valutazione del merito creditizio dei soggetti richiedenti, interrogando la centrale dei rischi e/o mediante l'impiego di algoritmi volti a processare le informazioni tratte dai *big* data o ricevute dai soggetti interessati[44], talvolta anche con l'assegnazione di un *credit score* o la distribuzione dei soggetti nelle diverse categorie di rischio.
I gestori, generalmente, in Italia non offrono garanzie sulla restituzione delle somme prestate e non si assumono responsabilità sulla correttezza e veridicità delle informazioni ricevute dai diversi soggetti richiedenti.
Nel Regno Unito, invece, le piattaforme prevedono dei fondi volti a ricoprire le eventuali perdite dovute all'inadempimento dei prestatari, nonchè in caso di crisi sistemica e garantiscono spesso delle forme di rendimento.
Si è inoltre osservato[45] che, essendo il rapporto tra gestore delle piattaforme e clienti inquadrabile nell'ambito del contratto di mandato, queste sono tenute al rispetto soltanto delle regole dell'ordinaria diligenza nella scelta delle richieste di prestito da pubblicare e nel recupero dei crediti, ma non rispondono per false dichiarazioni o mancato aggiornamento dei dati o per eventuali inadempimenti.
Inoltre, si ravvisano rischi anche per i richiedenti i quali, in assenza della protezione giuridica offerta nell'ambito delle operazioni effettuate dagli operatori professionali, potrebbero essere ingiustamente discriminati o vittime di abusi di potere.

10. Conclusioni e profili di tutela dell'investitore on-line.

In conclusione, l'analisi della regolamentazione pubblica ha consentito di individuare numerosi limiti all'esercizio della sfera dell'autonomia privata, atteso che dal regolamento Consob si desume un quadro che limita la libertà contrattuale degli emittenti e dei gestori.
Al riguardo, si distinguono, infatti: a) attività esclusivamente riservate alle banche e gli intermediari autorizzati, come il collocamento o la vendita dei titoli finanziari; b) attività vietate, come la possibilità di inserire delle raccomandazioni finanziarie in favore di alcune offerte; c) attività che possono (la selezione delle offerte) o devono essere affidate a terzi (il collocamento dei titoli); d) obbligazioni imputabili al gestore anche in assenza della relativa clausola contrattuale (ad es. gli obblighi informativi) e o regole di condotta.

[44] L'uso dell'algoritmo sta trovando applicazione anche per consentire la diversificazione del rischio, al fine di distribuire gli importi da investire in piccole quote tra le diverse richieste in base ad una serie diversa di parametri tra i quali: «gli obiettivi di rendimento e propensione al rischio del prestatore, della categoria di rischio del richiedente così come, eventualmente, di altri fattori (durata, tasso di interesse, settore di attività)», così cfr. E. MACCHIAVELLO, *La problematica regolazione del lending-based crowdfunding in Italia, cit.*, p. 65.
[45] *Ibidem*.

ISSN 2036-7821

In particolare, in quest'ultima categoria si segnala l'obbligo generale di agire con «diligenza, correttezza e trasparenza, evitando che gli eventuali conflitti d'interesse che potrebbero insorgere nello svolgimento nell'attività di gestione di portali incidano negativamente sugli interessi degli investitori e degli offerenti e assicurando la parità di trattamento dei destinatari delle offerte che si trovino in identiche condizioni».
In merito, il gestore è tenuto a individuare preventivamente quali potrebbero essere le ipotesi scatenanti tale conflittualità e a prevedere, altresì, le contromisure e/o le procedure idonee a impedire e/o gestire tali vicende.
Soltanto, in via subordinata, ove le misure adottate risultino inidonee «*con ragionevole certezza*» a evitare i rischi del conflitto, il gestore potrà comunicare quali sono le cause di tali conflitti e quali sono le misure adottate allo scopo.
La medesima norma regolamentare considera obbligatorio da parte del gestore anche «il rendere disponibili agli investitori, in maniera dettagliata, corretta, chiara, non fuorviante e senza omissioni, tutte le informazioni riguardanti l'offerta che sono fornite dall'offerente, affinché gli stessi possano ragionevolmente e compiutamente comprendere la natura dell'investimento, il tipo di strumenti finanziari offerti e i rischi ad essi connessi e prendere le decisioni in materia d'investimenti in modo consapevole».
Naturalmente il contratto d'investimento, effettuato tramite la piattaforma elettronica, può essere considerato uno *smart contract* ovvero un contratto di commercio elettronico e qualora sia coinvolto un consumatore troverà applicazione la disciplina sul commercio a distanza dei servizi finanziari di cui agli artt. 67bis e ss. Cod. cons. parzialmente derogato dalla disciplina *dell'equity crowdfunding*.
In tal senso, ad esempio, depone la disciplina del Regolamento Consob, nella parte in cui s'impone al gestore l'obbligo di assicurare all'investitore non professionale il diritto di recedere, gratuitamente, dall'investimento entro sette giorni decorrenti dalla data dell'ordine[46].
Si tratta, infatti, di un'ipotesi corrispondente a quella riconosciuta dall'art. 67-duoduecies del cod. del cons. in favore dei consumatori a distanza, con l'unica differenza dell'applicazione di un termine dimezzato.
Come noto, generalmente, la violazione delle regole informative non produce un vizio d'invalidità del contratto[47], ma comporta soltanto una responsabilità risarcitoria

[46] Così l'art. 13.
[47] Per un inquadramento recente e completo sul tema, si cfr. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007. La dottrina, in proposito, ha parlato di principio di non interferenza tra i giudizi di validità e i giudizi di risarcimento, in tal senso ad es., F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali nel diritto civile*, Napoli, 91 ed., rist., 1997; nonché G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, 37; A. Di MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967. La tesi dominante ha sempre affermato l'assoluta autonomia della sfera della condotta ovvero dei comportamenti che i soggetti devono seguire, e la sfera della

ISSN 2036-7821

in capo ad es. al professionista, tuttavia l'art. 67-septiedecies[48], co. 4, cod. cons., rappresenta un'eccezione al principio[49].

Si è, dunque, sostenuto che proprio in quest'ambito la violazione degli obblighi informativi potrebbe sfociare in una causa d'invalidità del contratto[50], atteso che la pubblicazione sul sito di notizie carenti, erronee o inesatte relative all'investimento, potrebbe impedire la formazione di un consenso consapevole alla sottoscrizione dell'investimento.

Lo stesso risultato potrebbe dipendere anche dal mancato controllo del gestore sulla presa visione del materiale sull'educazione all'investimento predisposto dalla Consob oppure dalla mancata acquisizione della dichiarazione di sostenibilità dell'intera somma investita.

---

validità, che contiene, invece, l'indicazione dei parametri ovvero dei precetti da osservare per la struttura degli atti.

La distinzione naturalmente si riverbera anche sulla diversa tipologia di rimedi, che l'ordinamento prevede con riferimento alla violazione delle due distinte categorie di norme: mentre, infatti, l'inosservanza delle regole di comportamento può dar luogo a una tutela risarcitoria; la violazione delle norme sulla validità degli atti può, invece, comportare un giudizio d'invalidità.

[48] L'inversione dell'impostazione tradizionale appare evidente dall'esame della disposizione introdotta dall'art 67 - *septies decies* del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, recante la disciplina del Codice del consumo, nell'àmbito della quale si prescrive il rimedio della nullità: «nel caso in cui il fornitore ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del traente ovvero [...] viola gli obblighi d'informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche».

[49] Occorre dar conto di una tendenza evolutiva secondo cui la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento starebbe sbiadendo e sarebbe in atto un fenomeno di trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto, si cfr. V. SANGIOVANNI, *Commento alla Cass.*, 11 dicembre 2007, n. 26725, *Contratti*, 3, 2008, 237, dove si afferma che l'errore e il dolo possono determinare l'annullamento: «per quanto riguarda l'errore si può immaginare che la combinazione delle informazioni fornite e di quelle non fornite dall'intermediario finanziario spingano - nel loro complesso - l'investitore a rappresentarsi…una situazione diversa da quella reale (cfr. art. 1428 c.c.). Si può poi pensare che la violazione delle norme di comportamento (in particolare la scorretta politica informativa) dell'intermediario sia dovuta non a semplice colpa dello stesso, ma a dolo. L'investitore potrebbe essere indotto a concludere il contratto dalle affermazioni fatte dalla banca. Ricorrono allora i presupposti per l'annullamento per dolo (art. 1439 c.c.). Il raggiro può realizzarsi anche mediante una semplice omissione informativa».

Anche in assenza d'una norma espressa, del resto, negli ultimi anni, soprattutto nel settore degli obblighi informativi dell'attività d'intermediazione finanziaria, si è sviluppato un orientamento giurisprudenziale che considera la violazione delle regole di condotta non soltanto fonte di possibile responsabilità risarcitoria, ma anche causa potenziale d'invalidità del contratto (si cfr. Cassazione, 12.1.1991, n. 257, *Mass Giust. civ.*,1991, 1; Trib. Pinerolo, 14.10.2005, *Giur. it.*, 2006, n. 521, con nota di G. COTTINO.

[50] In tal senso, P. CUZZOLA, *Ruolo e profili di responsabilità del gestore del portale nell'equity crowdfunding*, *cit.*, p. 9 secondo cui: «con specifico riferimento *all'equity crowdfunding* potrebbe verificarsi con maggiore probabilità una tra le ipotesi descritte dalla summenzionata disposizione: gli obblighi d'informativa precontrattuale potrebbero non essere rispettati dal gestore, determinando un'alterazione della rappresentazione delle caratteristiche degli strumenti consigliati. Costituisce violazione degli obblighi nella fase precontrattuale la pubblicazione, da parte del gestore, di notizie non corrette o non chiare, fuorvianti od omissive rispetto a quelle fornite dall'offerente, con conseguente non comprensione della natura dell'investimento da parte degli investitori e adozione di decisioni non consapevoli…Le conseguenze invalidanti operano in quanto il negozio tra gestore e investitore è concluso a distanza».

ISSN 2036-7821

Si tratterebbe d'ipotesi di violazione delle regole della buona fede nelle trattative finalizzate alla conclusione del contratto ex art. 1337 c.c., e considerata la natura a distanza del contratto il vizio comporterebbe l'invalidità dell'atto e non la semplice responsabilità risarcitoria del gestore.

In merito, si possono anche richiamare le numerose pronunzie che hanno considerato nullo il contratto d'acquisto di strumenti finanziari concluso in violazione dei doveri di comportamento, prescritti ai soggetti abilitati che devono: «a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati»[51], parte della giurisprudenza ha evidenziato l'inderogabilità di tali precetti e affermato che essi contengono norme imperative[52].

L'introduzione di eventuali ipotesi di nullità virtuale è stata fondata sulla convinzione che gli obblighi informativi, gravanti sugli intermediari finanziari, risultino strumentali alla protezione dell'ordine pubblico economico[53] rispetto al «perseguimento degli interessi pubblici di rango costituzionali (art. 47 cost.), quali la tutela dei risparmiatori *uti singuli*, del risparmio pubblico, della stabilità del sistema finanziario e dell'efficienza del mercato». L'esame della disciplina dimostra, infatti, che il legislatore non si è preoccupato soltanto della tutela degli investitori, ma ha anche previsto di realizzare alcuni interessi pubblici fondamentali, atteso che l'attività di vigilanza ha per obiettivi: «a) la salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario; b) la tutela degli investitori; c) la stabilità e il buon funzionamento del sistema finanziario; d) la competitività del sistema finanziario; e) l'osservanza delle disposizioni in materia finanziaria»[54].

La Cassazione a SS.UU., tuttavia, in presenza di orientamenti giurisprudenziali divergenti, ha escluso da tempo che la sanzione della nullità prevista espressamente, dall'art. 67 septies decies, co. 4, del Codice del consumo possa essere estesa analogicamente all'ipotesi di violazione dell'art. 21 d.lg. n. 58 del 1998[55].

---

[51] Così l'art. 21 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

[52] In giurisprudenza si cfr. Cass., 12 gennaio 1991, n. 257, *Mass. giust. civ.*, 1991, 1; Cass., 11 maggio 1977, n. 1817, *CED on line*; nonché piú di recente, Trib. Pinerolo, 14 ottobre 2005, *Giur. it.*, 2006, 521, con nota di G. CORTINO. In merito la dottrina aveva già sostenuto che le regole di validità e di comportamento hanno un fondamento unitario individuabile nell'art. 1337 c.c.; in tal senso, si cfr. R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto, I,* in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. SACCO, Torino, 1993, 355.

[53] Così Trib. Brindisi, 18.8.2006, n. 701, *dejure.it*; nonché Trib. Cagliari, 11.1.2006, *Resp. Civ. e prev.*, 2007, 6, 1418 co nota di A. LUMINOSO.

[54] Così l'art. 5, co. 1, del d.lg. n. 58 del 1998.

[55] Si è anche osservato che dalle disposizioni di carattere speciale non si può ricavare l'esistenza di un principio di portata generale. In secondo luogo, il d.lg. n. 58 del 1998 ha in numerose ipotesi sanzionato con la nullità la violazione delle sue prescrizioni, sì che, se ciò non è accaduto nel caso di specie, evidentemente, non è dipeso da una dimenticanza, ma dalla volontà di regolamentare tale situazione diversamente. Infine, sulla circostanza che non si deve attribuire nessuna rilevanza alla violazione delle norme indicate, considerato che l'adozione di comportamenti, in contrasto con gli obblighi informativi, non incide sulla struttura e sul contenuto del contratto, e pertanto non ne comporta la nullità si cfr. V. SANGIOVANNI, *op. cit.*, secondo cui: «il carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione impone molta cautela nel dedurre da

ISSN 2036-7821

In tale sede, dunque, pur riconoscendo il carattere imperativo delle disposizioni in esame, si è esclusa l'applicazione analogica della norma introdotta nel Codice del consumo nei confronti delle altre ipotesi, atteso che: «le regole di comportamento nella prestazione dei servizi d'investimento non attengono alla struttura o all'oggetto del contratto, ma si collocano nella fase delle trattative o nella fase esecutiva e sono finalizzate a consentire all'investitore la valutazione della convenienza dell'operazione. La loro violazione da parte dell'intermediario non determina, pertanto, la nullità del contratto quadro o del singolo ordine d'acquisto, bensì la responsabilità precontrattuale del soggetto abilitato»[56].

Sotto altro profilo, occorre osservare che l'attività del gestore si differenzia da quella di un soggetto autorizzato all'espletamento dei servizi di collocamento, atteso che mentre il secondo è considerato responsabile per l'eventuale falsità o carenza delle informazioni, salvo dimostri di aver impiegato un livello elevato di diligenza per verificare la completezza e l'autenticità dei dati, il primo invece ha un ruolo più marginale.

In tal senso, infatti, si deve evidenziare che ancora una volta il regolamento Consob interviene sul punto: da un lato stabilendo che in materia al gestore spetta rendere «disponibili agli investitori, in maniera dettagliata, corretta, chiara, non fuorviante e senza omissioni, tutte le informazioni riguardanti l'offerta che sono fornite dall'offerente» e dall'altro che «*l'offerente è l'esclusivo responsabile della completezza e della veridicità dei dati e delle informazioni dallo stesso fornite*».

---

singole norme di settore l'esistenza di nuovi princìpi per predicarne il valore generale e per postularne l'applicabilità anche in settori e in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole disposizioni».

[56] La Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in altri termini, non ammette che in sede d'intermediazione finanziaria, la violazione degli obblighi di natura informativa possa tradursi in una nullità, poiché questi si collocano in una fase antecedente o successiva alla stipulazione del contratto, e non entrano a far parte della disciplina contrattuale «ma non si esclude che possa, invece, invalidare il contratto, poiché: dal fondamentale dovere che grava su ogni contraente di comportarsi secondo correttezza e buona fede – immanente all'intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., e sottostante a quasi tutti precetti legali di comportamento delle parti di un rapporto negoziale – il codice civile fa discendere conseguenze che possono, a determinate condizioni, anche riflettersi sulla sopravvivenza dell'atto (come nel caso l'annullamento per dolo o violenza, della rescissione enorme o della risoluzione per inadempimento) e che in ogni caso comportano responsabilità risarcitoria (contrattuale o precontrattuale), ma che per ciò stesso non sono evidentemente mai considerate tali da determinare la nullità radicale del contratto».

In tal senso, V. SANGIOVANNI, *Commento a Cass., sez. un., 27 dicembre 2007, n. 26725*, *Contratti*, 3, 2008, 231; in giurisprudenza, si cfr. Trib. Milano, sez. VI, 22 gennaio 2008, n. 872, Giustizia a Milano, 2008, 2, 10, in cui si afferma che la violazione delle obbligazioni poste dall'art. 21, t.u.f.: «è inidonea a cagionare la nullità a elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura o al contenuto del contratto», nonché così ad es., Trib. Trani, 10 ottobre 2006, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, 5, 621, con nota di TUCCI; nonché: «In caso di contratto di acquisto di titoli obbligazionari, la violazione da parte dell'intermediario degli obblighi di correttezza, diligenza e trasparenza previsti dall'art. 21 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, e dagli artt. 28 e 29 delibera Consob 1 luglio 1998, n. 1152 non comporta la nullità ex art. 1418 c.c. del contratto di vendita, in quanto tali comportamenti sono estranei al regolamento negoziale» così Trib. Lucca, 20 gennaio 2007, n. 92, *Juris data on line*.

ISSN 2036-7821

Naturalmente si possono verificare anche delle violazioni nella fase cd. contrattuale ovvero dell'accesso al portale e della sottoscrizione delle offerte, che sfociano quindi in veri inadempimenti contrattuali.
In questa seconda categoria sono stati ricompresi dei casi, tra i quali ad esempio la mancata garanzia del diritto di recedere oppure i rischi connessi all'uso della tecnologia informatica.
Sotto questo punto di vista, infatti, il sistema si avvale di un algoritmo per raccogliere i dati, condividerli con la rete e gestirli, non possono, dunque, escludersi errori che si possono verificare nella fase della progettazione del *software* utilizzato oppure di *blackout* nella fase della promozione e gestione delle offerte, o ancora un cattivo sistema di sicurezza che comporti problemi di *data-protection*[57].
Pertanto, quando, un'offerta sottoscritta viene trattata, registrata e trasmessa mediante misure non adeguate si realizza un inadempimento degli obblighi di cui all'art. 18 del reg. Consob, secondo tale disposizione, infatti: «il gestore assicura la riservatezza delle informazioni acquisite dagli investitori in ragione della propria attività, salvo che nei confronti dell'offerente e per le finalità connesse con il perfezionamento dell'offerta, nonché in ogni altro caso in cui l'ordinamento ne imponga o ne consenta la rivelazione».

[57] Si cfr. ancora P. CUZZOLA, *Ruolo e profili di responsabilità del gestore del portale nell'equity crowdfunding*, *cit.*, p. 941, secondo cui: «i danni potrebbero anche provenire da rischi operativi, i quali aumentano in assenza di controlli sul sistema di gestione del portale (e delle singole offerte) e potrebbero generare situazioni di manomissione d'informazioni o un blackout del sistema di raccolta delle adesioni in violazione degli obblighi previsti dall'art. 18 del regolamento».

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La dimensione «forte» della potestà legislativa statale tra livelli essenziali di assistenza e tutela della salute, con una postilla alla sentenza della Corte cost. n. 37/2021 (*).

di Mariaconcetta d'Arienzo

(Professore associato di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope")

Sommario

1. - Introduzione. 2. - Il regionalismo italiano alla prova dell'emergenza sanitaria 3. - L'impatto della sentenza della Corte costituzionale n. 37/2021: cronaca di una morte annunciata? 4. - La forza ordinante dei principi costituzionali: quali prospettive dopo il Covid-19? 5. - Considerazioni conclusive.

Abstract

The essay analyzes the development of competitive relations between the State and the Regions in the field of health protection and health risk management in the light of the recent judgment of the Constitutional Court no. 37/2021. The judgment, in fact, in underlining the strong dimension of state legislative power, marks a profound change in the delimitation of the boundaries of international prophylaxis that takes the form of an "implicit supremacy clause" for the sake of certainty and uniformity throughout the national territory, therefore likely to condition the results of sector reforms and the constitutional reform project.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

Il contributo si ispira nel titolo e si inscrive nel contesto di diversi scritti della Prof.ssa Immordino dedicati a temi oggi drammaticamente attuali in seguito alla diffusione della pandemia ed ai problemi di gestione che ne sono derivati.

Ci si intende riferire ai mutevoli equilibri ed ai rapporti di forza tra potere centrale ed autonomie locali che connotano le relazioni tra lo Stato e le Regioni, avuto riguardo sia al riparto della potestà legislativa che delle competenze amministrative nelle materie cd. trasversali.

Essi intercettano concetti fondamentali e cruciali quali la funzione amministrativa, l'esercizio dei compiti e delle attribuzioni che «costituiscono non solo e non tanto manifestazione di potere, ma sempre più spesso esercizio di responsabilità, ossia di competenze che responsabilmente vanno esercitate (...)»[1], nell'esercizio del potere normativo e delle competenze amministrative.

Viene, in particolare, in rilievo la «Tutela della salute» ex art. 117, co. 3, Cost., da sempre contesa tra esigenze di accentramento e decentramento delle funzioni, vale a dire tra unità e indivisibilità dello Stato e rafforzamento del ruolo e dei livelli di autonomia delle Regioni nella politica sanitaria che appaiono difficilmente conciliabili per la difficoltà di trovare un punto di equilibrio nei rapporti inter-istituzionali.

In tale contesto i principi costituzionali hanno orientato il legislatore e gli interpreti ai fini dell'attribuzione del giusto rilievo all'esercizio responsabile delle competenze e delle funzioni istituzionali.

Il dibattito pubblico, recentemente rivitalizzato dalla pandemia, è sembrato più orientato verso un esercizio partecipato e condiviso del potere legislativo e, quindi, della responsabilità della decisione per il raggiungimento di obiettivi comuni.

La natura complessa e composita del diritto alla salute, qualificato dall'art. 32 Cost. come «fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività» e i LEA richiamano i profili di doverosità dell'organizzazione[2] e dello Stato, le responsabilità nell'esercizio del potere e delle competenze suscettibili di incidere sull'effettività del diritto, nonché sul complesso delle garanzie correlate «alla salute come diritto-immunità»[3] rispetto ai quali l'assetto delle competenze assume un rilievo

* Il presente saggio è destinato agli Scritti in onore della Professoressa Maria Immordino.

[1] G. SORRENTINO, *La responsabilità nell'esercizio della funzione amministrativa (alcuni punti fermi nell'epoca dei social)*, in G. Leone (a cura di), *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, vol. III, ESI, Napoli, 2019, p. 1635.

[2] Cfr., G. D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo*, Parma, 1814 M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, le cui considerazioni si adattano perfettamente al ruolo, alla funzione, ai compiti e alle responsabilità dell'amministrazione sanitaria concepita come organizzatrice quotidiana della solidarietà che s'impegna a soddisfare i bisogni delle persone mediante l'esercizio delle funzioni che è anche, anzi soprattutto, assunzione di responsabilità. A. PIOGGIA, *Salute, diritti e responsabilità medica: una storia italiana*, in *Dir. amm.*, fasc. 3/2018, p. 517.

[3] G. FARES, *La tutela della salute del cittadino europeo: diritto o libertà?*, in *Dirittifondamentali.it* (20 dicembre 2019).

ISSN 2036-7821

strumentale.
In quest'ottica, quindi, la competenza esclusiva statale ex art. 117, comma 2, lett. m), Cost. in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni «rispetto alla competenza legislativa concorrente in tema di tutela della salute può essere relativamente mobile e dipendere concretamente dalle scelte legislative operate» allo scopo di promuovere forme di coordinamento e collaborazione con le Regioni suggellata dall'intesa raggiunta in seno alla Conferenza Stato-Regioni[4].
«(L)a determinazione dei LEA è un obbligo del legislatore statale che coinvolge necessariamente le Regioni, per cui la fisiologica dialettica tra questi soggetti deve essere improntata alla leale collaborazione (volta ad) assicurare il migliore servizio alla collettività»[5].
Il che non equivale certo a sovvertire l'ordine competenziale disegnato dall'art. 117 Cost., come evidenziato dalla stessa Corte costituzionale sia nella ordinanza 14 gennaio 2021 n. 4 di sospensione in via cautelare delle misure contenute nella L.R. Valle d'Aosta 9 dicembre 2021, n. 11[6] che nella sentenza del 12 marzo 2021, n. 37 che ha dichiarato la illegittimità della disciplina per violazione della competenza esclusiva statale ex art. 117, comma 2, lett. q), Cost., ma neanche si può costringere l'autonomia regionale ad arretrare di fronte all'esercizio del potere regolamentare correlato alla competenza esclusiva statale[7].
Il principio di leale collaborazione, che fino a questo momento ha svolto un importante ruolo di compensazione, ne è uscito fortemente ridimensionato all'indomani della decisione da cui trapelano dubbi e perplessità sulla effettività, prima ancora che sull'adeguatezza, degli strumenti di coinvolgimento delle Regioni alternativi all'intesa forte e sui residui spazi di autonomia regionale, concepita, oramai sempre più come «autonomia collettiva, da esercitarsi in modo unitario, indifferenziato, consensuale e convergente da parte di tutte le regioni in un sistema di Conferenze improntato al metodo dell'unanimità»[8].
Tali considerazioni offrono lo spunto per avviare una riflessione sul futuro delle riforme mettendo in discussione la validità di assetti che sembravano consolidati, ma che si sono rivelati inefficienti ed inefficaci.

---

[4] Corte cost. 16 dicembre 2011, n. 330.
[5] Corte cost. 12 luglio 2017, n. 169.
[6] Recante «Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato di emergenza».
[7] La Corte ha ribadito che «non vi può essere (…) alcuno spazio di adattamento della normativa statale alla realtà regionale, che non sia stato preventivamente stabilito dalla legislazione statale; unica competente sia a normare la materia in via legislativa e regolamentare, sia ad allocare la relativa funzione amministrativa, anche in forza, quanto alle autonomie speciali, del perdurante principio del parallelismo» (richiamando le precedenti decisioni, tra cui Corte cost. 16 aprile 2019, n. 129; 16 luglio 2019, n. 179 e 257 settembre 2019, n. 215; 11 febbraio 2014, n. 22; 22 luglio 2010, n. 278; 27 gennaio 2004, n. 43; 19 luglio 2004, n. 236).
[8] F. CINTIOLI, *Diritto alla salute, interessi pubblici e ruolo delle regioni*, in E. Catelani, G. Cerrina Ceroni, M.C. Grisoli (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, Torino, 2011, p. 47.

ISSN 2036-7821

In un'epoca in cui la transizione al paradigma digitale procede a grande velocità rafforzando il potere della scienza e la tirannia del diritto alla salute nell'era del capitalismo digitale, non va affatto sottovalutato che il passaggio al nuovo modello organizzativo se, da un lato, produce indiscutibili vantaggi trasformando il ruolo degli ospedali e dei luoghi di produzione di cure personalizzate di massa e dei professionisti della salute e puntando sulla medicina generalista più che su quella specialistica, dall'altro genera problemi che alimentano le frizioni nei rapporti istituzionali, in attesa che il modello digitale si strutturi e vada a regime.
Nell'attesa che ciò si verifichi, la principale difficoltà sta proprio nel dover leggere, decodificare e ragionare per sfruttarne al meglio i vantaggi, a maggior ragione in considerazione dell'impatto del progresso tecnologico sui ruoli e le responsabilità unionali, statali, regionali e locali in materia di tutela della salute e di gestione del rischio sanitario.
In quest'ottica, il diritto alla salute svela la sua intrinseca dinamicità in quanto correlato a doveri *in fieri* che si collocano nell'ambito di una strategia comune in chiave collaborativa e solidaristica che appalesa il dovere di aggregarsi ed unirsi per confrontarsi con eventi ancora sconosciuti e in parte incomprensibili da un lato, ma anche con problemi già noti e nodi irrisolti della sanità pubblica la cui soluzione se da un lato impone un cambiamento radicale, innanzitutto culturale, dall'altro, inevitabilmente implica l'assunzione di rischi non indifferenti, aprendo scenari interessanti ed opportunità irrinunciabili che la competizione istituzionale finora ha impedito di scorgere e di cogliere.
Su tali premesse, l'indagine si propone di evidenziare i limiti di approccio alle questioni di salute e del sindacato della Corte costituzionale che nel riproporre un modello fortemente centralizzato e sancendo il primato della supremazia dello Stato a detrimento delle competenze e degli interessi concorrenti regionali finisce, altresì, per sacrificare oltremodo il principio di leale collaborazione la cui operatività giammai dovrebbe essere subordinata alla scelta statale di coinvolgere o meno e se sì, in che termini, le Regioni nella formazione degli atti in materia di "Tutela della salute" e gestione del rischio clinico, ponendosi tra l'altro in contrasto con l'impostazione e gli obiettivi del PNRR.

2. Il regionalismo italiano alla prova dell'emergenza sanitaria.
A distanza di oltre quarant'anni dalla istituzione del SSN e al netto dei tentativi di riforma del Titolo V, parte II, Cost., nonché degli sviluppi e degli esiti, ad oggi affatto scontati, del «regionalismo differenziato» o «regionalismo asimmetrico»[9], la gestione

[9] M. IMMORDINO, N. GULLO, *La "specialità" regionale nella prospettiva del regionalismo asimmetrico*, in *Diritto amministrativo e società civile. Muovendo dalle opere di Fabio Roversi Monaco*, vol. III – Problemi e prospettive, Bologna, 2020, p. 38. M. IMMORDINO *La dimensione "forte" della esclusività della potestà legislativa statale sulla tutela del paesaggio nella sentenza della Corte costituzionale n. 367 del 2007*, in *Aedon*, n. 1/2008.

ISSN 2036-7821

dell'emergenza sanitaria ha generato competizione e divisione politica tra livelli di governo[10] per l'assenza di una visione e di un approccio globale, condiviso e coordinato e di una strategia comune sulle azioni politiche ed amministrative da assumere.

L'impreparazione dei governi ad affrontare ed arginare le conseguenze dell'epidemia, la mancata attuazione del piano sanitario, l'inadeguatezza dell'organizzazione hanno influito sull'efficacia delle azioni e, a monte, sulla valutazione del rischio, condizionando gli esiti delle riforme nel settore sanitario e del progetto di riforma costituzionale.

La salute quale «diritto in movimento» e dinamico del paziente che necessita di «cure e sostegno sempre più differenziati ed adeguati alle diverse condizioni di salute delle persone (e di) una serie di servizi, (ed implica) la capacità del singolo di «adattarsi e di autogestirsi» benché malato[11], alimenta i dubbi e le perplessità sulla tenuta del SSN, concepito fin dalla sua istituzione come eguale, universale ed equo.

Tali caratteristiche hanno causato, altresì, la frammentazione del SSN che si estrinseca nella estrema varietà dell'offerta di servizi e delle prestazioni agli utenti dei SSR, fonte di discriminazioni nell'accesso alle cure, ma anche di tensioni tra esigenze centraliste ed autonomiste che si consumano all'interno di un equilibrio instabile, a causa dell'inidoneità dei LEA di assicurare l'«equilibrio tra le ineludibili esigenze di sviluppo della persona (cd. universalità del godimento dei diritti) e la sostenibilità finanziaria delle «ragioni» della solidarietà (cd. selettività nel godimento dei diritti stessi)»[12].

Il dibattito, quindi, si è concentrato sulle conseguenze della «scelta di dislocare in modo massiccio ogni più rilevante competenza, di gestione e di amministrazione attiva, nell'area delle attribuzioni regionali (...)»[13], del progressivo accrescimento dell'autonomia organizzativa e gestionale dei servizi sanitari[14] e sul contenzioso implementato dalla crisi sanitaria avviato dallo Stato nei confronti delle Regioni i cui interventi, invero, sul piano sia normativo che amministrativo in molti casi avevano lo scopo di ristabilire l'uguaglianza sostanziale eliminando i disagi a danno di alcuni soggetti, specie i più fragili e vulnerabili.

Di qui l'avvio del procedimento di differenziazione ex art. 116, comma 3, Cost.

---

[10] F. CORTESE, *Stato e Regioni alla prova del coronavirus*, in *Le Regioni*, n. 1/2020.

[11] I. CIOLLI, *La salute come diritto in movimento. Eguaglianza, universalismo ed equità nel sistema sanitario nazionale, oggi*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 2/2019, p. 13 ss.

[12] L. TRUCCO, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni tra politiche legislative e Corte costituzionale*, in E. Cavasino, G. Scala, G. Verde (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, 2013, p. 103.

[13] R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2021, p. 131. F. CINTIOLI, *Diritto alla salute, interessi pubblici*, cit. p. 35 ss.

[14] A. CITRIGNO, *La dimensione regionale dei diritti sociali nella prospettiva del regionalismo differenziato*, in *AIC*, n. 1/2020. A. SPADARO, *Appunti sul "regionalismo differenziato": una buona idea che può diventare un disastro*, in *www.federalismi.it* (16 ottobre 2019).

ISSN 2036-7821

avversato da parte della dottrina per il timore che esso «p(ossa) maggiormente contribuire a creare un quadro disarmonico e asistemico, fin troppo sganciato dai criteri di uniformità che lo Stato centrale – e in questo caso anche il SSN – impone»[15].
A ben vedere, la gestione della Sanità è stata fallimentare da più punti di vista in modo «trasversale» da Nord al Sud del Paese[16].
Dai LEA ai LEP, dal coordinamento della finanza pubblica alla «Tutela della salute», l'assenza del necessario coordinamento tra Stato e Regioni finalizzato all'attuazione dei principi di leale collaborazione e di unità ha parallelamente sollecitato l'esercizio della funzione legislativa (intervento surrogatorio) da parte della Corte costituzionale.
La perdurante inattuazione della definizione dei LEP che avrebbero dovuto "garantire il mantenimento di un'adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti" prostrati dalla crisi economico-finanziaria[17]e pregiudicati dalle asimmetrie regionali foriere di disuguaglianze, non è stata compensata dalla Corte costituzionale attraverso la moltiplicazione del "catalogo" dei diritti, nel quadro della tutela multilivello degli stessi e nei limiti delle risorse disponibili[18].
Ben presto, però, il modello del regionalismo solidale è entrato in crisi e le conseguenze del regionalismo differenziato si sono abbattute sulla effettività e la tutela del diritto alla salute, concretizzandosi il «rischio di rottura dell'unità amministrativa a seguito della costruzione di un sistema "a macchia di leopardo" aggravato dal pericolo di «intaccare, a seconda delle concrete e specifiche modalità attuative, l'unitarietà della Repubblica e del principio solidaristico»[19].
L'eventualità che alcune regioni possano «acquisire l'intero ventaglio delle competenze indicate dall'art. 116 Cost., a prescindere dall'esistenza di specifiche esigenze regionali» ha palesato la necessità di «avviare un percorso complessivo di revisione anche della specialità regionale (...) ripensa(ndo) il ruolo e la "vocazione" della stessa (...)»[20].

3. L'impatto della sentenza della Corte costituzionale n. 37/2021: cronaca di una morte annunciata?

Invero, già all'indomani della Riforma del 2001 autorevole dottrina non ha mancato

[15] I. CIOLLI, *La salute come diritto in movimento*, cit., p. 21.
[16] R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *AIC*, n. 2/2019. A. SPADARO, *Appunti sul "regionalismo differenziato"*, cit. D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *AIC*, n. 2/2019.
[17] L. TRUCCO, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni*, cit.
[18] A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo modello sociale europeo: più sobrio, solidale e sostenibile*, in *AIC*, n. 4/2011.
[19] Cfr., A. RUGGERI, *Il Coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Dir. reg.*, n. 1/2020. A. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *www.giurcost.org* (n. 3/2020); A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *AIC*, n. 2/2020.
[20] M. IMMORDINO, N. GULLO, op. cit., spec. pp. 39,40,43.

ISSN 2036-7821

di rilevare l'oscurità della formula «competenza esclusiva» riferita tanto allo Stato quanto alle Regioni[21].

Parallelamente, la Corte anche di recente[22] ha sottolineato il carattere trasversale della tutela della salute e l'attitudine ad incidere sul riparto delle competenze statali e regionali, rispetto alla quale la scelta di accentrare a livello statale i poteri emergenziali per l'esigenza di garantire la protezione a livello centrale, unitaria ed uniforme, dei diritti e delle libertà fondamentali, si rivela una scelta meno scontata di quanto si possa pensare e particolarmente impattante sul piano dei rapporti tra lo Stato e le Regioni.

L'attuale fase storica ha fatto riemergere la tendenza al riaccentramento delle competenze in funzione di una risposta coordinata alla pandemia da Covid 19[23], per esigenze di unitarietà ed uniformità in materia di salute e sanità pubblica che si spiega per la considerazione che la «certezza» dei diritti incomprimibili coincide con il «nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto (alla salute)» rappresentando esso un limite insuperabile per l'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione e dello stesso legislatore, ma non anche, com'è evidente, per «ogni ingerenza» da parte dello stesso[24] nonché della stessa Corte costituzionale.

Ed infatti, da questo punto di vista, è innegabile che tanto l'ordinanza n. 4/2021 che la sentenza n. 37/2021, in quanto animate dalla medesima *ratio*, debbano considerarsi entrambe «inedite» per le conseguenze che potrebbero derivare sul piano dei rapporti inter-istituzionali dal riconoscimento della egemonia politica e delle competenze statali suscettibile, tra l'altro, per il futuro, di essere estesa ad altri ambiti.

In questa prospettiva, la decisione con cui la Corte ha inteso «mettere ordine» nel riparto delle competenze può considerarsi una sentenza «manifesto» - che il Presidente Coraggio non ha esitato a qualificare «una bussola nella gestione della pandemia» e «una pronuncia sistemica» in quanto attesta e conferma oggi e per il prossimo futuro la debolezza e l'inconsistenza di «quegli snodi istituzionali tradizionalmente caratterizzati da incertezze».

Di conseguenza essa, se non va interpretata come una rinuncia alla riflessione sulle prospettive di arricchimento dei margini di azione ed autogoverno delle Regioni,

---

[21] V. CRISAFULLI, *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985 a proposito della «potestà ripartita» o del «concorso vincolato di fonti».

[22] Da ultimo, Corte cost. 10 aprile 2020, n. 62 ha chiarito che «*la trasversalità e la primazia della tutela sanitaria rispetto agli interessi sottesi ai conflitti finanziari tra Stato e Regioni in tema di finanziamento dei livelli essenziali, impongono una visione trascendente della garanzia dei LEA che vede collocata al centro della tutela costituzionale la persona umana, non solo nella sua individualità, ma anche nell'organizzazione delle comunità di appartenenza che caratterizza la socialità del servizio sanitario*».

[23] F. FRACCHIA, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativa: nulla sarà più come prima?*, in *Dir. econ.*, n. 3, 2019; F. CORTESE, *Stato e Regioni alla prova del coronavirus*, in *Le Regioni*, n. 1/2020.

[24] F. PATRONI GRIFFI, *I diritti incomprimibili*, in *www.personaedanno.it*.

ISSN 2036-7821

indubbiamente, tuttavia, finisce per attribuirgli anche per il futuro un significato e una consistenza profondamente diversa da quella originaria in assenza di compensazione istituzionale confermata dal persistente centralismo statale.
Allo stato, sembrerebbe che la crisi sanitaria da Covid-19 e i contrasti tra i livelli di governo in ordine alla sua gestione[25], oltre a ridimensionare il ruolo e i poteri delle Regioni, abbiano altresì ridefinito il senso e la portata del principio di leale collaborazione che si è ripercosso «nel rapporto (già) rissoso tra Stato e Regioni, (evidenziando) l'inevitabile necessità di riforme costituzionali»[26].
Esso, infatti, da principio fondamentale, regola dei rapporti inter-istituzionali, criterio regolatore del riparto delle attribuzioni nelle materie concorrenti e, quindi, risolutore delle tensioni fra unità ed indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.), meccanismo ineludibile[27] di coordinamento e cooperazione in quanto più idoneo a fornire risposte efficaci ai fini della tutela della salute pubblica, è stato via via declassato dalla Corte costituzionale per la tutela del preminente interesse nazionale.
Tale scelta ha finito per alimentare il clima di reciproca sfiducia nelle relazioni fra poteri dello Stato, svuotando di senso e di contenuto i rapporti inter-soggettivi connotati da una forte rigidità e separazione (delle competenze e dei poteri) incompatibile, tra l'altro, con la complessità del diritto sociale alla salute e con la pluralità dei bisogni da soddisfare rispetto alla quale il ricorso al modello cooperativo e alla leale collaborazione inter-istituzionale nell'esercizio dell'attività legislativa ed amministrativa «è del tutto normale» rispetto alla scelta di considerare lo Stato unico titolare dell'interesse pubblico da tutelare.[28]
Certo è che «(L)a prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa (implicando l'impossibilità per) le Regioni di prevedere una disciplina (incompatibile con) gli ambiti di legislazione (della materia) riconducibili alla competenza esclusiva dello Stato in base all'art. 117, secondo comma, Cost.»[29], specie nel corso dell'emergenza sanitaria, ha disincentivato il ricorso alla cooperazione fomentando piuttosto l'avvio di «iniziative "monocratiche" da parte di alcune Regioni»[30].
Complice anche l'atteggiamento dello Stato che fino a poco tempo fa ha rinunciato a legiferare in materia di profilassi internazionale, nonché all'esercizio del potere sostitutivo ex art. 120 Cost., al punto da spingere la dottrina a denunciare la disapplicazione del principio di sussidiarietà verticale ex art. 118 Cost.[31], la Corte costituzionale ha ritenuto di dover allargare le maglie della materia spingendola

[25] S. CASSESE, *È tempo di curare la sanità*, editoriale in Il Corriere della sera, 16 marzo 2021; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *AIC*, 2/2020.
[26] N. IRTI, *Il diritto pubblico e privato in un'epoca che fa eccezione*, Il sole 24 ore, 5 maggio 2020.
[27] R. BIN, *Il principio di leale collaborazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2002.
[28] Cfr., Corte cost., 1 febbraio 2006 n. 31.
[29] Corte cost. 23 novembre 2007, n. 401.
[30] F. PATRONI GRIFFI, *Il giudice amministrativo come giudice dell'emergenza*, in *www.fantigrossi.it*.
[31] ID.

ISSN 2036-7821

oltre i confini statali ed assicurando, al contempo, al legislatore statale una centralità tale da eventualmente anche escludere l'intervento legislativo regionale quando le decisioni assunte si ripercuotono «sulla capacità di trasmissione della malattia oltre le frontiere nazionali, coinvolgendo così profili di collaborazione e confronto tra Stati, confinanti o meno»[32].

La scelta operata è stata dettata dalla necessità di preservare il «nucleo essenziale» del diritto alla salute che rappresenta il «limite invalicabile» per il legislatore statale[33], e dall'esigenza di assicurare *standard* comuni di tutela. Il richiamo alle esigenze di «indispensabile omogeneità»[34] rileva quale criterio in base al quale operare l'*actio finium regundorum* delle competenze legislative statali e regionali, superando l'intreccio e la sovrapposizione delle materie e delle competenze. Ma soprattutto, in questa circostanza, è servito alla Corte per sottolineare la dimensione forte dello Stato che «per il tramite del proprio indirizzo politico unilateralmente elaborato e gerarchicamente prevalente sugli altri enti della Repubblica, si fa "portatore" a tutti gli effetti – e non più solo "garante ultimo" – dell'unità dell'ordinamento»,[35] segnando un profondo mutamento nella delimitazione dei confini della profilassi internazionale che assume le sembianze di una «clausola di supremazia implicita» per esigenze di certezza e di uniformità su tutto il territorio nazionale che si sostanzia nella imposizione di limiti, diretti e indiretti, alla legislazione regionale, relegando le Regioni in uno «stato di minorità» istituzionale.

4. La forza ordinante dei principi costituzionali: quali prospettive dopo il Covid-19?

La tendenza al riaccentramento delle competenze, particolarmente diffusa durante l'emergenza sanitaria, sembrerebbe aver ricevuto per effetto della decisione in commento una formale consacrazione durante e anche oltre l'emergenza sanitaria, suscettibile pertanto di condizionare il futuro assetto dei rapporti e delle competenze tra i livelli territoriali di governo.

E' innegabile, alla luce delle considerazioni fin qui svolte, che la decisione della Corte costituzionale segna un importante cambio di passo nella prospettiva dei tanto attesi ed improcrastinabili interventi di riforma costituzionale, se ed in quanto essi, come evidenziato dalla dottrina, siano finalizzati a rendere effettivo il «passaggio da un regionalismo inutilmente legislativo ad un regionalismo di esecuzione (sul presupposto che) la direzione dei processi deve essere il più possibile unitaria (anche per non indebolire l'Italia in Europa), (e) l'attuazione dei processi deve essere

[32] Corte cost. n. 37/2021 p.to 7 cons. dir.
[33] Corte cost. n. 269/2017.
[34] Corte Cost. 23 aprile 2013 n. 72; 13 giugno 2014 n. 173; 9 novembre 2016 n. 270.
[35] M. CECCHETTI, *Per una riforma "consapevolmente orientata" del sistema delle autonomie regionali*, in A. Cardone (a cura di), *Le proposte di riforma della Costituzione*, Napoli, 2014, p.103 ss.

ISSN 2036-7821

ragionevolmente vicina ai territori»[36].

A tal fine, quindi, occorre ripensare ai rapporti tra i poteri dello Stato e legislazione statale e regionale senza nuocere al sistema nel suo complesso e, quindi, senza trasformare una competenza concorrente in competenza esclusiva e viceversa, in considerazione degli interessi da tutelare e dei principi costituzionali che fungono da limiti all'esercizio della potestà legislativa (statale e) regionale.

Ciò è possibile solo ammettendo che il preminente interesse generale di cui si fa portatore lo Stato non si disarticola né si spersonalizza parcellizzandosi nelle singole realtà regionali, ma al contrario di obiettivizza aprendo la strada al bilanciamento dell'interesse generale e di quelli particolari, al raggiungimento di intese e alla facoltà di intervenire all'esito del necessario coordinamento/contemperamento/integrazione, nel rispetto dell'interesse da tutelare, delle prerogative e delle guarentigie dell'ente territoriale.

Indubbiamente i doveri inderogabili accrescono le responsabilità dello Stato e delle Regioni durante l'emergenza sanitaria, di conseguenza qualunque scelta legislativa statale o regionale deve essere in grado di assicurare la certezza del diritto fondamentale alla salute in una prospettiva non più soltanto nazionale o locale, bensì sovranazionale e globale nella quale declinare il principio di solidarietà che deve ispirare in futuro la gestione delle epidemie al fine di ridurre al minimo i rischi per la salute e la vita delle persone e garantire la sicurezza dei cittadini.

In tale prospettiva, indubbiamente più coerente con l'attuale configurazione della salute quale «diritto civico generale» e nell'ottica della tutela multilivello dei diritti fondamentali,[37] i concetti di sovranità e di autonomia ed i rapporti inter-istituzionali vanno necessariamente rimeditati in funzione della creazione di un'amministrazione multilivello e concorrente basata sul principio di leale collaborazione in base al quale costruire un modello di co-amministrazione partecipata da tutti gli attori in campo sanitario, «che va(da) oltre una visione delle istituzioni come *politically devised rules*»[38] preservando l'unità nella diversità.

E' auspicabile, quindi, che per il futuro «i rapporti tra Stato e Regioni ubbidiscano assai più che a una gelosa, puntigliosa e formalistica difesa di posizioni, competenze e prerogative, a quel modello di cooperazione e integrazione nel segno dei grandi interessi unitari della Nazione, che la Corte ritiene compatibile col carattere

[36] B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in www.*federalismi.it* (21 aprile 2021) ha auspicato l'istituzione di «una Commissione che lavori, in vista di un intervento condiviso, sull'ormai vecchio di vent'anni "nuovo" Titolo V» che affronti tutti gli aspetti e gli ambiti del rapporto tra dimensione statale, regionale e locale. L. BUSCEMA, *Emergenza sanitaria (inter)nazionale e regionalismo (differenziato): un ossimoro?*, in *Dir. reg.*, n. 1/2020.

[37] G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 33.

[38] G. BALDUZZI, A. MONICA, *Introduzione*, in Id., (a cura di), *Governare il cambiamento istituzionale e organizzativo nelle amministrazioni europee*, Pavia University Press, 2019, p. 11.

ISSN 2036-7821

garantistico delle norme costituzionali»[39], per la necessità di intervenire su una materia in cui l'interesse pubblico può essere realizzato più efficacemente con il concorso di tutti i livelli di governo.

La dimensione nazionale non è necessariamente (esclusivamente) statale ma porta a valorizzare l'autonomia regionale e ad adottare sistemi più flessibili in cui riconoscere all'Unione un ruolo nella fissazione degli standard perché a monte la valutazione del fabbisogno effettivo e delle scelte di *governance* è frutto di negoziazione tra le parti e non espressione delle rispettive e distinte competenze.

Al contrario, una soluzione troppo rigida e netta che valorizza la dimensione «forte» della potestà legislativa statale nella gestione della «situazione di emergenza (non tiene conto del fatto che essa) si manifesta con livelli d'incidenza differenti sull'intero territorio dello Stato (...) implicando necessariamente il ricorso a soluzioni territorialmente calibrate», confermando da questo punto di vista anche il ruolo della Corte che si rafforzerebbe «vist(o) nella totalità» dei suoi precedenti[40].

Da questa prospettiva, sicuramente incauta e tutt'altro che certa ed incontestabile è stata la scelta della Corte di agganciarsi alla profilassi internazionale dettata dall'esigenza di impedire «fughe in avanti» da parte delle Regioni per il timore che esse possano indebolire la strategia unitaria di prevenzione o far insorgere ingiustificate disparità di trattamento tra i cittadini.

Dalla sentenza non si evince l'ineludibilità del coinvolgimento delle Regioni attraverso l'attivazione di forme di concertazione e coordinamento nella fase amministrativo-gestionale dell'emergenza sanitaria in ossequio al principio di leale collaborazione, quanto piuttosto l'assenza di una strategia comune che tra l'altro, lungi dal rappresentare un'anomalia tipicamente italiana, costituisce invece un *vulnus* della strategia a livello internazionale, ma che in ogni caso non può essere «compensata» dal richiamo alla profilassi internazionale.

Da questo punto di vista, la pronuncia è indubbiamente destinata ad avere un impatto rilevante sul contesto ordinamentale, in quanto la scelta operata non si limita a sancire la primazia della decisione politica statale estesa anche alla determinazione delle specifiche misure di gestione dell'emergenza sanitaria[41], assumendo piuttosto il valore e il significato di rinuncia (temporanea?) al perseguimento di obiettivi e alla realizzazione di valori costituzionali che tuttavia non possono essere obliterati del tutto[42].

---

[39] Corte cost. 25 luglio 1984, n. 219.

[40] V. BALDINI, *Conflitto di competenze tra Stato e Regione nella lotta alla pandemia. Un sindacato politico della Corte costituzionale?*, in *www.dirittifondamentali.it* (6 aprile 2021); A. RUGGERI, *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in *www.giurcost.org* (18 dicembre 2019).

[41] Corte cost., 21 gennaio 2016, n. 10.

[42] C'è effettivamente il rischio di annichilimento delle competenze regionali in favore della creazione di una nuova categoria di competenze esclusive, rimettendo allo Stato la scelta in merito all'opportunità e alle modalità di coinvolgimento delle Regioni nella formazione degli atti che intercettano anche i loro interessi e le competenze.

ISSN 2036-7821

A tutto concedere, infatti, la partecipazione regionale alla decisione rimessa alla competenza esclusiva statale sotto forma di consultazione, in quanto espressione del principio di leale collaborazione, costituisce un obbligo e non una facoltà per lo Stato che intenda far valere la prevalente ma non assorbente competenza in materia, al fine di «garantire uniformità anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale»[43].

D'altra parte la stessa Corte costituzionale nella circostanza ha riconosciuto che di regola lo Stato è «tenuto a valersi dell'organizzazione sanitaria regionale»[44] in quanto entrambe concorrono con le rispettive azioni e poteri a garantire l'effettività e la tutela del «fondamentale diritto alla salute»[45] tramite la fissazione delle misure di prevenzione e di contenimento del contagio all'uopo attivando gli strumenti della leale collaborazione.

Di conseguenza, il rafforzamento delle competenze statali non deve tradursi nella sottrazione - ora e per il futuro - alle regioni di un ruolo di primo piano nella tutela della salute e della gestione dell'emergenza sanitaria, che sono proprio quei settori della società civile particolarmente sensibili e che ha(nno) messo drammaticamente in luce l'incapacità, determinata spesso dalla mancanza di una chiara volontà politica in tal senso, dei diversi livelli di governo di garantire un'adeguata tutela alla salute pubblica.

Non ha senso, quindi, parlare di «rivincita» centralistica né di «panregionalismo», quanto piuttosto apprezzare la dinamicità della salute e l'importanza della sua conservazione, da intendersi anch'essa non in senso statico, bensì dinamico, alla luce del principio di leale collaborazione che, insieme ai principi di sussidiarietà ed adeguatezza, appaiono determinanti nella ricerca del difficile ma non impossibile punto di equilibrio tra unitarietà e differenziazione.

Non è, infatti, la dimensione dell'interesse coinvolto, bensì la sua trasversalità che introduce un elemento di flessibilità nel riparto delle competenze e che, quindi, più e meglio del«l'esclusività (eventualmente) serve a creare una sorta di cintura di sicurezza in favore della legislazione statale finalizzata, alla conservazione della salute, anche con una normativa (e un intervento) più penetrante rispetto alla semplice determinazione degli *standards*, nel rispetto delle esigenze di tutela»[46] che sia costituzionalmente legittimo, all'uopo prevedendo in qualche misura il coinvolgimento delle Regioni titolari delle funzioni attratte dallo Stato, e proporzionato rispetto agli obiettivi perseguiti.

5. Conclusioni.

[43] Corte cost. sentenze nn. 270/2016 e 173/2014.
[44] Corte cost. sentenza n. 37/2021, cit., p.to 12 cons. dir.
[45] Id., p.ti 7.1 e 7.2 cons. dir.
[46] M. IMMORDINO, *La dimensione "forte" della esclusività della potestà legislativa statale*, cit., p. 8.

ISSN 2036-7821

Le suesposte considerazioni hanno evidenziato i rischi insiti nella scelta di riconoscere un margine decisionale troppo ampio allo Stato che, secondo l'interpretazione della Corte, sarebbe libero di rinunciare all'apporto regionale, in violazione del principio di leale collaborazione che invece rappresenta al contempo un principio e una garanzia ineludibile.

La decisione è densa di conseguenze che la Corte non ha preso in debita considerazione. Essa, infatti, ignorando ed obliterando di fatto il peso e l'importanza strategica delle regioni all'interno della politica sanitaria, finisce per mettere in discussione il primato della Costituzione nel sistema delle fonti, la vincolatività delle regole e dei principi e, quindi, il dovere dell'interprete di garantirne l'applicazione, alimentandosi la preoccupazione che per il futuro il suprematismo giudiziario[47] possa indurre la Corte ad «impiegare con disinvoltura le competenze legislative esclusive dello Stato nel contenzioso con le Regioni»[48] sancendo l'egemonia statale anche in altri settori.

E' probabile, quindi, che nel prossimo futuro il sindacato della Corte costituzionale sull'estensione delle competenze e dei poteri attribuiti dalla Costituzione si intensifichi a detrimento della Costituzione e in violazione della legge (quindi della funzione e dell'attività legislativa, sovente non preceduta tra l'altro da un'adeguata istruttoria parlamentare) delegittimando il Parlamento.

Quest'ultimo, infatti, specie nelle questioni di salute, si è rivelato non all'altezza del compito affidatogli, mostrandosi sovente reticente a raccogliere le sollecitazioni della Corte e, comunque, in difficoltà quando si è trattato di intervenire tempestivamente per disciplinare settori e/o materie caratterizzate da una intrinseca complessità che di recente l'accelerazione del processo di digitalizzazione in sanità ha ulteriormente aggravato. Non di rado, inoltre, la eccessiva frammentarietà e disorganicità delle leggi ne ha condizionato la concreta attuazione.

In tale contesto i conflitti competenziali tra lo Stato e le Regioni hanno favorito l'affermarsi della centralità del diritto giurisprudenziale della Corte costituzionale e delle sue decisioni che, infatti, per la peculiare capacità di incidere sulla realtà, sono dotate di una generale pervasività, tale per cui essa tra tutte le fonti di produzione del diritto ha assunto ad oggi un ruolo dominante, perennemente in bilico tra giurisdizione e politica[49].

In ogni caso, l'ampliamento del potere discrezionale della Corte amplifica il rischio della imprevedibilità del diritto e della decisione, nell'esercizio di una funzione che

[47] A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, p. 251 ss.; Id., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *www.federalismi.it* (5 maggio 2021).

[48] M. BIGNAMI, *La Corte costituzionale nel XXI secolo: ritorno al futuro*, in *www.questionegiustizia.it*, n. 4/2020.

[49] R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, p. 11.

ISSN 2036-7821

era (e resta) giurisdizionale e che probabilmente anche per il futuro sarà caratterizzata da un'impronta marcatamente centralistica e, quindi, progressivamente sempre più riduttiva delle garanzie dell'autonomia regionale portando ad un'indebita emarginazione delle Regioni[50].

Senza entrare nel merito del problema dello sconfinamento della Corte costituzionale in ambiti che esulano dalla sua competenza - quale ipotesi più significativa e pericolosa di degenerazione del cd. attivismo giurisprudenziale (cd. *judicial activism*) in contrapposizione con la cd. *judicial deference* nei confronti del legislatore[51] - e fermo restando che essa, «come ogni giudice, non può non considerare gli effetti pratici delle proprie decisioni (sforzandosi di ricercare) spazi giuridici maggiormente aderenti alla realtà»[52] evitando di incorrere nei rischi di un approccio minimalista nei giudizi in cui vengono in rilievo i diritti fondamentali e la loro tutela, è evidente che l'assetto complessivo del sistema va, senza dubbio, ripensato includendo i suddetti profili e aspetti problematici e rinunciando a ripristinare equilibri che si sono rivelati fin dall'origine precari per non dire inesistenti.

Ciò in quanto, come anche evidenziato di recente dalla dottrina, l'attuazione della riforma costituzionale potrebbe concretamente «"ridimensionare" l'azione della Corte costituzionale (che certamente non è in grado di prevedere *ex ante* gli effetti delle sue pronunce da cui possono derivare importanti cambiamenti istituzionali), agendo sugli altri elementi del contesto».[53]

---

[50] A. RUGGERI, *Dove va la giustizia costituzionale in Italia?*, in *www.dirittifondamentali.it*, fasc. 1/2021, p. 458. C. PADULA, *Le "spinte centripete" nel giudizio incidentale di costituzionalità*, in *www.questionegiustizia.it*, n. 4/2020. D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di* ri-accentramento *della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020. D. MORANA, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi* , in *AIC* n. 1/2018 (29 gennaio 2018) ha sottolineato che «il "moto centripeto" trova solidi agganci nella giurisprudenza costituzionale da cui emerge "la posizione egemonica dello Stato nella protezione del bene salute". Così com'è avvenuto nel caso deciso con la sentenza n. 37/2021 in cui la Corte ha ritenuto assorbite nella regolazione statale le competenze regionali per esigenze di unitarietà della disciplina, anche a costo di sacrificare il ruolo e l'apporto regionale che potrebbe essere affievolito se non addirittura assente.

[51] G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *www.questionegiustizia.it*, n. 4/2020. M. LUCIANI, *L'attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo*, ivi. M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e Legislatore*, in *Diritto e società*, n. 1/2020, p. 71 ss. R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2019, spec. p. 757 ss.

[52] G. LATTANZI, *Frammenti di un novennio (dicembre 2010 - dicembre 2019)*, in *www.questionegiustizia.it*, n. 4/2020. Come nel giudizio deciso con la sentenza n. 37/2021, le decisioni della Corte producono effetti che non sono circoscritti alle parti, ma comportano modifiche ordinamentali anticipando quello che potrebbe essere il futuro assetto dei rapporti e delle competenze tra i livelli di governo e, quindi, da questo punto di vista, assume quanto meno «il ruolo di co-determinatore dell'indirizzo politico» (così, F. BIONDI, *Il processo costituzionale*, in *www.questionegiustizia.it*, n. 4/2020).

[53] D. TEGA, *La Corte nel contesto*, ivi. In questo modo la Corte sarebbe costretta a rientrare nei ranghi riacquistando il suo ruolo nell'ordinamento costituzionale e, quindi, necessariamente «a tenere conto di vari livelli di complessità, interni ed esterni, e di adattarsi ad essi», riducendosi proporzionalmente il margine di scelta discrezionale in sede interpretativa ed applicativa di «concetti processuali controversi (come la "ridondanza" di problemi sostanziali sulle attribuzioni regionali)...». Tale approccio consentirebbe, altresì di ristabilire le basi del un rapporto dialettico con il legislatore e con la Costituzione, in cui compito della Corte costituzionale è appunto

ISSN 2036-7821

Concentrandosi sulla coerenza degli aspetti istituzionali e delle competenze definite nel Titolo V, Parte II, Cost., sugli equilibri complessivi e la funzionalità del sistema, a cominciare dal coinvolgimento regionale assicurato dall'intesa raggiunta in Conferenza o in qualsiasi altra forma idonea a preservarne il ruolo e l'apporto che diversamente sarebbe depotenziato, occorre sfruttare i vantaggi che derivano dall'impiego degli strumenti della leale collaborazione, puntando sulla compartecipazione delle regioni e delle autonomie locali nella definizione delle regole che intercettano materie di competenza concorrente[54].

In tale prospettiva, lo Stato dovrebbe assumere un ruolo non più antagonista, bensì di interlocutore diretto e, allo stesso tempo, di garante delle prerogative regionali e delle autonomie locali, stemperando le contrapposizioni in una prospettiva comune all'esito di una riforma costituzionale che contempli ruoli diversi e complementari a/tra tutti i livelli di governo, al fine di mantenere in capo alle regioni un margine concreto di operatività sul piano dell'emergenza ed i connessi profili di responsabilità politica nei confronti degli amministrati pena la deresponsabilizzazione degli enti territoriali[55].

Tale impostazione appare, altresì, coerente con «la trasformazione dell'amministrazione pubblica da potere a servizio; la riconosciuta centralità dei diritti della persona (e dei doveri di protezione); l'attenzione crescente riservata al modello (o, se si preferisce, alla "formula") della (legalità e della) amministrazione "di risultato" (...) e alla prospettiva di giustizia sostanziale da essa implicata»[56] nell'amministrazione dell'emergenza che richiede un approccio flessibile e non formalistico tipico dei sistemi chiusi in cui per definizione non c'è spazio per la collaborazione.

In un contesto in cui, tra l'altro, si «moltiplican(o) le occasioni di conflitto tra i diversi settori di competenza in relazione ai diversi interessi perseguiti ed al modo di realizzarli, il principio di leale collaborazione diviene il solo strumento idoneo ad assicurare che, nella mediazione, anche propositiva, formale e non formale, più che nella decisione, la realizzazione di uno di essi non si risolva nel pregiudizio totale e

---

quello di «fornire elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità» (ai sensi dell'art. 4-ter, commi 2 e 3 delle "Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale" come modificato nel gennaio 2020). Il virgolettato è di M. MASSA, *Corte costituzionale e minimalismo*, in *www.questionegiustizia.it*, n. 4/2020. Id., *Discrezionalità, sostenibilità, responsabilità nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali*, in *Quad. cost.*, n. 1/2017, p. 73 ss. Più di recente sul tema, cfr., N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *www.federalismi.it*, (27 gennaio 2021), Id., *"Stagioni creative" della giurisprudenza costituzionale? Una testimonianza (e i suoi limiti)*, in C. Padula (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, ES, Napoli, 2020, spec. p. 387 ss.

[54] R. BALDUZZI, *Indicazioni per un'agenda del 'dopo'*, in *Corti supreme e salute*, 2020; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *www.federalismi.it* (19 marzo 2020).

[55] A. MORELLI, A. POGGI, *Le Regioni per differenziare, lo Stato per unire. A ciascuno il suo*, in *www.dirittiregionali.it*.

[56] D. D'ORSOGNA, *Note su uguaglianza e differenza nella disciplina delle autonomie territoriali*, in *www.dirittoestoria.it*.

ISSN 2036-7821

definitivo dell'altro, ovvero con il sacrificio dell'autonomia politica regionale, di per sé insopprimibile perché indisponibile ex art. 139 Cost. nonché con la deroga, per intero, di fondamentali ambiti normativi, statali e regionali»[57].
Esso, pertanto, giammai può essere degradato e ridotto a una questione di mera «opportunità» che indebolisce notevolmente fino al punto di compromettere irrimediabilmente la competenza sanitaria regionale[58], ma piuttosto va riconosciuto e rivalutato come risvolto istituzionale della solidarietà e strumento indispensabile per garantire l'equilibrio tra i livelli di governo, nei rapporti interni che devono essere improntati alla collaborazione ed integrazione reciproca.
L'obiettivo, quindi, in una prospettiva rovesciata rispetto alla visione della Corte costituzionale, è quello di frenare le iniziative autonome del legislatore statale che, come è già avvenuto in passato, anche nella materie attribuite alla potestà legislativa concorrente non si limiterà anche per il futuro a dettare i principi fondamentali[59].
Ciò vale a maggior ragione nei rapporti con l'UE, rispetto ai quali il principio di leale collaborazione deve poter operare sottolineando l'ineludibilità del coinvolgimento primario della dimensione sovranazionale[60] per la necessità di garantire un maggior coordinamento tra gli Stati membri e l'Unione europea nel quadro degli interventi indicati dalla Commissione nella Communication on the early lesson from the Covid-19 pandemic del 15 giugno scorso[61].
Al netto delle misure già adottate nel corso dei mesi, tra cui si segnala l'approvazione del programma Eu4Health in vigore dal 26 marzo u.s. volto a «rafforzare la resilienza dei sistemi sanitari rendendoli più forti e migliorandone l'accesso e l'uso efficiente delle risorse e promuovere l'innovazione nel settore sanitario» al fine di garantire un livello elevato di protezione della salute umana in tutte le politiche e le attività dell'Unione in linea con l'approccio "One Health", le proposte di costruzione di una Unione europea della salute puntano, in particolare, alla revisione delle competenze sanitarie dotando l'Ue di poteri di iniziativa specifici che, anziché intaccare le prerogative degli Stati, ne rafforzerebbero la consapevolezza e le capacità di intervento[62].
La riforma delle competenze dell'UE in materia sanitaria potrebbe fornire uno slancio al progetto di riforma del SSN come delineata dal PNRR, nonché

[57] V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e personalismo "asimmetrico" nelle politiche regionali. Aspetti problematici … e rischiosi*, in *www.dirittifondamentali.it*; M. COSULICH, *Lo Stato regionale alla prova dell'emergenza virale*, in *Corti Supreme e Salute* 1/2020.
[58] Corte cost. n. 37/2021, p.ti 9 e 12 cons. dir.
[59] D. MORANA, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *AIC*, 1/2018. R. BALDUZZI, D. PARIS, *La specialità che c'è, ma non si vede. La sanità nelle Regioni a Statuto speciale*, in *Corti supreme e salute*, 1/2018.
[60] M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, in *www.cortecostituzionale.it*.
[61] In htpps://ec.europa.eu/info/files/communication-early-lesson-covid-19-pandemic_en.
[62] Cfr., Conferenza sul futuro dell'Europa, *Relazione intermedia* (agosto 2021), in htpps://futureu.europa.eu.

ISSN 2036-7821

all'attuazione delle proposte di *governance* e del riparto dei fondi sulla scia di quanto previsto dal Bilancio dell'Unione Europea 2021-2027 e dal *Recovery Fund* che valorizzando il peso e l'importanza strategica delle regioni all'interno della politica sanitaria, riconosce ad esse un ruolo di primo piano nella realizzazione degli interventi e dei progetti previsti nel PNRR finalizzati al raggiungimento dell'obiettivo della missione salute territoriale.
Se ne deduce, quindi, che l'efficacia dello stesso PNRR e l'impatto sociale ed economico dello stesso in questo specifico settore dipenderanno dalla capacità dello Stato di promuovere l'equilibrio istituzionale attraverso la cooperazione tra i livelli di governo che si attua attraverso il principio di sussidiarietà in senso sia verticale che orizzontale valorizzando il modello di gestione collaborativo che rappresenta la chiave di volta del sistema delle competenze a livello sia interno che europeo ed impone forme di coordinamento istituzionali più efficaci[63].

[63] V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e personalismo "asimmetrico"*, cit.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il rapporto fra ordinamento del calcio e ordinamento generale al tempo del Covid (*).

di Giovanni Martini

(Professore associato di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Oggetto, ragioni, obiettivo e metodo dell'indagine. – 2. Il rapporto fra ordinamento del calcio e ordinamento generale nell'orientamento del Giudice sportivo. – 3. Il rapporto fra ordinamento del calcio e ordinamento generale nell'orientamento del Giudice amministrativo. – 3.1. Le ragioni alla base dei decreti cautelari. – 3.2. L'individuazione del dato normativo applicabile. – 3.3. La valutazione del periculum in mora. – 4. Brevi osservazioni conclusive.

Abstract

The brief reflections that follow are aimed at investigating how the pandemic emergency has influenced the delicate relationship between the order of football and the general one, exacerbating the traits of conflict.

This is not the place to clarify the reasons that lead us to believe that, due to the level of complexity and development achieved, as well as the interests that it manages to coagulate around itself (and regulate), the organization responsible for the game of football has now achieved full dignity of autonomous system within the wider, although also autonomous, sports system. Therefore, and not without a minimum of assertiveness, the legal configurability of a football system is given, herein, for granted, in order to reason on the contrasting profiles with the general system, exacerbated by the pandemic in progress.

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

ISSN 2036-7821

1. *Oggetto, ragioni, obiettivo e metodo dell'indagine.*

Le brevi riflessioni che seguono sono volte ad indagare in che modo l'emergenza pandemica abbia influito sul delicato rapporto fra l'ordimento del gioco del calcio e quello generale, acuendone i tratti di conflittualità.

Non è questa la sede per chiarire le ragioni che inducono a ritenere che, per il livello di complessità e sviluppo conseguito, nonché per gli interessi che riesce a coagulare attorno a sé (e regolare), l'organizzazione preposta al gioco del calcio abbia oramai raggiunto piena dignità di ordinamento autonomo nell'ambito del più ampio, sebbene anch'esso autonomo, ordinamento sportivo[1]. Pertanto, e non senza un minimo di assertività, la giuridica configurabilità di un ordinamento del gioco del calcio viene data, in questa sede, per acquisita, al fine di ragionare sui profili di contrasto con l'ordinamento generale, acuiti dalla pandemia in corso.

Le ragioni del conflitto sono agevoli da individuare. La necessità di contenere i contagi, che ispira l'azione delle amministrazioni pubbliche a ciò preposte, si scontra, inevitabilmente, con l'interesse proprio di tale ordinamento settoriale a non interrompere o limitare lo svolgimento delle competizioni sportive, in quanto costituenti non soltanto l'oggetto precipuo della sua azione, ma anche la principale fonte di sostentamento e guadagno.

Non appare, infatti, revocabile in dubbio che il diffondersi dell'epidemia da Covid-19 ha avuto l'effetto di estendere l'attenzione degli organi pubblici[2], deputati alla protezione della salute pubblica, nei confronti di aspetti anche attinenti all'organizzazione del gioco che, in periodi non emergenziali, sarebbero stati rimessi interamente alla regolazione dell'ordinamento del calcio. Di contro vi è la tendenza di quest'ultimo a porsi come sistema di regole chiuso, e dunque la pretesa a disciplinare, in maniera tendenzialmente autonoma, tutti i fenomeni che riguardano – anche indirettamente – i rapporti connessi alla organizzazione ed allo svolgimento degli eventi sportivi.

È così accaduto che l'organizzazione per lo svolgimento delle gare di calcio, e dunque (non le regole del gioco, ovviamente, bensì) le modalità degli spostamenti per le trasferte dei calciatori, l'utilizzo degli ambienti delle infrastrutture sportive, i controlli sanitari da effettuare nell'imminenza di una competizione, hanno finito per essere oggetto di regolazione, spesso disallineata, da parte di entrambi gli ordinamenti. Ed infatti, mentre la regolazione statale è volta (almeno principalmente) a prevenire la diffusione dei contagi come fonte di pericolo (anche letale) per la salute pubblica, la disciplina dettata dall'ordinamento del calcio tende, invece, a

---

* Il presente saggio è destinato agli Scritti in onore di Maria Immordino.

[1] I motivi di una siffatta scelta sono chiariti in G. MARTINI, *Ordinamento del calcio e ordinamento giuridico generale. Il diritto amministrativo in un settore di rilevante interesse economico-sociale*, in corso di pubblicazione.

[2] Per un approfondimento sul punto, fra i numerosi studi, si v., in particolare, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Emergenza pandemica e strumentario giuridico-istituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2021, pp. 83 ss.

ISSN 2036-7821

mediare siffatta finalità con quella, propriamente sportiva, consistente nel garantire lo svolgimento delle competizioni nella maniera più normale possibile, il che rappresenta pur sempre la ragion d'essere, nonché la principale fonte di reddito, di questo ordinamento.

Ciò ha comportato per le Società sportive il rischio di incorrere nell'applicazione di sanzioni endoassociative, per aver violato regole e protocolli sportivi in ottemperanza a disposizioni e/o ordini dell'autorità statale. Proprio su questo peculiare profilo del contrasto fra ordinamento generale e ordinamento del calcio si intende porre il fuoco dell'attenzione, riflettendo sulla recentissima giurisprudenza del Giudice sportivo (d'ora in poi G.S.) da un lato[3], e del Giudice amministrativo (d'ora in poi G.A.) dall'altro[4].

Del resto, se è indubbia la primazia dell'ordinamento generale, nondimeno l'applicazione della disciplina di origine sportiva – lo si chiarirà a seguire – può giungere, nella sua concreta applicazione, fino a negarla.

Chiarito l'obiettivo dell'indagine, e spiegate le ragioni che la giustificano, qualche rapido accenno va fatto al metodo che si impiegherà. Naturalmente, indugiare troppo sul metodo scientifico nel campo del diritto – su cui ampio è il dibattito in dottrina[5] – porterebbe lo studio oltre i suoi circoscritti obiettivi. Limitandosi quindi a meramente dichiarare quello qui assunto, si procederà combinando induzione e deduzione: partendo dall'esame del diritto vivente, ricavato induttivamente dallo studio della giurisprudenza, le conclusioni alle quali i giudici sono pervenuti

[3] Utilizzando come cartina di tornasole una recentissima decisione del G.S.: si tratta della decisione del G.S. per la Serie A n. 53, di cui al comunicato ufficiale n. 140 del 18/1/2022, relativa alla gara Udinese – Salernitana del 21/12/2021, il cui testo è disponibile all'indirizzo *www.legaseriea.it/it/sala-stampa/comunicati*.

[4] Prendendo in esame quattro pronunce, aventi ad oggetto la medesima fattispecie: si tratta di Tar Piemonte, 8/1/2022, decr. n. 5/2022, Tar Friuli Venezia Giulia, 8/1/2022, decr. n. 1/2022, Tar Emilia-Romagna, Bologna, 8/1/2022, decr. n. 5/2022 e Tar Campania, Salerno, 8/1/2022, decr. n. 3/2022, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[5] Senza pretesa di esaustività si può rinviare ai contributi di: N. BOBBIO, voce *Metodo*, in *Nss. Dig. it.*, vol. X, 1964, pp. 602 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *In limine*, in *Dir. pubbl.*, 1, 1995; S. CASSESE, *Alla ricerca del sacro Graal. A proposito della rivista* diritto pubblico, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, pp. 789 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Il puro folle e il perfetto citrullo (Discutendo con Sabino Cassese)*, in *Dir. pubbl.*, 3, 1995, pp. 639 ss.; N. IRTI, *Nichilismo e metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, pp. 1159 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Pluralità dei metodi ed unità della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 3-4, 1998, pp. 651 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, pp. 11 ss.; L. IANNOTTA, *Dialogo sul metodo: osservazione e ricostruzione delle vicende giuridiche reali*, in *Dir. amm.*, 1, 2003, pp. 133 ss.; G.U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2003, pp. 833 ss.; A. TRAVI, *Il metodo nel diritto amministrativo e gli 'altri saperi'*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2003, pp. 865 ss.; S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *AIPDA Annuario 2006*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 87 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il ruolo del giurista studioso nel processo di modernizzazione della P.A.*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2016, pp. 1019 ss.; M. D'ALBERTI, *Metodo e metodi di studio dell'amministrazione pubblica*, in L. TORCHIA (a cura di), *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 31 ss.; C. DE FIORES, *Ascesa e declino del metodo orlandiano*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, pp. 21 ss.; C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2019, pp. 549 ss.; S. RODOTÀ, *Un metodo tra i metodi?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, pp. 273 ss.; S. PENASA, *Ai confini del diritto pubblico: ibridazione dei metodi e identità epistemologiche nel prisma del primato della Costituzione*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando* reloaded, FrancoAngeli, Milano, 2020, pp. 171 ss.

ISSN 2036-7821

verranno scrutinate, in via deduttiva, alla luce «della *teoria generale del diritto*, della *logica giuridica* e dei *principi e valori* fondamentali dell'ordinamento»[6].

2. *Il rapporto fra ordinamento del calcio e ordinamento generale nell'orientamento del Giudice sportivo.*

Come chiarito in premessa, l'analisi della giurisprudenza del G.S. ha ad esclusivo oggetto la vicenda sottoposta al suo vaglio che ha origine dalla rinuncia della Unione Sportiva Salernitana Calcio a disputare la gara di campionato contro l'Udinese, prevista in calendario per la data del 21 dicembre 2021, in ottemperanza al provvedimento di quarantena precauzionale imposto dalla ASL di Salerno.

Il ragionamento alla base della pronuncia, che appare poco condivisibile, può così riassumersi. Pur partendo dalla corretta osservazione che «Gli atti e provvedimenti delle Aziende sanitarie locali […] finché validi ed efficaci […] costituiscono "atti amministrativi di fonte superiore rispetto alle norme federali, che cedono di fronte ai medesimi"»[7], il G.S. giunge comunque ad escludere che nella specie possa configurarsi una ipotesi di cd. *factum principis*, in grado di impedire l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 55 delle NOIF della FIGC[8], in quanto l'evento impediente (il provvedimento della ASL) «ha visto in qualche modo causalmente compartecipe la stessa società che invoca l'esimente»[9].

A tale conclusione il G.S. perviene esaminando i contenuti della interlocuzione scritta fra la Salernitana e la ASL, di cui al carteggio acquisito agli atti, nonché le modalità organizzative predisposte per il trasferimento della squadra a Udine.

Più in dettaglio, dalla lettura della decisone si apprende che alla comunicazione del primo caso di positività al Covid-19 fra i propri atleti, «segnalato alle ore 12.40 del 20 dicembre»[10], seguivano, per l'emersione di nuovi casi di positività, ulteriori tre e-mail[11] «che facevano riferimento a tutta una serie di potenziali rischi da contatto stretto per avvenuti pranzi e condivisione di locali»[12]. Dal contenuto di queste e-mail il giudicante ricava un primo argomento per fondare il proprio convincimento che il provvedimento interdittivo, emesso dall'ASL la medesima sera, «fosse in qualche modo "auspicato" (se non direttamente sollecitato)»[13].

---

[6] Così G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il ruolo del giurista studioso nel processo di modernizzazione della P.A.* cit., p. 1029 (corsivi dell'A.).

[7] Decisione n. 53/2022 cit.

[8] Secondo quanto stabilito dall'art. in parola: «Le squadre che non si presentano in campo nel termine di cui all'art. 54, co. 2, sono considerate rinunciatarie alla gara con le conseguenze previste dall'art. 53, salvo che non dimostrino la sussistenza di una causa di forza maggiore».

[9] Decisione n. 53/2022 cit.

[10] Così il testo della decisione n. 53/2022 cit.

[11] Secondo quanto riferisce il Giudice ciò sarebbe avvenuto alle ore 20.45, alle 22.16 ed infine alle 23.00 del 20 dicembre 2021, giorno precedente a quello previsto per la gara contro l'Udinese.

[12] Decisione n. 53/2022 cit.

[13] Così ancora la decisione n. 53/2022 cit.

ISSN 2036-7821

Un secondo elemento da cui ricavare la precostituita intenzione di non recarsi ad Udine per lo svolgimento dell'incontro, viene poi rinvenuto dal Giudice nel fatto che la Salernitana aveva programmato il trasferimento della squadra tramite un volo di linea, e non con apposito *charter*. In tal modo ometteva di fare applicazione delle «cautele che, nel rispetto dei Protocolli e secondo i criteri dell'ordinaria diligenza, le avrebbero consentito la trasferta in "bolla" e in sicurezza del gruppo squadra, isolate le accertate positività, nel rispetto delle prescrizioni sanitarie generali e specifiche per il settore»[14].

E così, esclusa l'applicabilità dell'esimente sportiva della forza maggiore (nella forma del cd. *factum principis*), il G.S. irroga alla Società campana la sanzione della sconfitta per 3-0 con la decurtazione di un punto in classifica. La Salernitana – come accadde per la Società Sportiva Calcio Napoli lo scorso anno[15] –, viene punita per aver contribuito, con il proprio comportamento, a creare le condizioni che hanno legittimato l'ASL competente ad emanare il provvedimento che ha poi vietato la trasferta di Udine[16].

Ora, la decisione in esame – al pari di quella appena richiamata resa dal medesimo giudice nei confronti del Napoli[17] –, solleva notevoli dubbi riguardanti l'*iter* argomentativo utilizzato, portando a riflettere sulle finalità realmente perseguite, da valutarsi alla luce dei rapporti intercorrenti fra ordinamento generale e ordinamento del calcio in un momento di particolare conflittualità.

A voler seguire il ragionamento del G.S., il comportamento negligente (se non addirittura dolosamente preordinato a non disputare l'incontro) posto in essere dalla Salernitana dovrebbe ricavarsi, per un verso, dalle numerose e ravvicinate interlocuzioni con la ASL. Interlocuzioni volte, non solo a comunicare il numero dei contagiati all'interno del gruppo squadra, ma anche a rappresentare i timori per una possibile, ancor maggiore, estensione dei contagi.

Un siffatto contegno – a dire il vero –, sembra tutt'altro che negligente, ed anzi assolutamente doveroso, a meno di non voler ritenere che, al fine di evitare l'applicazione della sanzione sportiva, la Salernitana avrebbe dovuto tacere all'autorità sanitaria della insorgenza dei nuovi positivi unitamente alle circostanze da cui poter dedurre le reali potenzialità espansive del contagio.

Per altro verso, il comportamento scorretto della Salernitana sarebbe rinvenibile nelle modalità della trasferta organizzata mediante l'utilizzo di un volo di linea, e non di

[14] Così recita la decisione n. 53/2022 cit. all'ultimo punto dei motivi di diritto.

[15] Si tratta, com'è ben noto, della analoga vicenda, originata dalla mancata partenza del Napoli per la trasferta di Torino contro la Juventus, in ottemperanza ad un provvedimento della ASL, poi terminata con il pieno riconoscimento delle ragioni della Società partenopea ad opera del Collegio di Garanzia del CONI, ultimo grado della giustizia sportiva (decisione n. 1 del 7 gennaio 2021).

[16] Come riferito dal G.S., il provvedimento della ASL dispone la «sospensione dell'attività della squadra e della partecipazione ad eventi sportivi».

[17] Si tratta della decisione n. 56/2020, di cui al Comunicato Ufficiale n. 65 del 14/10/2020.

ISSN 2036-7821

un *charter* così da garantire il viaggio ad Udine 'in bolla'. Anche questo argomento merita un giudizio critico, giacché appare inidoneo ad escludere la sussistenza della forza maggiore.

A ben riflettere, infatti, l'utilizzo del *charter* non costituisce un obbligo per la Società sportiva, in quanto il protocollo federale si limita a stabilire che «è opportuno […] evitare l'attraversamento dell'aeroporto, privilegiando, sempre laddove possibile, soluzioni charter a quelle dei voli di linea»[18]. Non si comprende, pertanto, in base a quale logica il legittimo esercizio di una facoltà, espressamente riconosciuta, debba essere qualificato come condotta negligente.

Potrebbe opinarsi diversamente se la scelta per il volo di linea, in luogo del *charter*, fosse stata presa successivamente all'accertamento della prima positività Covid-19. Tuttavia considerando che la comunicazione di questa – lo si ricava dal testo della decisione – è avvenuta alle 12,40 del 20 dicembre (giorno anteriore a quello della trasferta) è del tutto ragionevole presupporre che – seguendo la normale diligenza organizzativa – le modalità della trasferta fossero state già definite ben prima, in un tempo nel quale non fosse ipotizzabile lo scenario da ultimo manifestatosi.

Le circostanze fattuali, dunque, mal si prestano a sostenere il ragionamento del G.S. Altrettanto è a dirsi con riguardo alle ragioni giuridiche poste alla base del *decisum*.

Ed invero, attesa la non discutibile la primazia del diritto statale su quello dell'ordinamento settoriale del calcio, non sembra potersi dubitare che la regola da applicare nel caso di specie poteva essere solo ed unicamente quella contenuta nella Circolare del Ministero della Salute del 18 giugno 2020 (in vigore al verificarsi del fatto), secondo la quale – fermo restando l'obbligo della società sportiva di informare correttamente l'autorità sanitaria territoriale circa le reali dimensioni del contagio – spetta al Dipartimento di prevenzione dell'ASL fornire «informazioni e indicazioni chiare, anche per iscritto, sulle misure precauzionali da attuare ed eventuale documentazione informativa generale sull'infezione da SARS-CoV-2, comprese le modalità di trasmissione, gli interventi di profilassi necessari (sorveglianza attiva, quarantena, ecc.), le istruzioni sulle misure da attuare in caso di comparsa di sintomatologia e la descrizione dei possibili sintomi clinici».

Non v'è chi non veda che l'obbedienza prestata a queste prescrizioni integri un preciso dovere giuridico al quale non è in alcun modo consentito sottrarsi, dovendosi pertanto escludere ogni conseguenza sanzionatoria, anche di natura sportiva.

L'assunto sembra essere difficilmente opinabile trovando espressa esplicitazione da parte delle Sezioni Unite del Collegio di Garanzia dello Sport (ultimo grado della

[18] Si tratta delle «Indicazioni Generali per la pianificazione, organizzazione e gestione della Stagione Sportiva 2021/2022», versione 4 (applicabile alla fattispecie *ratione temporis*), adottate dalla F.I.G.C. in data 3 dicembre 2021, consultabili in *www.figc.it/it/federazione/norme/protocolli-allenamenti-e-gare-nell-emergenza-covid-1/stagione-2021-2022/*.

ISSN 2036-7821

giustizia sportiva)[19], secondo le quali «la richiesta di informazioni e chiarimenti», e, dunque, a maggior ragione, la scrupolosa comunicazione delle circostanze del contagio, «lungi dall'essere un atto preordinato a precostituire un elemento per non adempiere all'obbligo rimesso, è invece la diretta applicazione della richiamata Circolare, che è l'atto normativo gerarchicamente superiore, rispetto al quale cedono tutte le norme federali incompatibili con il medesimo»[20].
La pronuncia del G.S. in esame – com'è evidente – sebbene richiami il principio di primazia dell'ordinamento generale e delle sue regole, nel decidere lo tradisce, lanciando inequivocabilmente il segnale di restare funzionalizzato all'esclusivo interesse dell'ordinamento sportivo, trascurando di coniugarlo con quello superiore[21]. E cioè operando con unicamente obiettivo di non interrompere, od anche solo rallentare, il flusso di introiti che ridonda sul gioco del calcio[22].

3. *Il rapporto fra ordinamento del calcio e ordinamento generale nell'orientamento del Giudice amministrativo.*
Di recente, anche il G.A. ha avuto modo di esprimersi sul rapporto fra ordinamento generale e ordinamento sportivo. A provocarne l'intervento è stata l'adozione, da parte delle autorità sanitarie territorialmente competenti, del provvedimento di cd. 'quarantena precauzionale' (impositiva del divieto di allontanamento dal proprio domicilio) nei confronti di tutti gli atleti, tesserati in prima squadra, delle Società Sportive Torino, Udinese, Salernitana e Bologna.
Più in dettaglio, la ASL di Torino, accertata la presenza di 8 casi di positività al Covid-19, ha disposto «il divieto di allontanamento dal domicilio di tutti gli appartenenti al gruppo», prescrivendo, altresì, «l'obbligo di isolamento per i soggetti

[19] Nella richiamata analoga vicenda riguardante la rinuncia del Napoli alla trasferta di Torino, si v. *retro* alla nt. 15.
[20] Collegio di Garanzia dello Sport, Sez. Un., decisione n. 1 del 7 gennaio 2021, in *www.coni.it/it/attivita-istituzionali/collegio-di-garanzia-dello-sport/giudizi/giudizi-2021.html*.
[21] Il G.S. – come è stato fatto notare da G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Adesso basta, misura è colma*, in *www.tuttonapoli.net*, 24/1/2022 – mostra così «di servire – e con goffa disinvoltura – un interesse, quello dell'autonomo sì, ma non sovrano (e perciò sottostante), ordinamento sportivo, ormai sempre più spudoratamente finalizzato a conseguire un solo scopo (ben lontano da quello nobile dello sport): fare soldi».
[22] Ne è ulteriore, esplicito, esempio il recente Comunicato Ufficiale della Lega Calcio, n. 126 del 6/1/2022, rubricato «Regole relative a impatto covid-19 gestione casi di positività e rinvio gare», il quale così dispone: «1. qualora uno o più calciatori dello stesso Club risultassero positivi al virus SARS-CoV-2 la gara sarà disputata, secondo il calendario di ciascuna competizione, purché il Club in questione abbia almeno tredici calciatori (di cui almeno un portiere) tra quelli iscritti nelle rose della Prima Squadra e della formazione Primavera nati entro il 31 dicembre 2003, risultati negativi ai test entro il termine del punto 4; 2. qualora il Club non disponga del numero minimo di calciatori di cui al punto 1, la Lega, delibererà di conseguenza; 3. qualora il Club sia in grado di disporre del suddetto numero minimo di calciatori e comunque non presenti in campo la squadra, subirà le sanzioni previste dall'articolo 53 delle N.O.I. F.». Questa disciplina, precisa il medesimo Comunicato, è funzionale ad assicurare «l'obiettivo primario di garantire la disputa di tutte le Competizioni organizzate dalla Lega Nazionale Professionisti Serie A nell'interesse delle Associate, dei Licenziatari dei diritti audiovisivi, dei Tifosi e degli Sponsor».

ISSN 2036-7821

positivi al tampone e, al contempo, il divieto generalizzato di allontanamento dal domicilio per i soggetti asintomatici (vaccinati e non vaccinati)»[23].
In maniera ancor più stringente, l'Azienda Sanitaria Universitaria del Friuli Centrale, «accertato che nel Gruppo Squadra dell'Udinese Calcio si sono verificati 11 casi di positività al COVID», ha stabilito «il divieto di esercitare sport di squadra di contatto dal 5 al 9 gennaio 2022»[24]. E così anche la AUSL di Bologna nel cui provvedimento – lo riferisce il decreto del G.A. – si stabilisce «che tutti i componenti del gruppo squadra non potranno partecipare ad eventi sportivi ufficiali per almeno 5 giorni fino al 09/01/2021 e comunque per ognuno dei componenti valgono le suddette prescrizioni fino alla risoluzione completa dei relativi provvedimenti»[25].
Una prescrizione di comportamento maggiormente articolata è, invece, quella adottata dalla ASL di Salerno, che, a seguito della verifica di 5 casi di positività al Covid-19 «nel "Gruppo Squadra" della "U.S. Salernitana 1919"», ha disposto «l'obbligo di isolamento per i soggetti positivi al tampone; l'obbligo di quarantena domiciliare per 5 giorni per i componenti della squadra con ciclo vaccinale completato da più di 120 giorni o con green pass valido, se asintomatici»[26].
Quale conseguenza dei descritti provvedimenti, tutte le società sportive sottoposte all'obbligo di quarantena comunicavano alla Lega Nazionale Professionisti Serie A (d'ora innanzi Lega Calcio) l'impossibilità di prendere parte alle gare di campionato in programma il 6 ed il 9 gennaio 2022.
Preso atto del vincolo imposto dall'autorità sanitaria, la Lega Calcio, mutando il proprio pregresso approccio[27], ha proceduto all'impugnazione di tali provvedimenti restrittivi dinanzi ai Tribunali amministrativi territoriali, ottenendo tre decreti cautelari di accoglimento, da parte dei Tar del Piemonte, del Friuli Venezia Giulia e

[23] Così si legge nella premessa fattuale di Tar Piemonte, 8/1/2022, decr. n. 5/2022, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[24] In tal senso è la descrizione dei fatti effettuata da Tar Friuli Venezia Giulia, 8/1/2022, decr. n. 1/2022, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Il Giudice chiarisce ulteriormente che il divieto imposto dalla Asl riguardava «tutti gli atleti: sia per quelli sottoposti al (mero) regime di autosorveglianza, sia per quelli evidentemente sottoposti a quarantena».

[25] Cfr. la ricostruzione dei fatti effettuata da Tar Emilia-Romagna, Bologna, 8/1/2022, decr. n. 5/2022, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[26] Così Tar Campania, Salerno, 8/1/2022, decr. n. 3/2022, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[27] Il riferimento corre alla irrogazione della sanzione sportiva della sconfitta a tavolino e della penalizzazione in classifica di un punto nei confronti della Società Sportiva Calcio Napoli, per non aver disputato l'incontro di campionato con la Juventus F.C. in quanto colpita da un provvedimento di quarantena precauzionale del medesimo tenore di quelli descritti. Vicenda, com'è ben noto, conclusasi, dopo tre gradi di giustizia sportiva, con una decisione favorevole alla compagine partenopea da parte delle Sezioni Unite del Collegio di Garanzia del CONI, secondo cui «Quegli atti rappresentano il c.d. factum principis, che ha impedito la prestazione della SSC Napoli, sia perché entrambi sono atti amministrativi di fonte superiore rispetto alle norme federali, che cedono di fronte ai medesimi, sia perché applicativi di una Circolare emergenziale del Ministero della Sanità, sia perché coerenti proprio con il procedimento previsto dal comma 6 della richiamata Circolare» (in *www.coni.it/images/collegiodigaranzia/2021/Decisione_n._1-2021_-_Ric._111-2020_-_Napoli-FIGC_e_altri.pdf*).

ISSN 2036-7821

della Campania (Sez. di Salerno), ed una pronuncia di diniego, da parte del Tar dell'Emilia Romagna.
Per effetto di queste decisioni cautelari, tutte le gare della ventunesima giornata del massimo campionato di calcio sono state disputate, rimanendo sospeso unicamente l'incontro fra le squadre del Cagliari e del Bologna, da subito rinviato alla data dell'11 gennaio, e cioè due giorni dopo la scadenza del periodo di quarantena obbligatoria disposta dall'AUSL di Bologna.

3.1. *Le ragioni alla base dei decreti cautelari.*
Con la sola eccezione della pronuncia del Tar dell'Emilia Romagna, che, rigettando la richiesta cautelare, si limita, in maniera forse eccessivamente sbrigativa, a ribadire il principio generale in virtù del quale «risulta prevalente […] la tutela dell'interesse pubblico fondamentale alla salvaguardia della sicurezza sanitaria collettiva rispetto all'interesse privato, economico e sportivo fatto valere in giudizio dalla società ricorrente»[28], tutte le altre decisioni di accoglimento si soffermano a ricostruire in maniera più ampia, sebbene sostanzialmente pedissequa, il quadro normativo di riferimento, da cui discenderebbe l'illegittimità, almeno *prima facie*, dei provvedimenti impugnati, e le ragioni di urgenza che giustificherebbero l'emissione del provvedimento cautelare.
L'esame delle decisioni in parola rivela numerosi elementi di criticità, relativi, sia alla corretta individuazione ed interpretazione del dato normativo applicabile, sia alla sussistenza del *periculum in mora* posto a fondamento dei decreti di sospensione.

3.2 *L'individuazione del dato normativo applicabile.*
Tutti i decreti di accoglimento, al fine di sostenere l'illegittimità dei provvedimenti di quarantena emanati dall'Autorità sanitaria territorialmente competente, fanno propri due ordini di considerazioni.
Anzitutto, i Giudici amministrativi di prime cure ritengono violata, da parte dei provvedimenti impugnati, la disciplina di cui all'art. 2, D.L. 229/2021, che, introducendo il co. 7-bis all'art. 1, D.L. 33/2020[29], esclude dall'obbligo di quarantena «coloro che, nei 120 giorni dal completamento del ciclo vaccinale primario o dalla guarigione o successivamente alla somministrazione della dose di richiamo, hanno avuto contatti stretti con soggetti confermati positivi al COVID-19»[30]. La disposizione

[28] Il testo del decreto è consultabile all'indirizzo *www.giustizia-amministrativa.it*. La 'frettolosità' della pronuncia cautelare è dimostrata, non soltanto dalla estrema sinteticità della motivazione, che non caratterizza, invece, i decreti di accoglimento emessi dagli altri Tar aditi, ma anche dal fatto che la Lega Nazionale Professionisti Serie A viene erroneamente indicata come società ricorrente e non come associazione (non riconosciuta), secondo quanto stabilito all'art. 1 del relativo statuto (in *www.lega-pro.com/pdf/statuto-legapro.pdf*).
[29] Recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19» (convertito con modificazioni dalla L. 74/2020).
[30] Così all'art. 2, co. 1, del D.L. 229 del 30/12/2021, in *www.normattiva.it*.

ISSN 2036-7821

– non manca di rilevarlo il Tar Piemonte – stabilisce altresì che a tali soggetti «è fatto obbligo di indossare dispositivi di protezione delle vie respiratorie di tipo FFP2 fino al decimo giorno successivo alla data dell'ultimo contatto stretto con soggetti confermati positivi al COVID-19»[31].

Ugualmente sarebbe stata violata la circolare del Ministero della Salute del 18 giugno 2020 – che i giudici amministrativi aditi definiscono, sia pur in parentesi, «tuttora vigente»[32] –, con la quale «si è stabilito, con specifico riguardo alle attività sportive, che, nel caso di quarantena dell'intero "Gruppo Squadra" per la accertata positività di uno o più componenti dello stesso, l'intero gruppo possa essere posto "in bolla" e possano così svolgersi gli allenamenti e le partite dei campionati professionistici, previa effettuazione di test nel giorno della gara»[33].

Ad un attento esame, le riferite argomentazioni suscitano significative perplessità, relativamente tanto all'interpretazione del dato normativo (ammesso e non concesso si tratti sempre di fonti giuridiche) che i Giudici espressamente richiamano, quanto (forse soprattutto) a quel che del medesimo dato omettono di considerare.

Per ragioni di sistematicità nella ricostruzione della normazione rilevante, sembra maggiormente proficuo muovere proprio dall'esame della circolare ministeriale del 18 giugno 2020, sulla cui violazione i vari Tribunali aditi insistono particolarmente al fine di ricavare l'illegittimità dei provvedimenti impugnati.

In primo luogo – ma sul punto si avrà modo di tornare allorquando verranno esaminate le novità introdotte dal recente D.L. 229/2021 –, adoperare come parametro di legittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati una circolare ministeriale, dai contenuti (almeno per la gran parte) esplicativi, sembra operazione giuridicamente assai discutibile. Così come appare improprio (per descrivere la 'rilevanza' della circolare al fine di decidere sulla domanda proposta) l'utilizzo dei sintagmi «tuttora vigente» e «perdurante efficacia», che andrebbero più correttamente riferiti ad atti qualificabili, senza incertezze, come fonti del diritto obiettivo[34].

L'impianto motivazionale che sorregge i decreti di accoglimento però solleva dubbi ancor più consistenti con riguardo alla circolare del giugno 2020, una parte

[31] Viene altresì prescritto «di effettuare un test antigenico rapido o molecolare per la rilevazione dell'antigene Sars-Cov-2 alla prima comparsa dei sintomi e, se ancora sintomatici, al quinto giorno successivo alla data dell'ultimo contatto».

[32] In tal senso si esprimono il Tar del Piemonte ed il Tar della Campania (Sez. di Salerno), laddove il Tar del Friuli Venezia Giulia, con analoga formula, sostiene la «perdurante efficacia della circolare del Ministero della Salute del 18 giugno 2020».

[33] Così Tar Piemonte, decr. n. 5/2022 cit. Analogamente si esprimono anche il Tar Campania (Sez. di Salerno) e quello Friuli Venezia Giulia.

[34] Per la ricostruzione dei quali si v. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Jovene, Napoli, 2003, *passim*.

ISSN 2036-7821

significativa della quale viene dai giudici amministrativi non presa in considerazione.

In essa, infatti, si stabilisce che il Dipartimento di prevenzione – e cioè la struttura tecnico-funzionale di ciascuna ASL preposta alla promozione ed alla tutela della salute pubblica nella circoscrizione territoriale di riferimento[35] – «*può* prevedere […] l'esecuzione del test, con oneri a carico delle società sportive, per la ricerca dell'RNA virale, il giorno della gara programmata, successiva all'accertamento del caso confermato di soggetto Covid-19 positivo, in modo da ottenere i risultati dell'ultimo tampone entro 4 ore e consentire l'accesso allo stadio e la disputa della gara solo ai soggetti risultati negativi al test molecolare»[36], con il che sembra difficile revocare in dubbio che la disposizione assegni alla P.A. un spazio di scelta tecnico-discrezionale[37].

Una volta chiarito che in presenza di una emergenza pandemica, la decisione di consentire (o meno), secondo le modalità descritte, lo svolgimento di una competizione sportiva rappresenta l'esito di una valutazione tecnico-discrezionale rimessa ai singoli Dipartimenti territoriali di prevenzione, il sindacato del giudice avrebbe dovuto appuntarsi sulla verifica di eventuali profili di irragionevolezza della decisione assunta e concludere per sussistenza di un eventuale vizio di eccesso di potere.

E invece, il G.A. si esprime come per aver individuato una mera violazione di legge. A ciò si aggiunga che il G.A. conclude in tal modo considerando come violazione di legge la violazione di un atto della cui natura normativa appare non peregrino dubitare[38].

Ma v'è di più. Al fine di precisare il protocollo da osservare per consentire lo svolgimento di incontri sportivi di livello professionistico, la circolare ministeriale rinvia al «parere del 12 giugno 2020 n. 88 del Comitato tecnico scientifico nominato con ordinanza del Capo Dipartimento della Protezione Civile n. 630 del 3 febbraio 2020»[39].

Dal parere si evince che la definizione di tali modalità si deve al recepimento di una proposta «ricevuta dalla Federazione Italiana Giuoco Calcio mirante a rendere

---

[35] Altrimenti, e più correttamente, il riferimento avrebbe dovuto essere alla Direzione generale della prevenzione sanitaria del Mistero della Salute.

[36] Il testo della circolare ministeriale è consultabile all'indirizzo: *www.trovanorme.salute.gov.it/norme/renderNormsanPdf?anno=2020&codLeg=74563&parte=1%20&serie=null*, (corsivo di chi scrive).

[37] Sulla discrezionalità tecnica, si v. da ultimo A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Jovene, Napoli, 2021.

[38] Sulla natura normativa delle circolari s'è sempre dubitato, non che si debba escludere in radice che una circolare possa contenere un atto normativo ma affinché ciò accada occorre che di volta in volta si riscontri in concreto che oggetto, contenuto e finalità dell'atto corrispondano a quelli propri di un atto fonte del diritto obiettivo. In proposito vi v., ancora una volta, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto fonte del diritto obiettivo* cit.

[39] Così il testo della circolare del 18/6/2020.

ISSN 2036-7821

maggiormente agevole lo svolgimento delle attività sportive delle Società di calcio professionistiche della Serie A». Rispetto alla proposta il Comitato tecnico scientifico così si esprime: «*Premessa la corrente non compatibilità della proposta con il già citato Decreto Legge 16/05/2020, n. 33 attualmente in vigore*, il CTS (anche alla luce di quanto adottato in altri Paesi Europei) considera ricevibile dal punto di vista squisitamente medico scientifico, in virtù dell'attuale evoluzione epidemica favorevole, la proposta di effettuare test per la ricerca dell'RNA virale il giorno della successiva gara programmata per tutto il gruppo squadra così da avere i risultati dell'ultimo tampone entro 4 ore e consentire l'accesso allo stadio e la disputa della gara solo ai soggetti risultati negativi al test molecolare»[40].

Secondo il parere CTS, dunque, le modalità proposte dalla F.I.G.C. sarebbero sì scientificamente ricevibili, ma non per questo giuridicamente legittime.

Sulle base di tali semplici osservazioni, ben potrebbe inferirsi che – contrariamente a quanto ritenuto dal Collegio di Garanzia del CONI nel caso Napoli[41] – per il G.A. il *factum subiectis*, a dir così (dato dalla proposta della Federcalcio recepita nella circolare ministeriale del 18 giugno 2020), prevalga sulla *voluntas principis* (espressa dai provvedimenti amministrativi emanati dalle varie ASL territoriali). Conclusione che – con ogni evidenza – appare a dir poco bizzarra.

Del resto sebbene al potere previsto dalla richiamata circolare ministeriale del giugno 2020 sia possibile rinvenire, almeno in apparenza, un fondamento nell'art. 2 del successivo D.L. 229/2021[42] – laddove (inserendo il co. 7-ter all'art. 1 del D.L. 33/2020) si dispone che «Con circolare del Ministero della salute sono definite le modalità attuative dei commi 6 e 7 sulla base dei criteri stabiliti dal Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020»[43] –, tuttavia, la recentissima novella in parola non sembra comunque consentire di condividere le conclusioni cui giungono i tre decreti di accoglimento, per i quali i provvedimenti delle ASL sono illegittimi per contrasto con la circolare del 2020.

Ed infatti – pur volendo trascurare che la sospensione della quarantena precauzionale, al fine di consentire lo svolgimento di eventi sportivi professionistici, sia prevista dalla circolare solo come una possibilità (all'esito di una valutazione tecnico-discrezionale rimessa al Dipartimento di prevenzione territorialmente competente) – i commi 6 e 7 dell'art. 1, D.L. 33/2020, (cui rimanda il co. 7-ter)

[40] Così recita, a pagina 5, il parere del 12 giugno 2020 n. 88 del Comitato tecnico scientifico nominato con ordinanza del Capo Dipartimento della Protezione Civile n. 630 del 3 febbraio 2020, consultabile all'indirizzo Internet *https://emergenze.protezionecivile.gov.it/it/sanitarie/coronavirus/verbali-comitato-tecnico-scientifico* (corsivo di chi scrive).

[41] Si v. *retro* testo e nt. 15.

[42] Entrato in vigore, *in parte qua*, il 31/12/2021.

[43] In *www.normattiva.it*.

ISSN 2036-7821

disciplinano le modalità di svolgimento della quarantena precauzionale e non anche sue eventuali deroghe, che, invece, sono contemplate dal successivo co. 7-bis.
Quest'ultima disposizione (che non tollera deroghe ad opera di circolari ministeriali e, più in generale, da parte di altre fonti del diritto obiettivo di livello amministrativo) pur prevedendo che il regime di quarantena precauzionale «non si applica a coloro che, nei 120 giorni dal completamento del ciclo vaccinale primario o dalla guarigione o successivamente alla somministrazione della dose di richiamo, hanno avuto contatti stretti con soggetti confermati positivi al COVID-19»[44] stabilisce, altresì, che ad essi «è fatto obbligo di indossare dispositivi di protezione delle vie respiratorie di tipo FFP2 fino al decimo giorno successivo alla data dell'ultimo contatto stretto con soggetti confermati positivi al COVID-19». È del tutto ovvio che una siffatta prescrizione sia del tutto incompatibile con lo svolgimento di una competizione sportiva.

3.3. *La valutazione del periculum in mora.*
Qualche perplessità suscita anche la ritenuta sussistenza del *periculum in mora*, ovverosia di un danno grave e irreparabile derivante dalla esecuzione del provvedimento impugnato[45], tale da giustificare l'immediata sospensione dell'efficacia.
Ad avviso del Tar Piemonte e del Tar Friuli Venezia Giulia – che si esprimono sul punto con un rapidissimo passaggio motivazionale –, esso sarebbe sussistente «al rinvio delle gare di campionato in calendario fino al 9 gennaio, rispetto al quale il tribunale non potrebbe utilmente pronunciarsi nella ordinaria trattazione collegiale»[46].
Più articolata è, invece, l'argomentazione utilizzata dal Tar Campania (Sez. di Salerno), secondo cui sussistono «i presupposti per l'accoglimento dell'istanza cautelare monocratica […], per la dichiarata impossibilità di recuperare tutte le giornate di gara perse entro la data di conclusione del Campionato di serie A», anche perché – prosegue il Giudice – «non è ravvisabile un concreto pericolo di danno alla salute pubblica laddove venga rispettata la prescrizione della previa effettuazione del test nel giorno della gara ai sensi della suindicata circolare del Ministero della Salute del 18 giugno 2020»[47].

[44] L'affermazione è rinvenibile, anche se con differente enfasi, nei decreti sia il Tar del Piemonte sia del Tar Campania (Sez. di Salerno).
[45] Come osservato da G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 322, si tratta comunque di un danno «irreparabile, non in senso assoluto, ma con riferimento alla capacità del giudice, nel caso dovesse decidere per l'accoglimento del ricorso, di ripristinare lo *status quo ante*».
[46] Questa è l'argomentazione, del tutto identica, utilizzata dal Tar del Piemonte e da quello del Friuli Venezia Giulia.
[47] Tar Campania, Salerno, 8/1/2022, decr. n. 3/2022, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

Dall'esame delle motivazioni a sostegno delle decisioni di accoglimento – e riservando una particolare attenzione al *dictum* del G.A. campano in ragione della sua maggiore chiarezza espositiva –, è possibile avanzare le seguenti considerazioni.
Anzitutto occorrerebbe domandarsi: *quid juris* nell'ipotesi in cui nell'udienza collegiale si decidesse di non confermare la misura cautelare monocratica. La gara andrebbe nuovamente disputata in esecuzione di una siffatta decisione del Collegio, o sarebbe necessario anche impugnare dianzi al G.A. il provvedimento di omologazione del risultato da parte degli organi sportivi competenti? Ed in tale ultima ipotesi, essendo l'omologazione comunque finalizzata «a garantire il corretto svolgimento delle attività sportive»[48], non dovrebbe trovare applicazione l'esenzione dalla giurisdizione statuale prevista dall'art. 2, co. 1, lett. a), del D.L. 280/2003[49]? È palese che si tratti di questioni che, forse, i giudici aditi avrebbero dovuto tenere in considerazione.
In secondo luogo, con riguardo all'impossibilità di procedere al recupero delle gare eventualmente sospese occorre osservare (non potendosi attingere al materiale probatorio in possesso del giudice), che per l'unica gara non disputata, a seguito del rigetto dell'istanza cautelare da parte del Tar Emilia Romagna, è stata da subito prevista la data del recupero per il giorno immediatamente successivo ai cinque di quarantena precauzionale imposti dall'AUSL di Bologna ai sensi dell'art. 1, co. 7-bis, del D.L. 33/2020.
D'altronde, già altre gare del calendario di serie A precedentemente non disputate per motivi sanitari – rispetto alle quali nessun provvedimento urgente è stato chiesto al G.A. dalla Lega Calcio – saranno recuperate successivamente (sebbene non siano state ancore fissate le relative date) [50]. Tutto ciò lascia immaginare che in un'unica data ben potessero essere disputate anche le gare non svolte per effetto dei provvedimenti di quarantena precauzionale emanati dalle ASL territorialmente competenti.

[48] Così recita l'art. 2, co. 1, lett. a), del D.L. 280/2003, recante «Disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva».

[49] Il richiamato articolo individua la cognizione di queste controversie come «riservata all'ordinamento sportivo». Il testo del D.L. è consultabile in *www.normattiva.it*. Non va omesso di rilevare che, secondo quanto sostenuto da Cons. Stato, Sez. VI, 7/5/2013, ord. n. 1628, in *www.giustizia-amministrativa.it*, «l'assetto degli interessi venuto a delinearsi, in particolare, a seguito della sentenza di questa sezione n. 5782 del 2008 e di quella della Corte costituzionale n. 49 del 2011, è nel senso che nelle materie "riservate" all'ordinamento sportivo […] l'azione esperibile dinanzi al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, *può consistere (nell'ambito della tutela aquiliana) solo nel risarcimento del danno per equivalente* (pena, altrimenti, il *vulnus* al suindicato principio autonomistico dell'ordinamento sportivo)». Sul punto sia, inoltre, consentito di rinviare a G. MARTINI, *Ordinamento del calcio e ordinamento giuridico generale. Il diritto amministrativo in un settore di rilevante interesse economico-sociale* cit.

[50] Si tratta delle gare in programma per il giorno 6 gennaio 2022: Bologna – Inter; Atalanta – Torino; Salernitana – Venezia e Fiorentina – Udinese.

ISSN 2036-7821

È poi poco persuasiva l'argomentazione – sottesa ai decreti cautelari del Tar Piemonte e del Tar Friuli Venezia Giulia e meglio espressa dal Tar Campania (Sezione di Salerno) – secondo cui non sarebbe ravvisabile «un concreto pericolo di danno alla salute pubblica» in ipotesi di «effettuazione di test nel giorno della gara»[51], giusta quanto prescritto dalla circolare ministeriale del 18 giugno 2020.
Ove si consideri che la decisione di consentire lo svolgimento di una competizione sportiva è pur sempre rimessa al potere di scelta tecnico-discrezionale del Dipartimento territoriale di prevenzione – che dovrà accertare (scegliendo il criterio tecnico-scientifico ritenuto più idoneo) la presenza di un presupposto di incerta rilevabilità, qual è la sussistenza del pericolo (o meno) per la salute pubblica, appare difficilmente condivisibile la conclusione cui giungono i Tar aditi.
Affermare, con toni così perentori ed assertivi, che il rispetto delle condizioni indicate nella circolare ministeriale del 18 giugno 2020 preserva, *sic et simpliciter*¸ da ogni rischio per la salute pubblica, oltre a 'tradire' il dato testuale della circolare (di cui pure i giudici dichiarano di fare applicazione), costituisce una inaccettabile invasione della sfera d'azione riservata alla P.A.
Infine, un'ultima valutazione va fatta con riguardo al peso che nella decisione dei Tar potevano, e dovevano, giocare i valori della lealtà e dell'equilibrio nelle competizioni sportive, la lettura dei decreti cautelari di accoglimento restituisce la convinzione che, nella valutazione dei giudici amministrativi di prime cure, un peso preponderante sia stato riconosciuto al pregiudizio «collegato al rinvio delle gare di campionato in calendario»[52], senza alcuna ulteriore considerazione per le conseguenze che la disputa degli incontri avrebbe avuto sulla alterazione dei valori delle squadre da schierare in campo.
Non pare revocabile in dubbio che pure a tale profilo il giudice dovesse prestare attenzione nel giudizio. Ed infatti – come chiarito dal Consiglio di Stato[53] – allorquando il G.A. va ad incidere con propri provvedimenti su rapporti che hanno origine nell'ordinamento sportivo, o comunque si riflettono sulle dinamiche interne di tale ordinamento, non può omettere di considerare «che l'ordinamento sportivo […] dagli albori ha i fondamentali nello sport inteso come attività di ricreazione umana (*desport*, diporto), quand'anche agonistica o praticata in veste professionale; vale a dire di cura del benessere fisico in termini di salute, di formazione della personalità, di educazione alla cooperazione e alla sana e leale competizione». Il che finisce con l'influenzare anche il tipo di tutela che il G.A. può in concreto garantire[54].

[51] Così Tar Campania, Salerno, decr. n. 3/2022 cit.
[52] La formula utilizzata è la medesima in tutti i decreti di accoglimento.
[53] Così Cons. Stato, Sez. V, 22/8/2018, n. 5019, in *Foro Amm., Cons. Stato*, 2018, pp. 1222 ss.
[54] Nella specie il Consiglio di Stato, partendo da tale presupposto, ha ritenuto che «Dette caratteristiche generali si riflettono sul perimetro della tutela risarcitoria, che rileva solo come tutela dell'eventuale lesione *interna* ad un ordinario e corretto sviluppo della "attività sportiva"».

ISSN 2036-7821

I Tar aditi, dunque, avrebbero dovuto esprimersi in coerenza con quanto condivisibilmente affermato dal Consiglio di Stato, assicurando che l'equilibrio e la lealtà delle competizioni costituiscano valori primari dell'ordinamento sportivo, valori che, pertanto, non potevano trascurare di considerare.
D'altronde, che equilibrio e lealtà rilevassero nell'ambito dei giudizi instaurati dalla Lega Calcio sembrerebbe dimostrato anche dal fatto che la stessa ricorrente individua come controinteressati le Società sportive colpite dal provvedimento di quarantena precauzionale, il cui evidente interesse a mantenere in vita il provvedimento impugnato è senz'altro ricollegabile più alla volontà di preservare l'equilibrio dei valori in campo, che non all'esigenza di evitare la diffusione del contagio. Ove a rilevare fosse stato quest'ultimo interesse, controinteressati da convenire necessariamente in giudizio avrebbero dovuto essere le squadre avversarie delle società colpite dal provvedimento impugnato[55].

4. *Brevi osservazioni conclusive.*
Non pare revocabile in dubbio che, in un momento storico segnato da una gravissima emergenza sanitaria, la principale preoccupazione delle autorità istituzionali debba essere quella di tutelare al meglio la salute pubblica. Ed è altrettanto vero che nel fare ciò non possa essere del tutto azzerata la considerazione per le ragioni dell'economia, essendo la capacità produttiva di un Paese valore da cui dipende, in maniera rilevantissima, il livello di benessere della collettività.
Quella costituita dal calcio è di sicuro, almeno a livello nazionale, l'impresa maggiormente fiorente, realizzando una incidenza del valore della produzione sul PIL italiano pari a circa lo 0,19%, che rappresenta il 12% del PIL del calcio mondiale[56].
Non sembra, pertanto, potersi dubitare che l'impugnazione dei provvedimenti dell'autorità sanitaria da parte della Lega Calcio – che ha trovato accoglimento nelle tre pronunce cautelari – volesse tutelare un interesse non soltanto di natura sportiva (lo svolgimento delle competizioni nei tempi programmati), bensì, e forse principalmente, di natura economica (ad evitare che da ritardi e spostamenti derivasse un decremento degli utili). Di ciò è traccia evidente nella decisione del Tar dell'Emilia Romagna, che individua, quale interesse frontista «dell'interesse pubblico

[55] A conferma di quanto sostenuto nel testo non appare privo di rilievo il fatto che la gara tra Udinese ed Atalanta (primo incontro disputato dalla squadra friulana dopo il rinvio della precedente gara, contro la Fiorentina, in programma il 6 gennaio 2022), regolarmente disputata in data 9 gennaio a seguito del decreto cautelare emesso dal Tar del Friuli Venezia Giulia, sia terminata con il risultato 'inusuale' di 6 a 2 per la squadra ospite. La società Udinese ha presentato un preavviso di ricorso al G.S. per ottenere la ripetizione dell'incontro, il ricorso, peraltro, è stato respinto con decisione n. 57 di cui al Comunicato Ufficiale n. 154 del 25/1/2022, in *www.legaseriea.it/it/sala-stampa/comunicati*.

[56] Dati tratti da *www.calcioefinanza.it/2020/04/26/quanto-vale-il-calcio-italia-ecco-tutte-le-cifre/*, e da *www.ilsole24ore.com/art/il-calcio-italiano-genera-47-miliardi-ma-12-vanno-fisco-ACdo9K4?refresh_ce=1*.

ISSN 2036-7821

fondamentale alla salvaguardia della sicurezza sanitaria collettiva», l'interesse privato «*economico e sportivo* fatto valere dalla società ricorrente»[57].

Che, dunque, nel calcio, come d'altronde in ogni sport professionistico, ad interessi di natura sportiva si accompagnino interessi eminentemente economici è un fatto incontestabile. Come pure appare ovvio che, progressivamente crescendo i ricavi (connessi al maggior apprezzamento che un dato sport riceve presso il pubblico-utente) diventa sempre più arduo trovare un giusto punto di equilibrio tra l'interesse sportivo e quello economico. Il caso della cd. 'Superlega europea', che la recrudescenza del fenomeno pandemico ha contribuito a far passare in secondo piano (sebbene si tratti di una vicenda tutt'altro che chiusa), ne è un esempio eclatante[58].

Non desta, pertanto, troppo stupore il fatto che il G.S., tradendo la funzione cui è pur sempre deputato, quella dello *juris dicere*, abbia inteso difendere, anche a discapito del corretto equilibrio delle competizioni, una linea di tendenza volta a salvaguardare (e privilegiare) strenuamente gli interessi economici (non marginali) del settore[59]. Più sorprendente, invece, è che una siffatta tendenza venga seguita anche dal G.A.

Per conclusione le presenti brevi riflessioni, il dubbio che resta da chiarire riguarda il rapporto fra l'interesse sportivo e quello economico, e in particolare il rilievo che tale rapporto assume dinanzi al G.A., soprattutto laddove si versi nella fase cautelare del processo.

Per ragionare su questa delicatissima questione, occorre osservare che proprio in ragione degli effetti che la pronuncia cautelare può dispiegare sulla futura azione dell'ASL, «nel valutare la sussistenza del pregiudizio grave e irreparabile, il giudice deve tener conto anche delle conseguenze che la sua decisione potrebbe provocare sulla cura dell'interesse pubblico»[60].

Considerato che relativamente al gioco del calcio, accanto a fattispecie ed interessi di natura chiaramente privatistica (come ad esempio i contratti di sponsorizzazione, i diritti di immagine, etc.), convivono fattispecie ed interessi oggetto di regolazione pubblicistica[61] (quali, ad esempio, la tutela della concorrenza e la genuinità dei mercati regolamentati), non sembra peregrino ritenere che il G.A., nella valutazione del *periculum in mora*, debba verificare anche quali fra gli interessi di natura sportiva

[57] Tar Emilia-Romagna, Bologna, 8/1/2022, decr. n. 5/2022 cit. (corsivo di chi scrive).

[58] Per un approfondimento delle problematiche suscitate dalla formazione della Super League europea si v. G. MARTINI, *Ordinamento del calcio e ordinamento giuridico generale. Il diritto amministrativo in un settore di rilevante interesse economico-sociale* cit.

[59] Di questa tendenza è chiara testimonianza il recente Comunicato Ufficiale della Lega Calcio n. 126 del 6/1/2022 (si v. *retro* nt. 22).

[60] Così G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di giustizia amministrativa* cit., p. 323.

[61] In proposito si v. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Arbitri, non giudici! Il mancato rispetto delle regole del gioco del calcio*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, pp. 20-21.

ISSN 2036-7821

e quali fra quelli di natura economica, coinvolti nella concreta fattispecie, presentino profili di natura pubblicistica, o comunque un collegamento, più o meno intenso, con l'interesse pubblico.

Naturalmente (anche solo provare a) segnare i confini tra pubblico e privato nel diritto sportivo[62] è operazione che va oltre i ristretti orizzonti di queste note; ciò nondimeno, non pare ci si possa esimere dal dubitare che le principali finalità, «eminentemente pubblicistiche»[63], che caratterizzano l'ordinamento sportivo, anche in conformità alla lettera dell'art. 2, co. 1, dello Statuto del CONI, sono quelle «di cura del benessere fisico in termini di salute, di formazione della personalità, di educazione alla cooperazione e alla sana e leale competizione»[64].

Si tratta di finalità che, prevalendo su quelle economiche, pur rilevanti[65] e suscettibili di ricevere regolamentazione pubblicistica, sono in grado di influenzare, definendone i limiti, la tutela erogabile da parte del G.A., e di giustificare la previsione della giurisdizione amministrativa esclusiva nei confronti degli atti delle istituzioni dell'ordinamento sportivo.

Tale tipologia di giurisdizione, infatti, in tanto può ammettersi in quanto – com'è stato condivisibilmente affermato – abbia «per base espressa quella dell'organizzazione pubblicistica dell'attività sportiva» e della «garanzia del suo legittimo funzionamento», in quanto «diversamente, non ci sarebbero ragioni per differenziarla da quella, di diritto comune, inerente un qualsivoglia fenomeno lucrativo privato, basato sull'utilizzo di risorse anche materiali private»[66].

In definitiva per tornare alle odierne vicende da cui sono state prese le mosse, è pur vero che i giudizi instaurati dalla Lega Calcio non rappresentano una ipotesi di giurisdizione esclusiva del G.A., oggetto dell'indagine essendo un atto amministrativo; tuttavia, allorquando il giudizio verta su atti che comunque influiscono su fattispecie interne all'ordinamento sportivo – quali sono quelli relativi all'organizzazione ed allo svolgimento delle competizioni – il tema dell'assetto dei rapporti fra i due ordinamenti non è un elemento che il giudice possa ignorare. E ciò vieppiù laddove si tratti di un ambito che presenta un evidente rilievo pubblicistico.

---

[62] Sul punto, fra gli altri, cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 185 ss., e F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 215 ss.

[63] L'espressione è di Cons. Stato, sent. n. 5019/2018 cit.

[64] Così ancora Cons. Stato, sent. n. 5019/2018 cit., il quale osserva che questi elementi «ineriscono alla dignità della persona umana (e che dunque oggi rilevano ai sensi dell'art. 2 Cost.) e […] originano dalla contrapposizione alla tradizionale fatica lavorativa e alla commercializzazione dello sforzo fisico individuale e che proprio per questo sono elevati a oggetto di pubblica cura e intervento».

[65] I numeri chiariscono in maniera evidentissima quanto accennato nel testo: «Negli ultimi 11 anni, l'ammontare della contribuzione fiscale e previdenziale del calcio professionistico italiano è stato pari a 11,4 miliardi di euro. Nello stesso periodo, i contributi erogati dal CONI alla FIGC sono stati pari a 749 milioni: significa che per ogni euro "investito" dal governo italiano nel calcio, lo Stato ha ottenuto un ritorno in termini fiscali e previdenziali pari a 15,2 euro» (*www.calcioefinanza.it/2020/04/26/quanto-vale-il-calcio-italia-ecco-tutte-le-cifre/*).

[66] Così Cons. Stato, sent. n. 5019/2018 cit.

ISSN 2036-7821

Considerato allora che la genuinità e la lealtà delle competizioni integrano – come ricordato – finalità «eminentemente pubblicistiche»[67] dell'ordinamento sportivo, esse costituiscono un profilo ulteriore dell'interesse pubblico coinvolto nell'azione amministrativa di cui non può non tenersi conto nella valutazione del *periculum in mora*, ai fini della emanazione del provvedimento cautelare.

All'esito del ragionamento svolto, quindi, non sembra peregrino sostenere che, se pure il giudice avesse ritenuto insussistente il pericolo per la salute pubblica, comunque avrebbe dovuto anche interrogarsi in merito agli effetti che una pronuncia di accoglimento avrebbe potuto determinare sull'equilibrio delle competizioni sportive, verificando (magari mediante una richiesta di rapido approfondimento istruttorio) la reale impossibilità di recuperare le gare in altra data, dopo che si fossero ripristinate le condizioni di *fair play* delle squadre in campo.

[67] L'espressione è di Cons. Stato, sent. n. 5019/2018 cit.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

A Carbon Tax to Regulate CO2 Emissions: the EU´s Road to an Environmental Taxation System.

di Laura Letizia

(Ricercatrice di Diritto tributario presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Summary

1. Introduction. 2. ¬Overview of the relationship between environmental taxation and the principle referred to in article 53, paragraph 1, of the Italian Constitution. 3. ¬The areas of environmental taxation. 4. Changes on the "Emissions Trading Scheme" (ETS-EU). 5. A new framework for energy and electricity taxation. 6. ¬The complexity of introducing a carbon tax at European borders. 7. Carbon taxation not only at the "borders". 8. The remote prospect of a minimum global tax on environmentally harmful emissions.

Abstract

Among the proposals of the European Commission, expressed in the "Fit for 55", in addition to the extension of the ETS-EU to other highly energy-intensive sectors and the rewriting of the ETD Directive, one aims at setting a "price" on carbon through a tax to be levied on imports of products incorporating it, embarking on a far-reaching reform of the EU's public finances with actions to promote ecological transition, and at the same time, limit negative externalities due to the use of fossil fuels. An alternative to this measure could be the introduction of a carbon tax not only at the borders but this, just like the previous one, brings out more application complications. With regard to a global tax on CO2 emissions, this is a proposal which appears at the moment unrealistic.

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

ISSN 2036-7821

1. *Introduction.*

The European Commission between the end of 2019 and the beginning of last year approved the (new) *Green Deal*[1] – a strategy for growth based on the paradigms of the circular economy and ecological transition[2] – with the purpose of introducing a set of resilient activities, also related to the production, distribution and consumption of goods and services with low emissions of greenhouse gases, in order to improve the living conditions of humankind and the planet while preserving the UE from significant environmental shortcomings and emergencies.

In truth, the theme for an economic reconversion in an ecological sense had emerged globally since the previous economic-financial crisis[3], but the growing negative effects of climate change, especially due to intense industrial activity with correlated quantities of net carbon emissions (and associated pollutants), has accelerated the process also in Europe due to the severity of the "pandemic" health, social and economic shock in the increased awareness of a collective responsibility in this direction cannot be further postponed[4].

Everything, must be done on the basis of regulated timing and through interconnected actions[5], preparing "Recovery and Resilience Plans"[6] so that the Member States receive the funding to be funneled, among other things, into the energy and climate goals[7] i.e. developing eco-innovative solutions to make their

* The essay reproduces, with additions, the report entitled "The complicated prediction of a Carbon Border Adjustament Mechanism among the fiscal measures of the Fit for 55", carried out at the Summer School in "Circular Economy and Environmental Taxation", Department of Law, University of Bari "Aldo Moro", 21 September 2021

[1] COM(2019) 640; COM(2020) 80 final.

[2] A.F. URICCHIO, *I tributi ambientali e la fiscalità circolare*, in *Diritto e pratica tributaria*, 5/2017, 1849.

[3] See E.B. BARBIER *Rethinking the Economic Recovery: A Global Green New Deal*, Report commissioned by United Nations Environment Programme, April 2009; E.B. BARBIER, *Greening the Post-pandemic Recovery in the G20*, in *Environ Resource Economy*, 76/2020, 685 - 703.

[4] EUROPEAN COMMISSION, *Reflection paper on the deepening of the Economic and Monetary Union*, 3 May 2017; COM(2020) 456 final.

[5] COM 2020) 456 final.

[6] After approval on 27 April 2021, the Italian PNRR was sent to the Commission, providing in its second mission the green "revolution" and ecological transition plus areas of intervention, including: circular economy and sustainable agriculture; energy transition and sustainable mobility; energy efficiency and renovation of buildings; protection of land and water resources. For a critical view of the new tax revenues, see G. BERETTA - G. BIZIOLI, *Covid 19 and Fiscal Policies: Italian's Tax and Fiscal Policy Measures at Time of Covid-19 Crisis: 'Tax Peanuts' Without a New Deal*, in *Intertax*, 8/2020, 761 - 764. For an general reading, see A. COMELLI, *Riflessioni sulla tassazione ambientale, all'epoca della pandemia innescata dal COVID-19, nella prospettiva di un'ampia riforma tributaria*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1/2021, 44 - 67; P. SELICATO, *Accordi europei e fiscalità nazionale: le ricadute dell'emergenza COVID-19*, in *federalismi.it*, 7/2021, 205 - 247.

[7] Additional environmental objectives to be pursued include adaptation to sustainable use, protection of water and marine resources, protection and restoration of biodiversity and ecosystems. See, COM 2021) 188 final. At international level, see OECD, *Overview of Sustainable Finance Definitions and Taxonomies". Developing Sustainable Finance Definitions and Taxonomies*, Paris 2020.

ISSN 2036-7821

production models sustainable[8], that is, aimed at the correct use of natural resources [9] to contain global warming below 1 and a half degrees in relation to pre-industrial levels, as recently defined by the "Glasgow Climate Pact"[10] in "COP26".
In any case, the proximate intent being intervening with a mix of additional and complementary policy actions limiting harmful net emissions in order to reduce them, by 2030, to 55 % of those relative to 1990 levels.
Ultimate goal is, instead, set for 2050, therefore overcoming the ambitions of "Europe 2020 Strategy" and those of "Agenda for Sustainable Development"[11], with the (almost) total decarbonization of our continent.
This measure was presented on July 14, 2021 in the communication "Fit for 55"[12] to implement the (new) Green Deal, where the sustainability outlook of the "Climate Act"[13] has become binding: interventions for the transformation of the economy, even in "blue", will require additional tax proceeds that favor a redistributive approach[14].
Consequently, the 2021 - 2027 long-term EU budget and the own resources decision[15] have been modified by «reversing the financial flows»[16], to secure new funding for the following initiatives: Social Climate Fund, Regional Development and Cohesion Funds, European Social Plus and the Just Transition Fund[17].
The latter, consisting of territorial plans, specific areas of intervention and resources to be allocated to the Euro-States, is aimed at facilitating the transition of the traceable production of carbon emissions to a low-emission energy sources model that needs to be implemented «at equal speed»[18].

---

[8] On the concept of sustainable development using a green economy, see D.W. PEARCE - A. MARKANDYA - E.B. BARBIER, *Environmental Sustainably and Cost-Benefit Analysis*, in *Environment and Planning A*, 22/1988, 1259 - 1266.

[9] COM(2020) 457 final; previously, see resolution 2018/2279 (INI), strategic relationship P8 TA(2019) 0220 and EESC, *Reflection Paper Towards a sustainable Europe by 2030*, referral: COM(2019) 22 final.

[10] In the final text of 13 November 2021.

[11] COM(2018) 773 final; COM(2020) 80 final; COM(2020) 562; SWD(2020) 176 final – Investing in a climate-neutral future for the benefit of our people. Differently, European Parliament intends to reach a more ambitious goal, namely to eliminate 60% of harmful emissions by 2020, while the Glasgow Conference, in the final document, indicated the "cut" to 45% by 2030 (compared to 2010). See, respectively, resolutions 2019/2582, 2020/20423, decision/CP.26.

[12] COM(2021) 550 final.

[13] Regulation (EU) 2021/1119 of the European Parliament and the Council of 30 June 2021 establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulations (EC) 401/2009 and (EU) 2018/1999.

[14] F. GALLO, *Il tributo quale indispensabile strumento di politiche ridistributive*, in *Rassegna tributaria*, 2/2021, 273.

[15] Council Decision (EU, Euratom) 2020/2053, December 14, 2020.

[16] UNFCCC, article 2, (b) - (c), of the Paris Agreement, December 12, 2015.

[17] COM(2020) 0022.

[18] Regulations (EU) 2021/1058, 2021/1057, 2021/1056, June 24, 2021. For companies already focused on environmentally friendly activities, the Green Deal represents a great opportunity for development; for others, in particular for those operating in the carbon intensive sectors, the ecological transition implies a wide review of their business models and huge investments while entailing, in the short term, an increase in costs. See ASSONIME, *Innovare per la crescita sostenibile: strategia d'impresa e politica pubblica*", Note e Studi, 5/2021. On the origin of the

ISSN 2036-7821

The Commission has also proposed several corrections to the directives on promotion and use of renewable energies, energy efficiency, taxation of the European framework on energy products and electricity, emissions trading scheme (and related laws), international air transport and infrastructure for alternative fuels[19].
Other intentions are to review the regulations on the standards of carbon emissions of new cars and light commercial vehicles, on the sharing of efforts to reduce them annually (2021-2030), on the use and change of use of land and forestry[20].
Furthermore, there is a determined effort to change the decision on the Market Stabilizing Reserve for greenhouse gas emission trading quotas[21] and to establish a carbon adjustment mechanism at the borders aimed at setting a price, through a tax, to the imports of the most polluting products in relation to the referable levels[22].
In practice, the *mission* of environmental taxation[23] presents[24] the usual traits in the ability to guide taxpayers in their choices[25], correct the ineffective market results, increase the profit of companies[26], facilitate general welfare purposes[27].
The Institution has, indeed, (re)considered the indirect effects that the new expressions of green taxation could determine by reducing public spending associated with *health risks*[28] and, in the long term, provide unprecedented

---

term "sustainability", see K. BOSELMANN, *The Principle of Sustainability. Transforming law and governance*, Ashgate, Aldershot 2008, 9.

[19] See the directives 2018/2001/EC (RED II), of 11 December 2018; 2018/2002/UE (EED), on the same date, amending 2012/27/ EU; 2003/96/ EC (DTE), of 27 October 2003; 2003/87/EC (ETS-EU), of 13 October 2003; 2003/87/EC (CORSIA), on the same date; 2014/94/EC (AFID), of 22 October 2014; EU Regulations 2019/631 (RfG), of 17 April 2019; 2018/842 (ESR), of 20 May 2018; 2018/841 (LULUCF), of 30 May 2018.

[20] Regulation (EU) 2019/631 (RfG), April 24, 2019; 2018/842 (ESR), May 20, 2018; 2018/841 (LULUCF), May 30, 2018.

[21] Decision 2015/1814/EU (MSR), of October 6, 2015.

[22] COM(2021) 564 final - 2021/0214 (COD), July 14, 2021. In fact, the idea of providing carbon pricing was re-launched by E. MACRON, *Initiative pour l'Europe. Discours pour une Europe souveraine, unie, dèmotratique*, Sorbonne University, September 26, 2017.

[23] For a definition of environmental taxation, see C. SACCHETTO, ***Tassa, in Enciclopedia del Diritto***, XLIV, 1992, 306; A.F. URICCHIO, *Prelievo fiscale ed emergenze ambientali*, in M. PENNASILICO (ed.), *Studi in onore di Lelio Barbiera*, Naples 2012, 1487.

[24] For European guidelines on eco-tax, see A. BUCCISANO, *Fiscalità ambientale tra principi comunitari e costituzionali*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2/2016, 590 - 652; A.E. LA SCALA, *La dimensione europea dell'ambiente e della fiscalità ambientale*, in V. FICARI (ed.), *I nuovi elementi di capacità contributiva. L'ambiente*, ***Canterano, Rome 2018***, 13 - 21. For an exam of international enviromental indications, see G. PUOTI, *Presentation of the inter-university scientific research program Fisco e ambiente: l'evoluzione dei sistemi impositivi tra politiche di sostegno del territorio e tassazione di nuove espressioni di ricchezza*, in *International Tax Law Review*, 2-3/2004, XIII - XX; F. PICCIAREDDA, *Le politiche internazionali in materia di fiscalità ambientale*, in F. PICCIAREDDA - P. SELICATO (eds.), *I tributi e l'ambiente. Profili ricostruttivi*, Milan 2016, 31; M. MAURO, *Fiscalità ambientale e principi europei: spunti critici*, in *Revista de Estudios Jurìdicos*, 17/2017, 1 - 16.

[25] See C. SCIANCALEPORE *Cambiamenti climatici e green taxes*, Bari 2016, 81 - 84.

[26] M.E. PORTER - C. VAN DER LINDE, *Toward a New Conception of the Environment - Competitiveness Relationship*, in *Journal of Economic Perspectives*, 4/2019, 97 - 118.

[27] For this profile, see S.A. PARENTE, *Strumenti di fiscalità ambientale e solidarietà intergenerazionale*, in R. PAGANO and A. SCHIEDI (eds.), *Identità, pluralità, diversità. Il riconoscimento, ovvero essere per l'altro*, Bari 2019, 254-277.

[28] A.F. URICCHIO, *Valutazione economica degli effetti sanitari dell'inquinamento atmosferico: la metodologia dell'EEA.*

ISSN 2036-7821

employment opportunities, especially for the new generations. The purpose will be twofold with the critical environmental conditions improving with greater limitations to harmful behaviors and benefits of virtuous ones and, at the same time, new tax revenues flows will reduce, subject to national reforms, taxation on labor and business (*double dividend*)[29].

Through additional taxes, tax benefits and disincentives in the sector[30], the European budget will, in concrete terms, have a wider dimension and will be called "Budgetary instrument for convergence and competitiveness" (BIIC)[31], involving the European Stability Mechanism (ESM) in the revised governance framework.

In this way, the euro area's production processes can be more competitive than others, and increased revenues will support post-pandemic recovery, with a view to a future development plan that also covers standard social protection expenditure, to the point of creating the embryo of a real federal budget[32].

To this end, it is necessary to move towards effective harmonization of the taxation of energy, electricity and transport markets.

In fact, the mere regulatory, administrative and legislative measures that normally identify the rules on harmful emissions or efficiency criteria are not sufficient to de-pollute the activities that separate them between economic operators and production areas[33] and this must be done in compliance with the Treaties and, in particular, with the principles of subsidiarity and proportionality, while respecting proximity.

The new taxes with an environmental assumption or function, characterized by a taxable base compared to a physical quantity of a natural resource (possibly replaced by its proxy) with a negative and validated impact on the environment[34], shall be aimed at the satisfaction of collective interests and their revenue shall be directed

---

Inquadramento giuridico-normativo, in G. ASSENNATO (ed.), *Valutazione economica degli effetti sanitari dell'inquinamento atmosferico: la metodologia dell'EEA*, Milan 2015, 15 - 32.

[29] L.H. GOUDLER, *Environmental Taxation and the Double Dividend: A Reader's Guide*, in *International Tax and Public Finance*, 2/1999, 157-183; A.L. BOVENBERG, *Green Tax Reforms and the Double Dividend: an Updated Reader's Guide*, in *International Tax and Public Finance*, 3/1999, 421- 443.

[30] According to regulation (EU) 691/2011 and considering, for the classification, the corresponding units: economic activities; households; non-residents. On the theoretical and practical aspects of the rules, generically indicated in the tax benefits category, see S. FIORENTINO, *L'agevolazione fiscale*, in A. CARINCI - T. THASSANI (eds.), *I diritti del Contribuente*, Milan (in press),

[31] Proposal for a regulation the European Parliament and of the Council on a governance framework for the budgetary instrument for convergence and competitiveness for the euro area - COM(2019) 354.

[32] F. GALLO, *Quali interventi post-pandemia da attuare in materia fiscale e di riparto di competenze fra Stato e Regioni?*, in *Quaderni CNEL*, 2020, 83 - 102.

[33] For a comparison between taxes and command and control mechanisms, see G. D'AGOSTINO, *Normativa ambientale e competitività delle imprese*, in *International Tax Law Review*, 2-3/2004, 377 - 397. On the need for an economic policy to protect the enviroment with new forms of taxation, see R. PERRONE CAPANO, *L'imposizione e l'ambiente*, in A. AMATUCCI (ed.), *Trattato di diritto tributario*, Padua 1994, 449 - 514, A. AMATUCCI, *Autonomia finanziaria e tributaria*, in *Enciclopedia del Diritto Treccani*, IV, 2002.

[34] COM(97) 9 final, March 26, 1997.

ISSN 2036-7821

towards the invariance or desirable reduction of the overall tax impact[35]. Furthermore, ecotaxes cannot go beyond the foundations of preventive action, precaution, primary correction at the source of the damage caused to the eco-systemic balance [36] and the polluter pays principle[37], which must be associated with the prohibition of State aid[38] e the principle of non-discrimination in European tax law[39].

However, it will be necessary to observe the legislative process governing decisions in the field of taxation, since these are measures which affect in particular the choices of Member States «with regard to the different sources of energy and the general structure of energy supply», making it is difficult to overcome possible State "vetoes" – in addition to requiring coordination at a global level – unless "passerelle clauses" are activated[40].

On the basis of these comments, before paying particular attention to the latest European proposals concerning (or closely related to) energy taxation so that it becomes prospectively low carbon, we refer to the relationship between green taxes and contribution capacity, referring to the indispensable insights and interpretations of the authors who treated with it in detail.

2. *Overview of the relationship between environmental taxation and the principle referred to in art. 53, paragraph 1, of the Italian Constitution.*

The majority position of the Italian doctrine is – as is well known – that environmental taxation is an expression of the ability-to-pay principle: green taxes show an attitude to contribute to public spending on the basis of art. 53, paragraph 1, of the Constitution, coming in large part from economic activities that determine negative externalities towards the ecosystem or the use or production of pollutants as

[35] EUROPEAN COMMISSION, *Future Financing of the EU: Final Report and Recommendations of the Higt Level Group on Own Resources*, December 2016.

[36] M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Diritto e Società*, 2008, 145 - 167.

[37] Provided since 2000 in the *White Paper on environmental liability* – COM (2000)66 final, February 9, 2000. See P. SELICATO, *Imposizione fiscale e principio chi inquina paga*, in *Rassegna tributaria*, 4/2005, 1161; V. FICARI - G SCANU, *Tourism Taxation. Sostenibilità ambientale e turismo fra fiscalità locale e competitività*, Turin 2013, 129.

[38] For futher information, R. PIGNATONE, *Agevolazioni su imposte ambientali ed aiuti di Stato*, in M. INGROSSO - G. TESAURO (eds.), *Aiuti di Stato e agevolazioni fiscali*, Naples 2009, 747-754.

[39] These are the hypotheses, among other things, of the prohibition of customs duties for imported products and taxes with equivalent effect. For this aspects, P. PISTONE - E. IÑAKI BILBAO, *Tax incentives in the EU Energy Sector. General versus selective measures*, in M. VILLAR (ed.), *State aid, taxation and the energy sector*, Pamplona 2017, 209 - 259.

[40] See G. SELICATO, *Incentivi fiscali e governo del territorio*, in *Ionicae Disputationes. Uomo e ambiente. Dissertationes*, Taranto 2008, 112-142. Lately, the Commission in *A More Efficient and Democratic Decision Making in EU Energy and Climate Policy* - COM(2019) 177, suggested "passerelle clauses" could be used for energy taxation measures, such as carbon pricing.

ISSN 2036-7821

referable assumptions[41].

The taxation in question, therefore and, above all, aims to correct false price signals for specific products, even at the time of their importation, adding the costs of pollution[42], operating essentially through indirect taxes on production or consumption (excise duties) paid by the person producing them and normally transferred to the buyer who, in turn, transfers them forward (from an economic point of view), to the end user in this way, identifying the *right entity* to facilitate the internalization of external costs[43].

However, it is not always possible to identify an immediate link between environmental taxes and the damages/prejudices caused by the author to the ecosystem but, rather, to trace a *relationship* it is necessary to consider the *values* that, in a given historical period are considered particularly significant even if not related to primary economic reasons.

The polluter pays principle is implemented, in this case, through an extra-fiscal use taking in particular value the environmental protection objective as a political-social purpose external to the assumption of the tax levy[44] that deviates from the traditional notion of ability to pay that provides that a tax must coincide with goods, situations and activities that identify with goods, consumption or income[45].

Ultimately, the concept of tax expands and the ability to pay is brought back for the purpose of equality or justice, not only in the presence of a fact indicative of the ability to contribute, which expresses the economic strength, with a view to future protection[46] for assessments aimed at meeting compensation needs or reducing

[41] See F. GALLO - F. MARCHETTI, *I presupposti della tassazione ambientale*, in *Rassegna tributaria*, 1/1999, 115-148; P. SELICATO, *La tassazione ambientale: nuovi indici di ricchezza, razionalità del prelievo e principi dell'ordinamento comunitario*, in *International Tax Law Review*, 2-3/2004, 257 - 304; F. MARCHETTI, *Tassa, imposta, corrispettivo o tributo ambientale?*, in *La finanza locale*, 3/2004, 31 - 54; A. DADONE and R. LUPI, *I tributi ambientali come collegamento tra "esternalità negative" e manifestazioni di ricchezza*, in *Dialoghi tributari*, 2/2013, 132-144; L. PEVERINI, *I tributi ambientali*, in L. SALVINI - G. MELIS (eds.), *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, Padua 2014, 719 - 761.

[42] UNITED NATION CONFERENCE ON ENVIRONMENTAL AND DEVELOPMENT, Resolution adopted, Rio de Janeiro, June 3 -14, 1992.

[43] As is known, A.C. PIGOU, *Economics of Welfare*, London 1920, was the first economist to consider that the solution to negative environmental externalities for the use of fossil fuels had to be a tax on goods, whose production generated them (*external costs*), equal to the marginal damage caused when operating at optimal level of pollution to compensate "undesirable" social costs. In essence, it had to be proportional to the pollutant source units used, with a consequent increase in the production costs of energy services, inducing the producer to contain them at pre-established levels. For a different interpretation, see R.H. COASE, *The problem of social cost*, in *Journal of Law and Economics*, 3/1960, 1 - 44.

[44] F. GALLO - F. MARCHETTI, *I presupposti della tassazione ambientale*, 118.

[45] G. FALSITTA, *Giustizia tributaria e tirannia fiscale*, Milan 2008, 217 - 223.

[46] T. ROSEMBUJ, *La capacità contributiva del 'non fare'. Il concetto di imposta a proposito di un'importante sentenza della Corte Suprema degli Usa*, in *Diritto e pratica tributaria*, 6/2012, 1295 - 1300; F. GALLO, *Ancora in tema di eguaglianza tributaria*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 4/2013, 321-353; A. FEDELE, *La funzione fiscale e la capacità contributiva nella Costituzione italiana*, in C. BERLIRI - L. PERRONE (eds.), *Diritto tributario e Corte costituzionale*, Naples 2007, 1 - 40. Among the Authors who identify the "qualified" contribution capacity, see G. FALSITTA, *Il*

ISSN 2036-7821

general diseconomies[47].

3. *The areas of environmental taxation.*

Green taxes concern various areas and the largest part of their revenue as a percentage of the GDP of the State of European Union comes from the energy sector, including energy products for transport purposes (**including transport fuel)**[48], stationary purpose and greenhouse gases (also proceeds from emission permits recorded as taxes in national accounts), qualified with regard to the tax base in relation to the impact they have on the costs and prices of polluting products, as classified in the Eurostat environmental codes and from which derive additional categories, namely the taxation on: transport; pollution; use of natural resources[49].

In particular, and among other things, the first category concerns the import, construction and sale of motor vehicles, including the specific taxes to be borne by the latter, as well as motorway, urban and *traffic* tolls. The second area concerns the taxation of harmful emissions into the atmosphere or the reduction of the ozone layer, of water sources, of waste management or the intervention in case of exceedance of predetermined acoustic or vibration parameters. The last one, finally, concerns taxes on water, on the collection of biological resources[50], on the extraction and use of raw materials and on landscape *changes*.

Furthermore, environmental taxation, in addition to that relating to *assets* readily identified or equated to them by the legislator *for equivalence*, is characterized by having tax bases relating to each source and destination[51].

In the Italian legal system, these are *indirect* manufacturing and consumption taxes, expressed in several forms characterized by the nature of the attributable assumption, defined by the Court of Cassation as «a legal fact with progressive formation», since what determines the tax is the production or import of the product, while the collection of the same occurs at the time of its release for consumption in the national territory[52].

---

doppio concetto di capacita` contributiva,* in *Rivista di diritto tributario*, 7-8/2004, 889 - 906; G. GAFFURI, *Il senso della capacita` contributiva, in L. PERRONE - C. BERLIRI, 31 - 38; E. MARELLO, *Contributo allo studio delle imposte sul patrimonio*, Milan 2006, 195-199. For a reconstruction of doctrinal positions, A. GIOVANNINI, *Capacità contributiva*, *Enciclopedia giuridica Treccani on-line*, 2013.

[47] See P. BORIA, *Diritto tributario*, Turin 2016, 212.

[48] See A. PERRONE, *Fiscalità ambientale per l'Europa. Profili di diritto dell'Unione europea*, in A.F. URICCHIO (ed.), *La fiscalità ambientale in Europa e per l'Europa*, Bari 2016, 39 - 44.

[49] EUROSTAt, *Environmental tax revenues (ESA 2010)*, 2013, which follows the classification according to national accounts identifying: taxes on production and imports; current taxes on income, wealth, etc.; capital taxes.

[50] EUROPEAN COMMISSION, *Manual: Statistics on Environmental Taxes*, Brussels 1996, 7.

[51] A. ELIA, *Il rimborso dell'accisa sull'energia elettrica*, in *Diritto e praticata tributaria*, 4/2020, 1671.

[52] Court of Cassation, sentence n. 7080/2004. In doctrine, among the authors opposed to this approach, see P. BORIA, *Le accise*, in A. FANTOZZI (ed.), *Il diritto tributario*, Turin 2003, 971. There is also mention Constitutional Court, decision n. 185/2010 of the which, intervening on the consumption tax on electricity, affirmed its unity although it is a «progressive and comprehensive tax, strongly connected to the production cycle, as well as

ISSN 2036-7821

The regulation of excise duties is contained in Legislative Decree no. 504/1995[53]; for the determination of the rate to be applied, temporarily deferred (but not in case of self-consumption), it is necessary to take into account the quantity and quality of the *good* according to the classifications indicated in annex no. 1 of the TUA.

4. *Changes on the "Emissions Trading Scheme" (ETS-EU*).

Among the new EU budget resources that the Commission intends to introduce is a consequence of the establishment of a carbon pricing, whose dividend will have to support the green transition to achieve carbon neutrality objectives.

Revenues from effective carbon rates will allow the creation of a stabilization fund for any negative economic and financial events of the euro-states, whether general or asymmetric, that will assist European competitiveness at global level, will finance – by revising the Euratom Treaty – energy and environmental objectives with financial capacity to achieve a carbon neutral economy, promote investments in renewable energy sources and support countries that reduce energy-intensive production[54]. Part of these revenues will therefore be able to avoid the regressive impacts of energy taxation by reducing the income tax rates of the less wealthy taxpayers, until national reforms are implemented that shift the tax burden from labour and business to production and consumption of environmentally harmful goods or sectors that do not properly exploit natural resources.

Looking carefully, however, these are not only extremely ambitious intentions, but they go back to the past, as they are already contained in the distant "White Paper" by J. Delors[55], which proposed taxing the energy and CO2 content of fossil fuels in order to limit pollution and relaunch European production, while strengthening the financial stability of the Community and international competition.

In any case, in order to set a common and shared price on emissions, it is necessary to identify the instrument: is a carbon tax sufficient and, if so, how should it be structured?

---

harmonized for many constituent elements, and single-phase». For comments, see L. PEVERINI, *Presupposto, soggettività passiva e capacità contributiva nelle accise: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto tributario*, 5/2011, 449. As regards the index of the ability to pay excise duties, in the sense that the release for consumption of products is a mere condition for the tax administration to claim the amount due, M. TRIMELONI, *Abbuono e sgravio sulle imposte di fabbricazione: una terminologia legislativa ambigua*, in *Diritto e pratica tributaria*, I, 1976, 1102; A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, Turin 1992, 871.

[53] The decree, in fact, has been modified over time by several directives, such as 2003/96/EC, 2008/118/EC and 92/82/EEC, 92/83/EEC and 92/84/EEC, referring to concessions for individual products and their use, as well as collection and "control" systems. For a reconstruction of the interventions made to the system and related problems, see S. Fiorentino, Cessione in regime di sospensione di accisa e implicazioni nel procedimento tributario, in Rivista trimestrale di diritto tributario, 3/2015, 597 - 622; M. Logozzo, Le accise: inquadramento sistematico e questioni applicative, in Rivista di diritto tributario, 2/2018, 129 - 174.

[54] A. MAJOCCHI, *European Budget and Sustainable Growth. The Role of a Carbon Tax*, Turin 2018, 25.

[55] COMMISSION OF EUROPEAN COMMUNITIES, *Growth, competitiveness, employment. The challenges and ways forward into the 21st century*: *White paper*, 1993.

ISSN 2036-7821

Is it also necessary to take measures on carbon emission rights on the market for their trading?

For the European Commission, it is necessary to amend the Energy and Electricity Taxation Directive and the Emissions Trading Scheme in order to establish a tax that can avoid further distortions of the energy market and is suitable for combining with other revenues of the EU-ETS.

The *Scheme* – referred to by the Kyoto Protocol with a top-down strategy but revisited after the Paris Agreement with the bottom-up approach – was introduced by Directive 2003/87/EC[56] and the "***Green Paper*** on ***greenhouse gas emissions*** trading"[57] within the "European Climate Change Program", identified it to provide, in addition to command and control tools, incentive and disincentive devices to protect the environment.

Lastly, the Directive 2018/410 of the European Parliament and of the Council, preceded by 2009/29/EC due to the revised targets of the "Climate-energy package 20-20-20", made changes to the ETS for the period 2020-30, amending both the founding directive and the decision on the functioning of the "Market stabilizing reserve in the European system for trading greenhouse gas emission quotas"[58] to achieve, inter alia, the objective of their decrease due to the commitments of the "Climate-Energy Framework 2030", as well as those made in the "COP21"[59].

ETS is based on the principle of limiting and trading emissions, which briefly provides for the setting of a cap, or annual maximum, on the total of those produced by carbon dioxide or equivalent amounts of nitrogen oxide and hyper fluorocarbons, in particular by the energy-intensive installations which capture, transport and store them (steelworks, cement factories, electricity generation, aluminum, *etc.*), located not only in the EU, but also in Great Britain, Iceland, Liechtenstein and Norway, and even those related to commercial aviation (until 2023 only for airports located in the European Economic Area).

In concrete terms, the principle applies to the exchange of permits for the *right to pollute* and, within a predetermined threshold (European Unit Allowance), it's possible to buy and sell them at a price related to the dynamics of the reference market.

The available emission allowances, classified as financial instruments by the "MiFID II Directive", are auctioned and therefore have a *value*: one corresponds to the emission of one ton of CO_2 per year by the installations or corresponding quantities

[56] See P. DE' CAPITANI DI VIMERCATE, *L'Emissions Trading Scheme: aspetti contabili e fiscali*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1/2010, 15 - 40.

[57] COM(2000) 87.

[58] Decision 2015/1814 of the European Parliament and of the Council of 6 October 2015.

[59] That is, a 43% reduction in emissions quotas compared to 2005 levels through a lower distribution of the total amount of "permits" starting this year.

ISSN 2036-7821

of the other gases identified.
At the end of the period of validity of the *right*, that is to say by April 30 of each year, the owner must surrender the allowances with which he *covered* his emissions in the previous year and, if he was able to reduce them, may keep for himself those not used for future needs or resell them to other operators who need them.
However, the quotas mentioned, are also allocated free of charge to energy-intensive industries at risk of "relocating" their emissions outside the EU, or to territories that do not meet European environmental requirements[60].
Well, the latest ETS reform, as stated, is of 2018 and provides for the inclusion of the carbon footprint produced by maritime and road transport[61], as well as by the construction sector[62] with simultaneous interventions on the ETD Directive, as well as the provision of a carbon border adjustment mechanism, the increase in the annual net decrease in emission allowances, the provision of financing for low-emission investments, and the phasing out of free allowances for sectors least exposed to direct and indirect risk of carbon leakage[63].
We are now in phase four (years 2021-2030), during which the sectors concerned will have to further reduce their emissions (- 43 % compared to 2005 levels), and the aforementioned Market Stability Reserve (MSR), an additional mechanism, in force since 2019[64], aimed at reducing excess market shares in the energy market, as well as improving the resilience of the ETS from possible future shocks[65].
The system of permits to pollute, in fact, must be reviewed because of its low-effectiveness at promoting the reduction of emissions and the boosting of environmentally friendly, innovative and competitive production by the most energy intensive industries. With the pandemic crisis, however, EU quotas have shown prices that, for many companies operating in this market, have proved

[60] See M. CECCHETTI - F. GRASSI, *Le quote di emissione*, in R. FERRARA - M.A. SANDULLI, *Trattato di diritto dell'ambiente*, II, Milan 2014, 303-337.

[61] For them, the ETS would only apply to 7.5 percent of global emissions produced and, according to the International Chamber of Shipping, a mandatory Market-Based Measures based on a global tax would be preferable.

[62] EP LEGISLATIVE OBSERVATORY, *EU Emission Trading System, including Maritime and Operation of a Market Stability Reserve*; EUROPEAN COMMISSION, *Fit for 55 Package - 2021/0211*; EUROPEAN COMMISSION, *Stepping up Europe's 2030 climate ambition. Investing in a climate neutral future for the benefit of our people* – COM (2020) 562.

[63] In the first case, the risk relates to European companies forced to relocate production due to high carbon prices; in the second case, there would be an increase in prices, in particular of electricity, for those who use it, only because the price of emissions is high, recalling that art. 10a, paragraph 6, of the ETS-EU Directive provides that Member States may adopt «financial measures in favor of sectors or sub-sectors deemed to be exposed to a high risk of relocation [...] due to the costs associated with emissions [...] transferred to electricity prices, in order to compensate for such costs and where such financial measures comply with the applicable State aid rules and to be adopted in this context».

[64] Decision (EU) 2015/1814 of the European Parliament and the Council of 6 October 2015 concerning the establishment and operation of a market stability reserve for the Union greenhouse gas emission trading scheme and amending directive 2003/87/EC.

[65] EUROPEAN COMMISSION, *EU-ETS*, in *ec.europa.eu/clima*.

ISSN 2036-7821

unsustainable and will most likely increase even more as a result of the new climate targets while increasing the carbon leakage risk[66].

5. *A new framework for energy and electricity taxation.*

Among the legislative initiatives of "Fit for 55", complementary to this just examined, there is that of amending directive 2003/96/EC on the European framework of energy products and electricity subject to excise duties.

The DTE, introduced in 2004, has already been the subject, among other things[67], of a revision proposal in 2011[68], which has not materialized due to the opposition of some Eastern European States. Nonetheless, its aim was to ensure the proper functioning of the market in electricity sector and in those of products used as transport fuels or heating fuels[69] to avoid distortions of trade and competition between EU economic operators due to differences in tax systems that were and are high in taxation systems and, therefore, to avoid production relocations to low taxation countries.

The objective of the proposal, more specifically, was to tax products taking into account their energy content and emissions of climate-altering substances in order to achieve them, indicating the minimum levels of taxation for which each State should have identified uniform rates, irrespective of the source of production (*i.e.*: the energy product used).

This would be achieved gradually, taking into account national specificities[70].

The objective, as mentioned, has not been achieved and the current emissions rates in question are set by each country and linked, for the most part, to the *volume* of products, not to the relationship between relative energy content and resulting environmental impact, as underlined by the Commission in the explanatory statement of the last revision proposal[71].

---

[66] COM(2021) 551 final.

[67] Among other proposals reference is made to COM (1992) 226 to introduce a harmonized tax on carbon dioxide emissions and energy in relation to the energy value of products, and to COM (97)30 which, rather than widening and improving the fiscal framework for mineral oils, set only minimum levels of taxation for energy products and electricity and introduced further exemptions.

[68] COM (2011) 169 2011/0092 (CNS) to reconcile economic and environmental objectives set out in European Parliament resolution P7 TA (2011) 0080. In this communication, the Commission, in assessing the impact of the proposal, indicated that tax leverage on energy is essential to enable Member States to achieve the revised climate targets (at that time). Further measures include those relating to Council Directives 92/81/EEC and 92/82/EEC of 19 October 1992 on the harmonization of the structures of excise duties on mineral oils and on the approximation of rates, as well as COM (1992) 226 – Proposal for a council directive introducing a tax on carbon dioxide emissions and on energy.

[69] See, also, Council directive 2008/118/EC of 16 December 2008 concerning the general arrangements for excise duty (repealing directive 92/12/EEC), replaced by directive 220/262/EU of 19 December 2019.

[70] S. SUPINO, *Tassazione dei prodotti energetici e politiche ambientali dell'Unione europea: le recenti proposte di modifica della Direttiva 2003/96/CE avanzate dalla Commissione e approvate dal Consiglio UE, sono in linea con le ultime indicazioni dell'OCSE in materia di fiscalità energetica*, in *fiscalitàdellenergia.it*, 2020.

[71] COM(2021) 563 def.

ISSN 2036-7821

It should also be noted that not only excise duties but also tax exemptions and reductions (for example, for international air and maritime transport), as well as being different between states, are unjustified and now outdated by the new climate objectives. This leads to hypotheses of fiscal dumping between energy sources and selective tax exemptions which, inevitably, are passed on to taxpayers as final consumers of energy-intensive products. To all this it must be added that the current legislation does not consider, among other things, that the industries use more and more alternative fuels, but are still anchored to a taxation system incapable of promoting technologies and investments in terms of environmental sustainability.
From all this, the intention is to introduce in the EU market a common tax system on the products in question with minimum rates in EUR/GJ related to the referable *use*. In addition, those rates should be automatically adjusted each year to Eurostat consumer price data[72].

6. *The complexity of introducing a carbon tax at European borders.*
Another proposal from the European Commission is to introduce a carbon border adjustment mechanism to align the price of some imported products with the amount of emissions incorporated in them[73].
The instrument, defined as «a question of survival» for European companies and the internal market due to the tightening of climate targets and the increase in price of emissions in the ETS-EU System, is aimed at curbing competition from third countries that are excluded and have less stringent environmental regulations.
In practice, and here again, the aim is to avoid, on the one hand, companies moving their production abroad because the environmental provisions are stricter and, in this regard, the presentation of environmental certificates compliant with the *Scheme* is also foreseen for imported products and, on the other hand, there is an increase in global harmful emissions due to the replacement of EU products by non-EU products with higher CO_2 footprint[74].
The fundamental issues remain, however, that of being able to allocate a "price" to carbon and if this were to be done through a tax on imports, or to be applied to European borders, it should concern, at least initially, only the most polluting sectors. This is the carbon border tax that the Commission proposes to introduce as a complementary or alternative measure to the extension of the ETS on imported products, thus forcing foreign companies to buy their allowances so that they can sell

[72] For example, conventional fossil fuels and unsustainable biofuels will be subject to the highest minimum rate (€ 10.75/GJ) if used as fuel; for others, facilitating decarbonization and for a decade, a minimum rate (€ 7.1/GJ) will be applied. The lowest rate (€ 0.15/GJ) was found for the electricity tariff.
[73] See, also, EUROPEAN PARLIAMENT, *A WTO-compatible EU Carbon Border Adjustment Mechanism*, procedure 2020/2043(INI), texts adopted on March 10, 2021.
[74] G. THOMAS, *Il carbonio, frontiere e sfide globali per l'Europa*, in *Il Sole 24 ore*, August 27, 2021.

ISSN 2036-7821

them on our market.
The tax, which the International Monetary Fund has defined as the «most powerful and efficient» among the various instruments to be instituted to reduce harmful emissions[75], would have the tax base calculated on the excess carbon content of said products to be compared to a reference benchmark on the European correspondents, after aligning the emission quotas already subjected to the (to be reformed) cap and trade system.
Therefore, the tax would be based on a *process* and correspond to the carbon content produced by the emitting energy source. As regards revenues, at least in part, they should be allocated to the *compensatory rights* levied on imports to be allocated, immediately, to the EU[76]. The carbon border tax would, in fact, be part of the traditional own resources collected by the States, as it is a customs duty on non-EU products[77].
The need for a *fiscal adjustment at borders* would also be based on the principle of payment of excise duty in the state of release for consumption and would be in line with EU harmonization regulations.
In essence, the tax would intervene in the place of goods consumption[78] and, moreover, already in article 49 of the European Coal and Steel Community (ESC)[79] – the Institution that preceded the Treaty of Rome constituted the European Economic Community, then the European Union – authorized a levy on the production of carbon (and steel), with a rate not exceeding 1% of the average value of each product and whose revenues were intended to finance the "restructuring" of activities in the area. This, however, would pose significant and difficult problems to overcome due to the possible violation of the rules of the Word Trade Organization.
In fact, article II.2 of the General Agreement on Tariffs and Trade requires any border tax
to be implemented on *similar* products to those taxed at national level and that,

[75] INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Fiscal monitor: How to Mitigate Climate Change*, October 2019.
[76] D. GROS - C. EGENHOFER, *Climate Change and Trade. Taxing Carbon at the Border?*, in *CEPS Paperbacks*, Maj 27, 2010.
[77] As is well known, customs duties have very ancient origins and have long been the fundamental element of State sovereignty, where the crossing of goods within their borders was a prerequisite for the application of taxes and customs duties even within Europe before the creation of the customs union. See M. MICCINESI, *Diritto doganale, delle accise e dei tributi ambientali*, Milan 2014.
[78] In addition, paragraph 2 of article 2, TUA, identifies the chargeability of the excise duty when the product is released for consumption in the territory of the State. It also recalls the judgement of the Italian Court of Cassation of 6 November 2013, no. 24912, according to which the suitability, as an economic attitude, of manufacturers or importers, to present themselves on the market to sell products to third parties «translates into an ability to pay index, (which) propitiates the compatibility of the taxation with article 53 of the Constitution».
[79] In the founding Treaty, Article 4 regulates for the first time and fully the prohibition of State aid in the common market for carbon and steel, as well as the granting of entry and exit duties, taxes having equivalent effect and quantitative restrictions on the movement of products or restrictive and discriminatory practices. See A. QUATTROCCHI, *Gli Aiuti di Stato nel diritto tributario*, Padua 2020, 15.

ISSN 2036-7821

article III.2, the border tax may not exceed the domestic tax rate
The prohibition of fiscal discrimination is, however, tempered by the same rule that admits *subsidies* in favor of domestic producers only, including *tax collection* and *diversified domestic taxation*.
Article XX mentions, in fact, some exceptions and, among these that may be adopted, arbitrary or unjustifiable discrimination between countries when they are necessary to protect human, animal and plant health/life (paragraph *b*) or to conserve depleted natural resources (paragraph *g*), were such measures are rendered effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption[80].
If the carbon border tax is accompanied exclusively by the relocation of carbon emissions quotas in the ETS-EU it could indeed prove to be an excessive and unjustified measure to protect European companies.
However, the European Commission considers that this does not exist and that the CBAM will be compatible with international trade standards[81], it will be applied in a fair and gradual manner[82], as well as, at least initially, only to limited energy-intensive productions.
At the same time, it is clear that it will be a complex operation as some States would inevitably suffer negative economic repercussions from the introduction of the *mechanism*. China, for example, has already expressed its opposition to a carbon border tax[83], arguing that such a framework would undermine relations with the EU, otherwise friendly and cooperative on the carbon market[84].

---

[80] On the compatibility of the carbon tax with the rules of the MTO, see L. KREISER - M.S. ANDERSON - B.E. OLSEN - S. SPECK - H.E. MILNE - H. ASHIABOR (eds.), *Carbon Pricing, Design, Experience*, Cheltenham 2015.

[81] P. KRUGMAN, *Working Out: Two Cheers for Carbon Tariffs*, in *New York Times*, 16 July 2021, spoke in favor of a carbon border tax. The economist, observing the US system, recalls the intentions of the EU Commission on CBAM, not considering it a form of protectionism and a measure at risk of carbon leakage. He states, in fact, that it is necessary to introduce «international sanctions against nations that do not take measures to limit emissions […], so as to stop an environmental threat that endangers our existence […]. If China and developing countries - responsible for a large proportion of CO_2 emissions - do not participate in the fight against change, the efforts of the EU or the United States risk being thwarted». To support his belief, the Author gives the example of VAT «a tax on producers which, in fact, is a national tax, resulting in higher prices, undergoing an adjustment at the borders, so as not to balance on one side». It is therefore necessary to think of the tax "as a sales tax. In fact, who imports pays a tax on imported products and who exports gets a reduction equal to the tax paid on what they export». From here, CBAM could be conceived in the same way, morphing «in a technique to induce the citizens of a State to consider the emissions connected to the production of the goods they consume [...], allowing to consider many rules on climate change as a form of taxation on national consumers».

[82] In fact, starting from 2023, there will be a transitional period (3 years), during which importers will have to communicate only the emissions contained in their goods without undergoing any fiscal impact. The mechanism will be reviewed in 2025 and the carbon border tax will be applied between 2026 and 2035.

[83] UN Conference "COP25".

[84] See, Memorandum of understanding on the circular economy between the European Union and China, 17 July 2018. The BASIC countries (Brazil, South Africa, India and China itself) issued, inter alia, a joint statement in April 2021 which strongly criticized the EU's protectionist policy by invoking the principle, as set out in the 1992 UNFCCC Treaty, that is, if the responsibilities are "common" in the fight against climate change, they must be "commensurate" to the respective economies.

ISSN 2036-7821

Further difficulties have been expressed by the European Parliament in a report dated 15 February 2021[85] indicating that this import tax: *i*) would not completely solve the risk of relocation of European plants due to the higher costs of CO_2 emissions; *ii*) difficulty on how can greenhouse gas emissions be traced in the global value chains[86]; *iii*) would impose a significant "burden" on taxpayers/finals consumers; *iv*) would give EU industries a double advantage over their foreign competitors, as the former already receive free allowances from their ETS[87].
In any case, a preliminary and fundamental question remains waiting for an answer: how to design an objectively optimal structure to introduce a carbon border tax? Decisions are needed on which products to *cover* with the tax and on how to adapt it to different products from different suppliers/countries[88].

7. Carbon taxation not only at the "borders".
To what has been said, it is possible to add the alternative of providing a tax proportional to the amount of CO_2 emissions to produce specific European and imported products, namely a carbon tax that is not exclusively *at the border*[89].
It would therefore be an environmental tax in the *strict sense* as it is characterized by the «proportional and etiological correlation between the use of substances that cause environmental damage and the onset of tax liability»[90], resulting in a higher level of carbon used to produce a *good*, the higher the *price* that, through taxation, will be attributed to fossil fuels in order to encourage economic operators to prefer cleaner forms of energy and, consequently, the consumers to buy it.
At the level of the individual States, this is a tax already present, at least in some, and since the nineties of the twentieth century.
The first country to provide for it was Finland, which initially linked the tax base to

[85] COMMITTEE ON THE ENVIRONMENT, PUBLIC HEALTH AND FOOD SAFETY, *Towards an EU border carbon adaptation mechanism compatible with the WTO* - 2020/2043 (INI).

[86] This is due to the fact that economic and commercial ties are now at global level and of close interrelation between the productive processes of the States. In essence, even if the carbon tax were proportional to the emission content of the imported goods, it would only affect the last link in the production chain, without affecting the upstream stages. See V. COSTANTINI - I. FUSACCHIA - E. PAGLIALUNGA -L. SALVATICI, *Controllo delle emissioni climalteranti e catene globali del valore*, in *Rivista di politica economica*, 1/2021, 75.

[87] This element has long been reported by J. HILLMAN, *Changing Climate for Carbon Taxes: Who's Afraid of the WTO?*, in *Climate & Energy Policy Paper Series*, July 2013.

[88] G. ZACHMANN - B. MCWILLIAMS, *A European carbon border tax: much pain, little gain*, in *Policy Contribution*, 5/2020, 8.

[89] A carbon tax has begun to become an object of consideration as climate change awareness has increased. Internationally, this coincides with the establishment of the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) in 1988, the publication of its first report in 1990 and, later, with the establishment of the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) at the Earth Summit in Rio de Janeiro two years later. See, B.P. HEBER - J.T. RAGA, *An international carbon tax to combat global worming; an economic and political analysis of European Union proposal*, in *The American Journal of Economics and Sociology*, 3/1995, 257 - 267.

[90] A. ELIA, *La carbon tax e la sua applicazione proporzionale al potere inquinante dei combustibili: il criterio della proporzionalità adeguata nella tassazione ambientale*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1/2012, 113.

ISSN 2036-7821

the carbon dioxide content of the *goods* necessary for the production of heat and electricity, later extending it to energy and fuels for transport[91].
Shortly thereafter, Norway[92], Sweden[93], Denmark[94], the Netherlands, Slovenia and Ireland[95], intervened on the matter.
With regard to France, since 2014, there is the *contribution climat-énegie*, that together with the *taxe intérieure de consummation sur le produits énergétique* and the *taxe sur le gaz naturel*[96], whose main objective is not to reduce emissions harmful to the ecosystem but – as is the case in much of our continent – simply to increase tax revenue to reduce budget deficits[97].
On 8 August, moreover, the *Loi Climat et Résilience* came into force, created to meet the demands of the movement of "yellow vests", and finalized in the first months of 2019 in a national debate aimed at knowing the wishes of the community on taxation, public spending, state organization, public services and, indeed, ecological transition. Hence, the "climate" is placed at the center of national projects and, in April 2019, the President of the Republic announced the creation of an Ecological Defense Council and the Citizens' Convention on Climate, organized by the Economic, Social and Environmental Council (EESC), whose proposals will have to be submitted to a referendum, parliamentary vote or directly applied.
So, since October 2019, the CCC brings together 150 citizens (drawn lots), identified as "responsible" for defining measures to reduce greenhouse gas emissions by 2030 by at least 40% (compared to 1990), following social justice objectives. In July 2020, again, the Council adopts the first regulatory measures and, in the following September, "Plan France Relance" sees the light embedded in the Financial Law for 2021. Finally, in February 2021, the bill *Cimate and Resilience* was presented becaming law last August.
As regards the United Kingdom, on the other hand, and since 2000, there has been a real climate change levy for energy and non-domestic supplies in relation to

[91] For further information, A. VOURC'H - M. JIMENEZ, *Enhancing Environmentally Sustainable Growth in Finland*, OSCE, w.p. 29/2000.
[92] The State has now eliminated most of the exemptions in the area, covering with its carbon tax more than 60 % of the emissions produced there.
[93] In 2017, the State passed a law that commits itself by 2045 to reduce total emissions by at least 85% compared to 1990 levels. For the remaining 15%, emissions are "offset" by investing in projects that help to reduce pollution even beyond national borders.
[94] For a general review of the tax in Europe, see TAX FOUNDATION, *European Countries with a Carbon Tax*, 2021.
[95] OSCE, *Effective Carbon Rates 2021: Pricing Carbon Emissions Through Taxes and Emissions Trading*, Paris 2021.
[96] R. BOURGET, *Propos sur quelques promoteurs de la fiscalité sur l'énergie*, in *Revue européenne et internationale de droit fiscal*, 3/2016, 281 - 293: L. ROGISSAT - S. POSTIC - J. GRIMAUD, *La composante carbonne in France: fonctionnement, revenus et exoneration*, in *i4ice.org*, October 12, 2021. On the difficulty of introducing it, see X. MAGNON, *De la possibilité d'une contribution carbone: entre censure constitutionnelle, contraintes communautaires et concurrence international*, in *Droit de l'Environnement*, 2010, 219 - 224.
[97] OSCE, *What are the Best Policy Instruments for Fiscal Consolidation,* paper n. 12/2012; G. SAINTENY *Plaidoyer pour l'écofiscalité*, Buchet Chastel 2019, 49.

ISSN 2036-7821

electricity, end-use gases, hydrocarbon gases distributed in liquid form, coal, lignite and petroleum (plus coke and semi-coke), adding to other environmental taxes, such as landfill and aggregate tax.

Since 1996, a minimum price has been set on carbon, an eco-tax *in the functional sense* as it assumes the higher consumption of the products to which it is parameterized[98], not the physical pollutant unit. Therefore, it is not a *strictu sensu* environmental tax since, to be such, it is indispensable «a necessary causal link, a direct (almost osmotic) relationship between the premise and the material fact – physical unity – which leads to a scientifically proven and sustainable deterioration of the environment […], which must not be absolute in order to justify taxation, but relative, therefore bearable, possibly reversible, possibly repairable. In fact, an unsustainable and irreversible deterioration is not part of the fiscal instrumentation because in these cases the physical unit that produces it cannot but be affected by prohibitions and related sanctioning instruments and certainly not *legitimized* by the fiscal instrument or, in any case, by other economic measures»[99].

In the German tax system, instead, since November 2019, a carbon pricing has been set in the transport and domestic heating sectors with a simultaneous and progressive decrease in the *Erneuerbare-Energien-Gesetz* surcharge on the electricity bill[100], while the Austrian government has outlined a plan to impose new taxes on carbon emissions which, in turn, will finance tax cuts for middle-income workers.

From next July, taxpayers will be taxed € 30 per tonne of carbon, which will rise to € 55 by 2025.

The measure will initially result in an additional cost of 10 cents per liter at service stations and at the same time € 130 more for the average annual heating costs of the Austrian family.

It is clear from the brief outline that the tax in question is dissimilar in the Euro-States and this inevitably has repercussions on harmful emissions quotas provided for each of them.

Moreover, differences in this sense are also inferred within the same state and, in this regard, an example is offered by the Spanish carbon tax that intervenes only on fluorinated gases[101], while in Catalonia – in addition to the *impuesto sobre la emisión de*

---

[98] F. GALLO, *I problemi della tassazione ambientale,* in *rivistacortedeiconti.it*, 2021.

[99] See F. GALLO, *Profili critici della tassazione ambientale*, in L. ANTONINI (ed.), *L'imposizione ambientale nel quadro del nuovo federalismo fiscale*, Naples 2010, 3; F. MARCHETTI, *I tributi ambientali*, in S. GRASSI - M.A. SANDULLI (eds.), 277 - 300; A.F. URICCHIO, *Italia: le politiche tributarie in materia ambientale*, in A. Di Pietro (ed.), *La fiscalità ambientale in Europa e per l'Europa*, Bari 2016, 468 - 472.

[100] See A. MAJOCCHI, *Il carbon pricing in Germania e le nuove risorse proprie europee*, in *L'Unità europea*, July 28, 2020.

[101] See F. ADAME MARTÍNEZ (ed.), *Fiscalidad ambiental en España: situación actual y perspectivas de futuro* Pamplona 2015; C. ÁMARA BARROSO, *La fiscalidad energética y medioambiental en España a la luz del derecho de la Unión europea*, in I. MERINO JARA (ed.), *Fiscalidad internacional y comunitaria*, Madrid 2019, 151; A. VAQUERA GARCÍA, *De la tributación ambiental a las medidas financieras incentivadoras de la economía circular,* Pamplona 2020.

ISSN 2036-7821

óxidos de nitrógeno a la atmósfera producida por la aviación comercial and the *impuesto sobre la emisión de gases y partículas a la atmósfera producida por la industria* – there is a tax specifically affecting carbon dioxide emissions from mechanical traction vehicles.
This environmental tax measure – established in 2017 with the law no. 5 containing fiscal, administrative, financial measures for the public sector, as well as aimed at creating and regulating the taxation of large businesses, stays in tourist establishments, on radiotoxic elements, on packaged sugary drinks and on CO_2 emissions – has been extended, in application, by law no. 9/2019 to other categories of cars and motorcycles to replenish the "Climate Fund" and the "Natural Heritage Fund".
With some specific exemptions, taxable persons are also identified as legal entities owning vehicles, provided that they are domiciled for tax purposes in the Autonomous Community. With regard to the tax base, it is given by the carbon dioxide emissions produced and "measured" in grams per km, on the basis of what is indicated in the specific certifications issued by the manufacturer or importer. If, on the other hand, the tax base cannot be determined in this way, the tax is calculated by applying specific *formulations* which take into account engine capacity, fiscal and maximum net power, maximum weight, *running mass*, tare and *age* of the vehicle, considering a maximum and minimum limit of CO_2/Km emission limit[102].
With reference to Italy, an unrealized project to introduce a carbon tax was present in article 6, paragraph 7, of the connected to the "1999 budget law" which indicated that pollutant production should have been reduced as a result of the commitments made under the "Kyoto Global Warming Agreement" at "COP3".
In particular, it was a tax on the consumption of coal, petroleum coke and bitumen of natural origin emulsified with 30 per cent of water ("orimulsion"), used in combustion plants and its rate was to be directly proportional to the harmful effects caused to the environment. As for the resulting income, the tax was to replace other forms of taxation, especially on labour to increase employment, in compliance with *fiscal neutrality*[103].
The Italian carbon tax, as mentioned, was not introduced as well as the *Green Act*, although announced as *imminent* in 2015 by the Prime Minister at the time in office.
Another proposal, somehow aimed at protecting the environment, was launched in

[102] SECRETARÍA GENERAL DE FINANCIACION AUTONOMICA Y LOCAL, Subdirección General de Relaciones Tributarias con las Comunidades Autónomas, *Relación de impuestos propios y recargos de las comunidades autónomas de régimen común*, Madrid 2021; F. SERRANO ANTÒN, *Presente y futuro de la tributaciòn ambiental autonòmica*, in F.D. ADAME MARTINEZ (ed.), *Fiscalidad ambiental en España: situaciòn actual y perspectivas de futuro*, Navarra 2015, 73 - 112.

[103] See A. MAJOCCHI, *La tassazione ambientale nella prospettiva del Documento di previsione economica e finanziaria*, in S. MINESTRINI -L. DE BENEDETTI (eds.), *Fiscalità, Ambiente, Sviluppo. Delega al Governo per l'introduzione di incentivi per finalità ecologiche per uno sviluppo economico sostenibile e per l'occupazione*, Roma 1999, 9; A.F. URICCHIO, *Le politiche tributarie in materia ambientale*, in A. DI PIETRO (ed.), 484.

ISSN 2036-7821

2009 with the law decree n. 78 which introduced the *Robin Hood Tax*[104], an additional corporate income tax (IRES), to be applied also to the refining and production/ marketing of petroleum, diesel for various uses, lubricating oils and electricity produced by them in previous tax period when revenues exceeded 25 million euros.
This measure (surcharge), at least initially, would have increased the tax rate from 27.5 to 33 per cent (both on windfall profits and on excess profits), with the simultaneous prohibition of economic operators to pass on the increase to consumer prices.
However, the Constitutional Court declared the surcharge illegitimate in decision no. 10/2015 for violation of the principles of reasonableness and ability to pay (article 53 of the Constitution), as it is an increase in the rate based on the total entrepreneurial income and a *structural measure*, although introduced for the increase in raw material prices due to the economic situation. In the present case, there were no verification *mechanisms* prohibiting economic operators from passing on the tax burden to consumers[105].
Returning to another intention to introduce a tax on emissions harmful to the environment into Italian tax system, law no. 23/2014 intervened on the excise duties on energy products and electricity in relation to the *content* of nitrogen oxide and sulphur and the related revenues were to be allocated to plants with exemptions already foreseen for renewable energy[106].
In this regard, a reference is made to the "refund of excise duties on diesel fuel" for motor vehicles, that is to a subsidy against payment for having purchased it and recently modified by the budget law for the year 2020.
To finish, the decree law n. 146/2021, linked to the financial interventions for 2022, refinanced with provision in article 7 the *eco-bonus Fund* for the purchase of low carbon emissions vehicles.
Having carried out a concise analysis of energy taxation in the Member States, which is clearly inconsistent, and having considered the intention to introducing a carbon tax not only at the *borders* and at a general level, it should be noted that the

[104] Law decree n. 112/2008.

[105] For the appropriate insights, see A. MARCHESELLI - S.M. RONCO, *L´"incostituzionalita` differita" della c.d. Robin Tax, tra diritti fondamentali, analisi economica del diritto e diritto dell'Unione europea: il futuro della fiscalità tra nuove categorie concettuali e rischi di "teratogenesi" giuridica*, in *Consultaonline*, 2015, 647 - 655; D. STEVANATO, *Robin Hood Tax tra incostituzionalità e aperture della Corte a discriminazioni qualitative dei redditi societari*, in *Corriere tributario*, 13/2015, 951 - 957; L. LETIZIA, *Equilibri finanziari e squilibri costituzionali: alcune (aggiuntive) riflessioni a margine della sentenza n. 10/2015 della Corte costituzionale*, in *Innovazione e diritto*, 4/2015, 87 - 107.

[106] See G. SELICATO, *Profili teorici ed elementi evolutivi degli strumenti agevolativi a carattere fiscale e non fiscale per la promozione dello sviluppo sostenibile*, *International Tax Law Review*, 2-3/2015, 399-429; R. PIGNATONE, *Agevolazioni su imposte ambientali ed aiuti di Stato,* in M. INGROSSO - G. TESAURO (eds.), *Aiuti di Stato ed agevolazioni fiscali,* Naples 2009, 747 - 754; F. PEPE, *Le agevolazioni fiscali regionali in materia ambientale*, in *Rivista di diritto tributario*, 3/2012, 281 - 313; P. PURI, *La produzione dell'energia tra tributi ambientali ed agevolazioni fiscali*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2/2012, 1039 - 1059.

ISSN 2036-7821

hypothesis would also pose problems and, among them, a fundamental one determined by the continuous difficulty of being able to know/estimate the *cost* of environmental damage for each *level* of pollution/emission produced.
In this regard, harmful emission standards could be identified for each *good* to be associated with the energy used in the production/distribution process.
However, and concretely, the introduction of a carbon tax on is an issue closely related to fiscal policy objectives that are intended to be achieved by defining tax bases and rates, considering fuels or *sources* to be taxed, verifying what revenues will be able to generate and how to use them, the impact that can determine on consumers, businesses and more widely on the economic system.
It is certain that the introduction of a *pure* carbon tax would lead to an increase in export prices and this could reduce the competitiveness of EU companies.
Moreover, it would have a particularly critical impact on specific categories of workers and industrial sectors without the launch of fiscal reforms[107].
In addition, the risks of fraud that could arise on energy certifications with reduced payments should not be overlooked.
Finally, both a carbon tax and a carbon border tax would require the unanimous agreement of the Member States.

8. *The remote prospect of a minimum global tax on environmentally harmful emissions.*
Climate change is a major emergency, not to be postponed, and an event closely linked to economic development in a redistributive sense. CO_2 emissions remain the main factor in greenhouse gases (GHG) and the increase in its mass is mainly due to the harmful use of polluting and non-renewable energies.
In this regard, the International Monetary Fund proposed, on June 18, an international carbon price floor among large emitters, but here too there would be considerable implementation problems.
In reality, globalization has been severely compromised by the pandemic which has shown protectionist and nationalist tendencies, although it is clear that trade relations between states are closely interlinked.
In fact, a uniform global tax on harmful emissions would affect, way too much energy-intensive States (such as China and India), major exporters of fossil fuels, *i.e.*: coal, oil and methane (Russia, USA).
In addition, it would penalize large oil exporters (Saudi Arabia, Qatar), those who do not or have little differentiation of their energy sources or who have high consumption of energy per capita, and finally those characterized by energy-intensive production (USA, Japan, Israel).

[107] A. BARANZINI - S. CARATTINI, *Taxation of Emissions of Greenhouse Gases*, in B. FREEDMAN (ed.), *Global Environmental Change. Handbook of Environmental Pollution*, 1/2014, Springer, Dordrecht, 543 - 560.

ISSN 2036-7821

The consequence would be the inevitable increase in fuel prices for transport and heating also in countries with "good" environmental protection measures (Sweden, Norway, Iceland).
It is certain that, in addition to coordinated and multilateral actions, one of the "tools" to mitigate climate change can only be a tribute, but the preliminary creation of an international emissions market is still a long way off.
Indeed, if a carbon tax is established in the EU alone, this will represent an insufficient remedy to solve the serious environmental problems that extend into a global dimension[108].
The introduction of a CBAM should overcome the difficulties linked both to compatibility with World Trade Organization standards, and to the *calculation* of the content of polluting emissions incorporated in *intermediate* goods: the previous stages of the production chain can certainly have an international dimension.
Finally, it is necessary to clearly outline the policy objectives to be achieved.
Unfortunately, globally they are (still and only) good intentions as the UN climate Conference recently held in Scotland has unequivocally demonstrated, showing the impossibility of reaching common rules for a global market, especially for reasons related to commercial interests.
The Glasgow Climate Pact, although described as *historic* by the President of "COP26" and the German Minister of the Environment, contains only guidelines so that all the States participating in the Conference (in fact, a few), comply with the new targets for limiting global warming. Moreover, almost at the conclusion of the negotiations, India has asked and obtained the modification of article 36, replacing *phase out* with *phase down* regarding the harmful emissions.

[108] The purpose, in fact, was also advanced by the United States with respect to the referable ETS. See, J. BIDEN, *Plan for Climate Change and Environmental Justice,* April 2021, in *JOEBIDEN.COM/CLIMATE-PLAN*; CLIMATE LEADERSHIP COUNCIL, *The Baker Shultz Carbon Dividend Plan, Bipartisan Climate Roadmap*, in *clcouncil.org*, February 2021; R.N. STAVINS, *The Future of U.S. Carbon-Pricing Policy*, w.p., Cambridge 2019; S.A. BROOKS - N.O. KEOHANE, *The Political Economy of Hybrid Approaches to a U.S. Carbon Tax: A Perspective from the Policy World*, in *Review of Environmental Economics and Policy*, 14/2020.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La tutela del whistleblower tra etica e pragmatismo. La logica premiale del modello statunitense: un modello da importare?

di Valentina Maria Donini

(Ricercatrice di diritto privato comparato, docente di prevenzione e contrasto alla corruzione, Scuola Nazionale dell'Amministrazione, Roma.)

Sommario

1. Introduzione: la comparazione giuridica per scegliere la "soluzione migliore" – 2. La premialità nella cultura giuridica anglosassone. – 3. Cenni storici: il writ of qui tam nel diritto inglese. – 3.1 Il whistleblower nell'attuale disciplina inglese – 3.2 Ipotesi di premialità nel diritto inglese?- 4. La tutela del whistleblower negli Stati Uniti.– 4.1 I primi whistleblower negli USA. – 4.2 Il False Claims Act, origine ed evoluzione. – 4.3 Tutela del lavoratore. – 4.4 La tutela del whistleblower nel settore privato. – 5. Considerazioni conclusive

Abstract

In the long-standing discussion on the functions and purposes of comparative law, the possible improvement of national law deserves particular attention. Moreover, the study of foreign rights can be a prerequisite for any reforms of national law, in order to "see which is the best, the most suitable".

Assuming that in our legal system the protection of the whistleblower is struggling to take off for a whole series of reasons (first of all for a cultural resistance, but also for the fear of a distorted use of the institution), we must ask ourselves if it is not necessary a reform of the current regulatory framework, especially considering that Italy has not yet implemented the Community Directive 2019/1937 concerning the protection of persons who report violations of Union law, despite the deadlines expiring in December 2021.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione: la comparazione giuridica per scegliere la "soluzione migliore".

Nell'annosa discussione sulle funzioni e scopi del diritto comparato[1], il possibile miglioramento del diritto nazionale merita un'attenzione particolare. Del resto, lo studio dei diritti stranieri può essere propedeutico a eventuali riforme del diritto nazionale, allo scopo di "vedere quale sia il migliore, il più adatto[2]".

Partendo dal presupposto che nel nostro ordinamento la tutela del *whistleblower* stenta a decollare per tutta una serie di motivi (*in primis* per una resistenza di ordine culturale, ma anche per il timore di un uso distorto dell'istituto), dobbiamo domandarci se non sia necessaria una riforma dell'attuale assetto normativo, soprattutto considerando che l'Italia non ha ancora recepito la Direttiva Comunitaria 2019/1937 riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione[3], nonostante i termini siano scaduti nel dicembre 2021.

In questo contesto, è opportuno domandarsi se esiste un modo per rendere l'istituto più attraente agli occhi dell'opinione pubblica, attraverso una riforma che tenga conto di quello che succede negli altri ordinamenti, alla ricerca appunto delle "soluzioni migliori".

La tutela del *whistleblower* è oggi un'esigenza ampiamente affermata a livello internazionale, sia in termini di *hard law*, sia di *soft law.*

Si pensi in primo luogo alla Convenzione ONU contro la Corruzione del 2003 o alla Convenzione Civile sulla Corruzione del Consiglio d'Europa del 1999[4]: due testi che dispongono esplicitamente l'obbligo per gli Stati membri di prevedere meccanismi di tutela per i dipendenti (o per "tutte le persone", come dispone in senso decisamente più ampio l'art. 33 della Convenzione ONU del 2003) che segnalano fatti di corruzione[5]. Nell'ambito della *soft law*, non si possono ignorare la Raccomandazione *Anti-Bribery* dell'OCSE del novembre 2021 (XXI) e la Raccomandazione sull'integrità

[1] Cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980. Vedi anche tra gli altri, T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, p. 43; R. DAVID, J. SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 2004; K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 1998; L.J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, Torino, 2000; A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, 2019.

[2] G. GORLA, *Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, XI, 1989, p. 6, che poi prosegue specificando che "all'uopo si tiene conto della situazione socio-economica-politica o *latu sensu* culturale, del proprio paese (quello del diritto nazionale) e di quella del paese o dei paesi stranieri, e si comparano queste due situazioni (...). Tali valutazioni, all'occorrenza, son da fare fra più diritti stranieri, fra cui scegliere, quando più diritti stranieri siano da prendere in considerazione per le riforme di quello nazionale".

[3] Direttiva che innalza le tutele già previste dalla normativa italiana, creando quindi l'esigenza di un adeguamento ai nuovi standard di protezione.

[4] Ratificata in Italia la prima con l. 116/2009, la seconda con l. 110/2012.

[5] Ma a livello globale vanno citati anche la Convenzione interamericana contro la corruzione (art. 3), la Convenzione dell'Unione Africana sulla prevenzione e il contrasto alla corruzione (art. 5), e il Piano d'Azione anticorruzione per Asia e Pacifico (pilastro 3).

ISSN 2036-7821

nel settore pubblico del 2017 (principio 9)[6]. Vanno inoltre citati i cosiddetti Principi di Tschwane, *The Global Principles on National Security and the Right to Information*, pubblicati nel 2013[7], e i lavori dell'*Anti-Corruption Working Group* (ACWG) nell'ambito del G20, che si sono svolti nel 2021 con la Presidenza italiana.

La tutela del *whistleblower* trova fondamento in un duplice approccio, da una parte ovviamente come strumento fondamentale per la lotta alla corruzione[8], dall'altra come manifestazione del principio di libertà di espressione[9], intesa sia come diritto di poter parlare senza paura, sia del diritto delle persone di essere informate, in base al principio di trasparenza[10].

Tuttavia, dato che a livello internazionale confluiscono sensibilità culturali e tradizioni giuridiche diverse e considerando anche come il tema sia ancora oggi

---

[6] Raccomandazioni che aggiornano rispettivamente quella *Anti-Bribery* del 2009, e la Raccomandazione del 1998 sul miglioramento della condotta etica nel servizio pubblico.

[7] Interessante esempio di *soft law* che ha visto la convergenza di 500 esperti da circa 70 paesi. Sul tema della tutela del *whistleblower* si vedano in particolare i Principi 40, 41 e 43.

[8] R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino, 2020, p. 3; N. PARISI, *Il contrasto alla corruzione e la lezione derivata dal diritto internazionale: non solo repressione, ma soprattutto prevenzione*, in *Diritto comunitario e scambi internazionali*, 2016, p. 191; D.U. GALETTA, P. PROVENZANO, *Il whistleblowing come strumento di prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella P.A.*, in *Federalismi.it*, 18, 2020; M. MARTONE, *La repressione della corruzione e la tutela del whistleblower alla luce della l. 30 novembre 2017, n.179*, in *Argomenti Dir. Lav.*, 2018, p. 61; A. PARROTTA, R. RAZZANTE, *Il sistema di segnalazione interna: il whistleblowing nell'assetto anticorruzione, antiriciclaggio e nella prevenzione da responsabilità degli enti*, Pisa, 2019; A. SITZIA, S. RIZZATO, *Il «lanceur d'alerte», alias «whistleblower», tra lotta alla corruzione, trasparenza e «parresia»*, in *Amministrare, Rivista quadrimestrale dell'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione pubblica*, 3, 2018, pp. 399-430; F.M. PERRONE, *Il whistleblowing da adempimento burocratico ad opportunità di promozione di una cultura etica nella P.A., in un necessario passaggio da un sistema di regole ad un sistema di valori*, in *Amministrativ@mente*, 1-2, 2017. Vedi anche V.M. DONINI, *La tutela del whistleblower tra resistenze culturali e criticità legislative*, in *Penale.Diritto e procedura*, 2021, n. 4, pp. 759-778.

[9] Sul punto cfr. ad esempio L. VALLI, *Whistleblowing, verità e democrazia: una riflessione*, in *Rivista semestrale di diritto*, 1, 2019, pp. 49-61; N. PARISI, *La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo*, in *Federalismi.it*, 8 maggio 2019; M. DI RIENZO, *La parresia del* whistleblower. *Il coraggio della verità e le convergenze pericolose*, in "Azienditalia", 10, 2021, pp. 1739-1749; D. VOORHOOF, *The right to freedom of expression and information under the European Human Rights system: towards a more transparent democratic society*, EUI RSCAS, 2014/12, Centre for Media Pluralism and Media Freedom (CMPF); W. VANDEKERCKHOVE, *Freedom of expression as the "broken promise" of whistleblower protection*, in *La Revue des droits de l'homme*, 10, 2016; A. MANSBAC, *Whistleblowing as Fearless Speech: The Radical Democratic Effects of Late Modern Parrhesia*, in *Whistleblowing and Democratic Values*, 2011.

[10] Sulla trasparenza in Italia, e il suo passaggio da *need to know* a *right to know*, grazie alla rivoluzione introdotta dall'accesso civico generalizzato, che ha importato nel nostro ordinamento il sistema del FOIA, cfr. il parere n. 515/2016 del Consiglio di Stato, Sez. consultiva atti normativi, sullo schema di decreto introduttivo che ha modificato il d.lgs. 33/13. In dottrina, cfr. ad esempio N. PARISI, *La trasparenza amministrativa, strumento di prevenzione della corruzione*, in AA.VV., *La trasparenza impossibile*, Milano, 2019, pp. 14-32; F. MERLONI, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 del 2012 e d.lgs. n. 33 del 2013*, in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Rimini, 2013, pp. 17-28; E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2016, pp. 579-622; A. AMODIO; *Il principio di trasparenza e il procedimento amministrativo: dal diritto di accesso documentale al diritto di accesso civico*, in *Amministrativ@mente*, 1-2, 2018, pp. 3-18.

ISSN 2036-7821

altamente divisivo[11], nonostante lo standard minimo fissato dai testi internazionali, si riscontrano differenze anche sostanziali tra i diversi ordinamenti[12].
Anche l'Italia ha dovuto adeguarsi agli impegni internazionalmente assunti, ma il dibattito nel nostro ordinamento è stato particolarmente aspro e complicato da resistenze di ordine culturale, per cui quasi inevitabilmente (ma erroneamente), la segnalazione viene ancora assimilata, nell'immaginario collettivo, alla delazione[13].
Il primo embrionale tentativo di codificazione della disciplina è quindi arrivato forse tardi rispetto ad altri paesi europei, grazie all'articolo 1(51) della legge 190/2012 che, prevedendo l'inserimento di un nuovo art. 54 bis al d.lgs. 2001/165, ha introdotto nel nostro ordinamento la tutela del dipendente che segnala fatti illeciti. È successivamente intervenuta in modo più sistematico e ampio la legge 179/2017, espressamente dedicata alla "tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato".
La Direttiva 2019/1937 ha ulteriormente innalzato le tutele previste per il *whistleblower*, ma al momento, nonostante siano scaduti i termini nel dicembre 2021, il legislatore italiano non ha ancora proceduto al suo recepimento.
Va subito chiarito che tanto il diritto italiano, quanto quello comunitario, condividono un approccio etico nei confronti dell'istituto, considerato espressione di senso civico e integrità del dipendente, che decide di sacrificare la sua tranquillità e il suo benessere personale per salvaguardare il bene comune, l'interesse collettivo. Lo Stato in cambio si impegna a proteggerlo, sotto due profili.
In primo luogo, il *whistleblower* ha diritto alla riservatezza della sua identità, il che però non vuol dire anonimato: le segnalazioni anonime non sono quindi ricomprese nell'ambito applicativo dell'art. 54 bis, e la loro considerazione è rimessa alla scelta della singola amministrazione[14].

---

[11] Cfr. N. PARISI, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, in *Lavoro, diritti, Europa*, 2, 2020, p. 5.

[12] A partire dalle fonti: ci sono ordinamenti dove la tutela del *whistleblower* è disciplinata in modo organico e sistematico in apposite leggi, ad esempio la Legge giapponese 122/ 2004, la Legge sudafricana 26/2000 o il PIDA britannico del 1998, come si vedrà *infra*, oltre alla legge italiana 179/2017. Ci sono invece ordinamenti che non presentano una disciplina unitaria, e la tutela del *whistleblower* è prevista da diversi testi normativi, come nel caso statunitense, e altri in cui la tutela del *whistleblower* è inserita marginalmente in normative di settore, come ad esempio la legge anticorruzione della Corea del Sud del 2009, o la normativa sul pubblico impiego canadese (2005).

[13] Ma dovrebbe essere evidente che si tratta di situazioni completamente diverse: il delatore con la sua denuncia (fatta per lucro o vendetta) persegue un interesse personale secondario e commette il reato previsto dall'art. 367 del Codice penale, mentre il *whistleblower* segnala un fatto illecito nell'interesse dell'integrità dell'amministrazione: quindi non per fini personali, ma al contrario sacrifica la sua tranquillità individuale nel nome di un interesse superiore primario, cioè quello pubblico.

[14] È evidente che se la segnalazione è anonima non solo non si è in grado di accertare lo status di dipendente pubblico di chi segnala, ma soprattutto non esiste alcun *whistleblower* da tutelare. Il fatto che però le segnalazioni

ISSN 2036-7821

Inoltre, con la sua segnalazione il *whistleblower* non deve subire ritorsioni o atti discriminatori sul posto di lavoro. Se il modello italiano si limita a prevedere una tutela giuridica, la Direttiva va ben oltre, prevedendo anche un sostegno finanziario e psicologico al *whistleblower*, e questo forse rappresenta non solo la principale differenza tra i due strumenti, ma anche la principale difficoltà per l'Italia che finora, su questi temi, ha sempre disposto la clausola di invarianza finanziaria.
In ogni caso va sottolineato come questo sostegno finanziario sia diretto solo a evitare che sul *whistleblower* gravino oneri eccessivi come appunto spese legali o spese mediche, correlate allo stress subito dal segnalante.
In nessun caso è previsto nella Direttiva una ricompensa al segnalante, dal momento che la logica che sottintende l'istituto è il desiderio di contrastare la corruzione, intesa nel senso più ampio, come *mala gestio*, e non ottenere alcun tipo di vantaggio personale.
Purtuttavia, nulla impedisce che i singoli Stati membri possano disporre diversamente, e quindi non è velleitario chiedersi se nella trasposizione della Direttiva non si possa ricorrere nel nostro ordinamento anche alla recezione di un meccanismo premiale.
Occorre valutare, quindi, se un'eventuale premialità per il *whistleblower* possa considerarsi o meno un valido incentivo alle segnalazioni per permettere all'istituto di "decollare" anche in Italia, partendo dall'analisi di due modelli giuridici contrapposti: da una parte quello statunitense, spesso citato come esemplare, che si fonda proprio su una logica premiale, dall'altra quello attuale inglese, che si fonda invece sulla dimensione esclusivamente etica del *whistleblowing*, come finora previsto anche dal nostro ordinamento.
La scelta di concentrarsi anche sul modello inglese (che in linea di principio, sul tema della premialità non differisce da quello italiano) nasce dall'esigenza di spiegare come si è arrivati nel diritto statunitense a prevedere la ricompensa al *whistleblower*, dato che la genesi di questo meccanismo affonda le sue radici nella *common law* inglese. Inoltre, il modello inglese rappresenta sicuramente un interessante termine di paragone, dal momento che, mentre nella maggior parte dei paesi europei (compresa l'Italia) il dibattito sul *whistleblowing* si è sviluppato relativamente di recente, il Regno Unito è stato uno dei primi paesi a dotarsi di una pioneristica normativa in materia.

2. La premialità nella cultura giuridica anglosassone.

Il pragmatismo che contraddistingue il sistema giuridico di *common law* si manifesta in questo ambito nella premialità prevista per il segnalante, premialità che, come si

siano ancora molto spesso anonime, e che le amministrazioni scelgano comunque di prenderle in considerazione, è sintomo di una generale sfiducia nei confronti del sistema.

ISSN 2036-7821

vedrà a breve, affonda le sue radici in un istituto antichissimo del diritto anglosassone, il *writ of qui tam*.

Tuttavia, se il diritto inglese oggi ha quasi del tutto abbandonato la premialità e le azioni *qui tam*, per avvicinarsi così al modello "etico" europeo, gli Stati Uniti, invece, mantengono ancora oggi questa logica premiale[15].

La logica premiale in materia di *whistleblowing* è indubbiamente un argomento complesso che polarizza il dibattito in modo molto netto: da una parte chi ritiene che il *whistleblower* dovrebbe essere ricompensato per il rischio che si assume con la sua denuncia, dall'altra chi considera la segnalazione un obbligo civico e morale: un atto di "resistenza etica[16]" per il quale non è necessario alcun compenso.

Gli Stati Uniti propendono da sempre per una visione economica e pragmatica del *whistleblowe*r, considerando che non solo la ricompensa incentiva la segnalazione[17], ma può contribuire anche ad aumentare la consapevolezza sul tema, dal momento che più persone segnalano, più il sistema si diffonde[18]. E ciò produce un evidente beneficio per lo Stato dal momento che il *whistleblowing* è uno strumento più efficace ed economico rispetto ai tradizionali metodi investigativi[19].

Il modello statunitense non ha avuto a oggi una grande diffusione: sono pochi, infatti, i paesi che condividono la logica premiale. Tra questi ad esempio Canada, Corea del Sud e Ghana, mentre in altri paesi la ricompensa è prevista solo nell'ambito circoscritto dell'antitrust[20], come ad esempio in Ungheria o Pakistan (ma si tratta di percentuali irrisorie), o dell'evasione fiscale, nel caso di Singapore.

Nel vecchio continente, compreso il Regno Unito, si condivide invece l'approccio etico-morale che esclude ogni premialità, temendo che questa possa minare tutta la

---

[15] In realtà va anche precisato che la premialità, come affermata nel sistema statunitense, può assumere due aspetti diversi: può essere una ricompensa forfettaria, come quella prevista dai cosiddetti *bounty schemes*, cioè denaro in cambio di informazioni (*cash for information*), come previsto dal *Dodd-Frank Act*, oppure, in base all'azione *qui tam*, come sopravvissuta ancora oggi nel modello statunitense del *False Claims Act*. Sul punto vedi *infra*.

[16] Cfr. M.P. GLAZER, P.M. GLAZER, *The whistleblowers: Exposing corruption in government and industry*, New York, 1989, p. 304.

[17] Secondo B. FRANKE, H. MOSER, D. SIMONS, *A Carrot Without a Stick -The Effect of Monetary Rewards on Corporate Whistleblowing*, in https://ssrn.com/abstract=2822313 , 2020, il potenziale *whistleblower* prima di decidere se esporsi o meno effettua una vera e propria analisi di costi e benefici, in cui la consapevolezza precede l'azione, e la presenza di una ricompensa diventa determinante per lenire i danni, inevitabili, che si subiranno, che non sono solo quelli più manifesti (azioni ritorsive) ma anche quelli più difficili da individuare, come ad esempio il rallentamento della carriera.

[18] Va considerato che negli USA viene dato ampio risalto mediatico al fenomeno del *whistleblower* e ancora di più alla ricompensa. Inoltre, la ricompensa avrebbe come secondo effetto virtuoso il fatto di contribuire a cambiare nell'opinione pubblica la considerazione del *whistleblower* troppo spesso stigmatizzato come traditore.

[19] Y. GIVATI, *A Theory of Whistleblower Rewards*, in *The Journal of Legal Studies*, 45, 1, 2016, pp. 43-72.

[20] Come vedremo anche a proposito del diritto inglese, cfr. *infra*.

ISSN 2036-7821

credibilità dell'istituto, e che il sistema possa essere messo in crisi da segnalazioni false[21].

Non solo: i critici della premialità considerano anche altre due situazioni "pericolose". Da una parte il rischio di segnalazioni "opportunistiche", non del tutto false, ma magari ritardate per aspettare che la violazione diventi più grave e di conseguenza la ricompensa (che è proporzionale alla gravità della violazione) maggiore. È evidente come in questi casi verrebbe meno ogni dimensione etica dell'istituto.

Dall'altra, va considerata anche la possibilità di accordi clandestini tra *whistleblower* e potenziali segnalati, allo scopo di evitare una segnalazione e conseguente danno reputazionale, dietro pagamento di una somma di denaro (in pratica, un ricatto). Per non parlare del clima di generale sfiducia che si può creare sui luoghi di lavoro.

Per tutti questi motivi, l'approccio etico, che potremmo definire "europeo", contrapposto invece al pragmatismo statunitense, attualmente preferisce optare al massimo per un riconoscimento formale al valore del *whistleblower* piuttosto che una ricompensa materiale, per cercare di creare rispetto e ammirazione verso chi decide di segnalare, e contribuire in questo modo a quel necessario cambio di prospettiva per cui il *whistleblowing* non è più considerato un atto di slealtà, ma al contrario, espressione di responsabilità democratica[22]. E tutto ciò produrrebbe comunque l'effetto virtuoso di incentivare le segnalazioni.

Superfluo ricordare però che la premialità non deve essere confusa con il diritto al risarcimento in caso di danni, che invece viene sempre riconosciuto, anche nel modello europeo.

3. Cenni storici: il writ of qui tam nel diritto inglese.

Il *writ*[23] *of qui tam* è un'azione prevista dal diritto inglese per consentire al cittadino di agire in giudizio per conto del re. Questa azione prende il nome dal brocardo romano

[21] È dimostrato infatti che più aumentano le ricompense, più aumenta il numero di segnalazioni mendaci (cfr. GIVATI, *op. cit.*, FRANKE, MOSER E SIMONS, *op. cit.*).

[22] Come sancito esplicitamente dalla Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 2014, Principio 2, punto 41 (CM/Rec(2014)7).

[23] Il *writ* (in latino *brevis*) era l'ordine del sovrano a un ufficiale regio, redatto in forma di lettera, scritto in latino su pergamena e munito di sigillo reale. In pratica erano le istruzioni che indicavano all'ufficiale, di solito lo *sheriff*, quello che doveva fare. Un *writ* poteva ordinare allo *sheriff* di convocare l'imputato per illustrare la causa, di confiscargli la proprietà o di scegliere i membri della giuria e così via. Da un punto di vista politico, il *writ* era lo strumento che permetteva alla giustizia del re di operare e di inserirsi nelle corti locali per esautorarle. Da un punto di vista giuridico, il *writ* era lo strumento procedurale imprescindibile per la tutela del diritto: così come nel diritto romano vigeva la regola *ubi remedium ibi ius*, nel diritto inglese si afferma il principio per cui *remedies precede rights*, o ancora più esplicitamente: *where there is no remedy there is no wrong*. Di conseguenza, non può esistere un diritto soggettivo se non c'è un *writ* corrispondente che lo rende azionabile. Cfr. H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche del mondo*, Bologna, 2011, pp. 386-387.

ISSN 2036-7821

"*qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur*", cioè "colui che agisce tanto per il sovrano quanto per se stesso".

L'origine dell'azione *qui tam*, infatti, affonda le sue radici nel diritto romano[24], che prevedeva che i privati cittadini potevano trasformarsi in *indices*[25] e *delatores*, portando a conoscenza delle autorità giudicanti un reato, in modo da contribuire alla lotta alla corruzione e alla criminalità. Nel caso specifico del *delator*, ai sensi della *Lex Iulia maiestatis* voluta da Augusto nell'anno 8 a.C. questi poteva ricevere fino a un quarto dei beni del condannato, come "ringraziamento" per la sua collaborazione.

Il diritto anglosassone prevedeva una regola simile: una prima manifestazione risale addirittura al 695, quando il re di Kent dispose che chi avesse violato il divieto di lavorare nei giorni proibiti (dal tramonto del sabato al tramonto della domenica), avrebbe subito una sanzione pecuniaria, ma chi avesse denunciato gli eventuali trasgressori, sarebbe stato ricompensato con la metà dell'ammontare della multa e con gli eventuali proventi del lavoro illecito[26].

Si introduceva in questo modo un sistema di controllo sociale, incentivando i cittadini a denunciare eventuali violazioni dietro la promessa di una ricompensa. È evidente come la *ratio* di una norma di questo genere sia agli antipodi rispetto alla logica che sovrintende oggi la tutela del *whistleblower*_nel modello europeo, ma occorre considerare il contesto sociale e giuridico molto diverso[27].

Nell'Inghilterra medievale, infatti, era molto difficile per l'autorità centrale far applicare la legge (la *common law*) nelle periferie del regno, dove i signori locali tendevano ad accentrare poteri e prerogative. Il conflitto tra corona e nobiltà locale dava quindi vita a tutta una serie di storture anche sul piano giuridico. Per questo motivo il Parlamento cercava un modo per assicurare il rispetto della *common law* anche dove il re non poteva materialmente intervenire e l'applicazione della giustizia era nelle mani di pubblici ufficiali a volte disattenti, distratti o incapaci, e a volte in

[24] Ma non si deve dimenticare la figura del *sukophantai* (sicofante) prevista dal diritto dell'antica Grecia. Cfr. D. HARVEY, *The Sykophant and Sykophancy: Vexatious Redefinition?*, in P. CARTLEDGE, P. MILLETT, S. TODD, *Nomos: Essays in Athenian Law, Politics and Society*, Cambridge, 1990, pp. 103-121; R. OSBORNE, *Athens and Athenian Democracy*, Cambridge, 2010; F. FRISONE, *La polis greca: gli anticorpi della comunità solidale fra pentitismo e delazione*, in *Ivris Antiqvi Historia: an International Journal on Ancient Law*, 3, 2011, pp. 17-31.

[25] In un primo momento l'*index* era colui che dietro promessa di impunità denunciava fatti illeciti in cui era coinvolto. Questa definizione è rimasta valida per l'età monarchica e repubblicana, mentre successivamente, dal II secolo a.C. in poi, nell'ambito delle *quaestiones pubblicae* (che implicavano cioè un danno all'intera comunità, al bene comune, diremmo oggi) si è distinta la posizione dell'*index* (quindi un complice pentito, un correo dissociato) da quella del *delator* pubblico accusatore, un informatore non coinvolto che denuncia al magistrato un delitto nel quale non è coinvolto. Termine che all'epoca era scevro dall'accezione negativa che lo ha invece caratterizzato successivamente dall'epoca imperiale in poi, quando il delatore diventa chi denuncia solo per lucro, servilismo, vendetta od opportunismo, sebbene anche in tempi successivi si nota una sovrapposizione tra i due termini. Sul punto cfr. M.F. PETRACCIA, *Indices e delatores nell'antica Roma*, Milano, 2014, p. 13.

[26] Cfr. J. RANDY BECK, *The False Claims Act and the English Eradication of Qui Tam Legislation*, in *North Carolina Law Review*, 78, 3, 2000, pp. 539-641.

[27] J.T. BOESE, *Civil False Claims and* Qui Tam *Actions*, New York, 2011.

ISSN 2036-7821

palese conflitto di interessi. La soluzione fu proprio *il writ of qui tam* grazie al quale, davanti all'inerzia del pubblico ufficiale, il privato cittadino poteva subentrare direttamente a difendere gli interessi della corona.
Il cittadino che azionava il *writ* prendeva il nome di *common informer*, e dato che adiva in giudizio non nel suo interesse personale, ma per conto del re, alla fine aveva diritto a una ricompensa per i suoi servigi.
Emblematico a tale proposito è lo *Statute of York* del 1318, che rivela chiaramente il conflitto tra politiche nazionali e locali, o più direttamente, tra Re e signori locali: il parlamento aveva fissato prezzi uniformi in tutto il regno per la vendita di vino e altri prodotti alimentari, ma era forte il timore di violazioni. Se in qualche modo le autorità locali fossero state coinvolte nella vendita di questi beni, non avrebbero rispettato o fatto rispettare le restrizioni sui prezzi previste dal parlamento. Per risolvere il problema, allora, lo *Statute of York* dispose che nessun pubblico ufficiale o funzionario locale poteva occuparsi direttamente della vendita di vino e vettovaglie, a pena di sequestro della merce e consegna al re. Nonostante la chiarezza della regola, rimaneva comunque il problema di assicurarne il rispetto, visto che il re non poteva andare ovunque a controllare, né poteva inviare agenti fidati in tutte le campagne del regno. La soluzione fu semplice: riconoscere al cittadino il *writ of qui tam* per incentivarlo a cooperare, segnalando pratiche scorrette, diventando così agente del re, in cambio di un beneficio economico. In pratica, se un cittadino denunciava il mancato rispetto della regola, un terzo delle merci poi sequestrate all'autorità locale, gli sarebbero state consegnate come regalo da parte del re.
Analoga situazione veniva disposta dallo *Statute of Northampton* del 1328, che fissava la durata temporale delle fiere e affidava a un nobile il compito di controllare che i mercanti non vendessero le loro merci oltre la data prevista. Anche in questo caso si riproponeva il problema dell'applicazione e del rispetto di questa norma, vista l'impossibilità del re di controllare concretamente cosa accadesse nelle periferie del regno, e fu quindi previsto un sistema di incentivo al cittadino in modo da indurlo a segnalare eventuali violazioni. In questi casi, il mercante disonesto avrebbe dovuto pagare al re il doppio di quanto guadagnato, e un quarto di questa cifra sarebbe stata devoluta al segnalante come ringraziamento.
Il *writ of qui tam* nel corso del tempo continuò a essere azionato, in seguito non solo in riferimento alle attività commerciali, ma anche in altri ambiti. Ad esempio, un atto del 1360 permetteva ai segnalanti di denunciare membri delle giurie che accettavano tangenti, e nel 1391 fu concesso al cittadino di denunciare sceriffi, sindaci o ufficiali giudiziari che non applicavano correttamente le regole.
È evidente come la *ratio* di tale sistema era prevenire la corruzione, limitare lo strapotere dei potenti locali e garantire la corretta applicazione della legge, aumentando in questo modo la capacità del re di scoprire eventuali violazioni. Tuttavia, presto vennero a galla anche effetti collaterali decisamente negativi.

ISSN 2036-7821

Il sistema, infatti, si prestava facilmente ad abusi e distorsioni: non erano rari i casi di *common informer* in cattiva fede, non animati dal desiderio di contribuire all'applicazione della giustizia, ma spinti solo dal desiderio di ottenere gli incentivi economici. Di conseguenza, nel corso del tempo si sviluppò tutta una classe di informatori di professione, veri e propri mercenari non solo corrotti e detestabili, ma anche disprezzati e odiati da tutti.

Per questo motivo nel 1552, quando ormai il sistema del *qui tam* era diventato un elemento caratteristico del diritto inglese, il *Privy Council* istituì una commissione (il Comitato dei dieci al quale prese parte anche il celebre giurista inglese Edward Coke[28]) per incoraggiare i pochi informatori onesti che ancora agivano mossi da spirito etico e amore per il loro paese. Ma nonostante gli sforzi e le riforme promosse durante i regni di Elisabetta I, Giacomo I e Carlo I, la situazione non migliorò e la vita dei cittadini inglesi rimase a lungo turbata e vessata da informatori disonesti e corrotti[29].

Il discredito che circondava ormai i *common informer* divenne palese nel diciassettesimo e diciottesimo secolo, ma il *writ of qui tam* continuò a essere applicato, sebbene con alcune limitazioni e con molto discredito. Si produsse così l'effetto paradossale per cui, vista la pessima reputazione di cui godevano gli informatori, i cittadini onesti che avrebbero voluto segnalare qualcosa in buona fede, preferivano non farlo, nel timore di essere accomunati agli *informer* di professione.

Legittimo domandarsi, quindi, come mai dal momento che la corona non traeva quasi più alcun beneficio dalle segnalazioni, ormai effettuate unicamente a scopo egoistico, non avesse eliminato del tutto il sistema del *writ of qui tam*. Probabilmente un sistema di controllo seppur fallace e potenzialmente abusivo era considerato meglio di niente, e per questo non fu completamente abolito ma solo oggetto di diverse riforme allo scopo di rendere l'istituto meno dannoso per le persone (vittime di *informer* disonesti) e più efficace per la corona[30].

---

[28] Nel suo testo: *Third Part of the Institutes of the Laws of England* (1644), Coke dedicò un capitolo intero alla questione degli *informer*, che lui definiva senza mezzi termini parassiti, o *turbidum hominum genus*. Secondo Coke, nessun uomo onesto avrebbe mai accettato di diventare *informer*, e proprio per questo il sistema si prestava ad abusi e distorsioni. Si veda anche il libello apparso nel 1675 intitolato: *The Character of an Informer, Wherein His Mischeivous Nature, and Leud Practises Are Detecte*, in cui l'anonimo autore definiva l'informatore come un "*mischeivous Vermin, bred out of the Corruption of the Body Politique*". Citato in J. RANDY BECK, *op. cit.*, p. 595.

[29] Cfr. G. ELTON, *Informing for Profit: A Sidelight on Tudor Methods of Law-Enforcement*, in *The Cambridge Historical Journal*, 11, 2, 1954, 152, in cui descrive uno dei più celebri *informer* a tempo pieno dell'epoca, George Whelplay, tanto temuto quanto odiato (e infatti fu addirittura vittima di un tentato omicidio).

[30] È interessante notare come le segnalazioni non riguardavano più principalmente la vita commerciale ed economica come in passato: una parte significativa di queste azioni riguardavano anche gli aspetti religiosi, in chiave dichiaratamente anticattolica. Erano previste ad esempio sanzioni per chi frequentava una messa cattolica, o rifiutava di seguire quella anglicana, o per i cattolici che praticavano professioni legali, mediche o alcuni uffici militari o giudiziari. Ma a venire colpiti talvolta erano anche i protestanti dissidenti. Cfr. *Act to Prevent and Suppress Seditious Conventicles* del 1670 che prevedeva una sanzione pecuniaria per chi frequentava una funzione religiosa condotta in modo diverso rispetto alla liturgia e alla pratica della chiesa inglese.

ISSN 2036-7821

Ma è nel diciannovesimo secolo, in concomitanza con lo sviluppo di altri strumenti per l'applicazione delle leggi e con la centralizzazione del controllo della criminalità[31], che il *writ of qui tam* inizia il suo definitivo declino. Fino ad arrivare agli anni Trenta del ventesimo secolo quando viene messo totalmente in discussione: l'azione *qui tam* è definita infatti come un "ricatto legalizzato[32]", e l'informatore un "essere ripugnante". Se fino a quel momento era stato tollerato, ciò era dipeso dal fatto che in passato la macchina amministrativa dello Stato si era rivelata incapace ad assicurare l'applicazione della legge, e per questo era stata praticamente "subappaltata" al privato[33], ma una volta mutato il contesto socio-economico, e soprattutto perfezionata la centralizzazione della giustizia, ciò non poteva più considerarsi una valida motivazione. L'*informer*, di conseguenza, utile in un momento storico diverso, diventava un qualcosa di negativo che minava le fondamenta stesse della società inglese, dal momento che chiedeva una ricompensa per fare ciò che ogni buon cittadino avrebbe dovuto fare comunque, cioè avere a cuore l'interesse pubblico.
E così nel 1951, il *Common Informers Act* abrogava definitivamente gli ultimi *Statutes* che ancora prevedevano disposizioni *qui tam*, eliminando del tutto la figura dell'informatore, ormai considerato decisamente anacronistico[34].

3.1. Il whistleblower nell'attuale disciplina inglese.
Eliminato il fardello storico del *writ of qui tam*, a seguito della centralizzazione nell'applicazione della giustizia e della messa a punto di una macchina amministrativa efficace ed efficiente, il dibattito sul ruolo del *whistleblower* nel Regno Unito nel ventesimo secolo ha assunto connotazioni completamente diverse.
La tutela del *whistleblower*, infatti, oggi è completamente scollegata da ogni riferimento all'istituto del *qui tam*, ma è concettualizzata come espressione di etica e senso civico, efficace strumento per la lotta e la prevenzione della corruzione, come previsto d'altronde dai testi internazionali in materia.
Il dibattito si è sviluppato intorno agli anni Settanta, partendo dal presupposto che tutelare il dipendente che segnala illeciti è il modo migliore per aumentare la capacità dell'amministrazione di scoprire eventuali fenomeni corruttivi.

[31] Grazie all'istituzione di un corpo di polizia permanente a Londra nel 1829.
[32] Espressione di Sir Gerald Hurst, parlamentare che propose per la prima volta di abolire l'istituto, sostenendo che un vero informatore è qualcuno che rappresenta il bene pubblico: "*The proper informer is someone who represents the public.*" Citato in J.R. BECK, *op. cit.*, p. 66. Hurst sosteneva che è sbagliato ricompensare un cittadino per aver denunciato un fatto illecito nel quale egli non abbia alcun interesse: un danno allo Stato deve essere risarcito con una somma allo Stato, non al privato cittadino.
[33] In un'ottica di privatizzazione e decentralizzazione della giustizia.
[34] M. BERESFORD, *The Common Informer, the Penal Statutes and Economic Regulation*, in *The Economic History Review*, New Series, 10, 2 1957; G. ELTON, *op. cit.*; E. JONES, *Inside the Illicit Economy*, Surrey, 2012.

ISSN 2036-7821

Ma è negli anni Novanta, a seguito di gravi scandali che hanno messo in luce come una segnalazione avrebbe potuto addirittura salvare vite umane[35], che viene promulgata, grazie anche alle pressioni della società civile[36], una normativa unitaria e sistematica in materia: il *Public Interest Disclosure Act* (PIDA[37]). La legge, approvata nel 1998 e riformata nel 2013 mira, infatti, a ristabilire la fiducia del dipendente che segnala illeciti, particolarmente minata dal fatto che troppo spesso le segnalazioni si concludevano in passato con il licenziamento del dipendente considerato infedele.
Il PIDA si applica tanto al dipendente pubblico quanto privato, e si fonda sul concetto, come si evince già dal titolo della legge, di interesse pubblico. Proprio per questo motivo è escluso ogni meccanismo premiale nei confronti del *whistleblower* che agisce non per tornaconto personale ma per virtù civica. Allo stesso tempo, però, chi segnala ha diritto a essere tutelato in caso di applicazioni di misure ritorsive nei suoi confronti.
Questa tutela però si applica *ex post*, dal momento che interviene solo dopo che si è verificato un fatto ritorsivo del datore di lavoro nei confronti del segnalante[38]. In questi casi il segnalante ha il diritto di chiedere al giudice del lavoro il reintegro, in caso di licenziamento, e il risarcimento del danno, purché la sua segnalazione rientri nella fattispecie di segnalazione "qualificata" (*qualifying disclosure*), cioè quando riguarda reati, illeciti civili o amministrativi, errori giudiziari, danni alla salute, alla sicurezza pubblica, e all'ambiente, nonché all'occultamento di informazioni necessarie relative (*relevant failure*) alle fattispecie elencate.
Per qualificare come meritevole di tutela la denuncia, è fondamentale che questa sia fatta nell'interesse pubblico. Inizialmente era previsto anche il requisito della buona fede, ma poi l'*Enterprise and Regulatory Reform Act* che ha parzialmente riformato il PIDA[39], lo ha eliminato.
Sulla buona fede occorre forse una precisazione: per quanto molti testi internazionali la considerino un requisito (ad esempio cfr. l'art. 9 della Convenzione Civile sulla corruzione, l'art. 33 della Convenzione dell'ONU, e anche il Principio 44 degli

[35] Ad esempio, il naufragio della nave mercantile Herald Free Entreprise nel 1987 che costò la vita a 193 persone, il disastro ferroviario di Claphalm del 1988 nel quale morirono 35 persone, l'esplosione della piattaforma petrolifera Piper Alpha nel Mare del Nord nel 1988 in cui furono uccise 167 persone. In tutti questi casi, le inchieste accertarono che alcuni dipendenti erano a conoscenza dei rischi e dei pericoli, ma non avevano considerato giusto, e soprattutto sicuro, denunciare la propria organizzazione per negligenza o irregolarità.

[36] Va citata a questo proposito l'intensa attività di *Protect*, organizzazione no profit, fondata nel 1993 con il nome di *Public Concern at Work* (PCaW). La fondazione, in un momento storico in cui il *whistleblower* nel Regno Unito era ancora considerato molto negativamente, ha stimolato un forte dibattito pubblico, anche allo scopo di arrivare all'emanazione di una normativa adeguata, come poi effettivamente è avvenuto nel 2008.

[37] Che riforma l'*Employment Rights Act* del 1996.

[38] Si sposta quindi l'attenzione sul momento patologico della ritorsione, mentre passa in secondo piano l'indagine sul contenuto della segnalazione.

[39] In realtà però rimane il potere del giudice di ridurre l'ammontare del risarcimento quando la segnalazione non è fatta in buona fede.

ISSN 2036-7821

Tshwane Principles), la tendenza oggi è a non ritenerla più fondamentale, dato che ciò che è rilevante non è la persona che segnala, quanto il contenuto della segnalazione. I motivi che spingono a segnalare dovrebbero quindi essere irrilevanti[40].

Non è richiesto, invece, che il segnalante abbia la prova certa di quanto segnalato: per essere tutelato come *whistleblower* (e godere quindi della protezione della riservatezza e contro gli atti ritorsivi), è sufficiente un ragionevole sospetto (come d'altronde previsto tanto nella Direttiva comunitaria 1937/2019 sempre al Considerando 32, quanto nel nostro ordinamento[41]).

Infine, va ricordato che non può essere tutelato chi, nel rendere noto il fatto, commette un reato[42].

Per quanto il PIDA rappresenti una normativa sicuramente all'avanguardia nel panorama mondiale, che contribuisce a rendere il Regno Unito uno dei paesi con la più efficace normativa in materia di corruzione[43] non si possono ignorare i suoi limiti e l'esigenza di una nuova riforma[44] che vada oltre quella parziale dell'*Enterprise and Regulatory Reform Act* del 2013.

3.2. Ipotesi di premialità nel diritto inglese?

Il sistema istituito dal PIDA riconosce quindi al *whistleblower* (non si parla più ormai di *informer*) il risarcimento in caso di danni, ma non prevede alcuna ricompensa per il suo impegno.

Questo perché il PIDA considera il *whistleblower* come un mero testimone che persegue l'interesse pubblico (come d'altronde esplicita il titolo della normativa), e

[40] Cfr. N. PARISI, *op. cit*., p. 7. Si veda anche la Direttiva 2019/1937, al Considerando 32: "I motivi che hanno indotto le persone segnalanti a effettuare la segnalazione dovrebbero essere irrilevanti al fine di decidere sulla concessione della protezione." Sul punto cfr. ANAC, Schema di Linee Guida, p. 14: "Posta la sussistenza dell'interesse generale all'integrità della pubblica amministrazione alla base della segnalazione, gli ulteriori motivi, anche personali, che hanno indotto il *whistleblower* a effettuare la segnalazione, sono da considerarsi irrilevanti al fine di decidere sul riconoscimento delle tutele previste dall'art. 54-bis. Tale riconoscimento, infatti, è connesso alla valutazione oggettiva dei fatti segnalati che sveli l'interesse pubblico sotteso alla segnalazione, a prescindere dai concorrenti ed eventuali interessi personali del *whistleblower*".

[41] ANAC, Linee guida 2021, p. 13. Vedi anche la Direttiva 2019/1937, sempre al Considerando 32: "Per beneficiare della protezione della presente direttiva, le persone segnalanti dovrebbero avere ragionevoli motivi, alla luce delle circostanze e delle informazioni di cui dispongono al momento della segnalazione, che i fatti che segnalano sono veri. Tale requisito è una garanzia essenziale contro le segnalazioni dolose e futili o infondate, in modo da garantire che le persone che, al momento della segnalazione, hanno fornito deliberatamente e scientemente informazioni errate o fuorvianti, siano escluse dalla protezione. Al tempo stesso, tale requisito assicura che la persona segnalante continui a beneficiare della protezione laddove abbia effettuato una segnalazione imprecisa in buona fede".

[42] Ad esempio, ai sensi dell'*Official Secrets Act* del 1989.

[43] Considerando anche il *Bribery Act* del 2010 che riguarda principalmente la repressione della corruzione dal punto di vista penalistico.

[44] Sempre la già citata fondazione Protect, è oggi è in prima linea per chiedere una riforma del PIDA

ISSN 2036-7821

non come un soggetto attivo con un ruolo nel processo, come previsto invece negli Stati Uniti.

Di conseguenza la premialità è esclusa, allineando in questo modo la disciplina inglese a quella europea, e allontanandola decisamente dal modello "pragmatico" statunitense.

Va anche detto però che il dibattito sulla premialità è attualmente molto intenso nel Regno Unito, dove si sta discutendo sull'opportunità o meno di introdurre un sistema di ricompense per incentivare le segnalazioni.

In realtà un meccanismo premiale nel Regno Unito è già parzialmente previsto come eccezione alla regola generale in un ambito molto limitato, cioè quello della protezione della concorrenza[45]. In tema di antitrust, infatti, la CMA, Competition and Market Authority[46] nel 2014 ha avviato una campagna di sensibilizzazione sulla necessità di ottenere informazioni per prevenire e contrastare i cartelli. A questo scopo è stata prevista una ricompensa forfettaria che può arrivare fino a un massimo di 100.000 sterline per incentivare eventuali *whistleblower* a segnalare[47]. Si tratta però in questo caso di un'evidente apertura al modello del *bounty reward* statunitense e non di un revival del *qui tam*, dato che al *whistleblower* viene preclusa la possibilità di avviare un'azione legale per conto dello Stato[48].

La *ratio* di questa decisione deriva dal fatto che gli accordi sottobanco tra imprese, che causano danni gravi ai consumatori e all'economia, sono difficili da scoprire, e la sanzione prevista per le imprese scoperte colpevoli non è un deterrente abbastanza forte, dal momento che si tratta di una multa del 10% sul volume di affari. Le segnalazioni invece potrebbero essere molto più efficaci, sotto questo profilo, ma visti i rischi, anche secondo un approccio di analisi economica del diritto[49], la ricompensa potrebbe rappresentare un vero e proprio *game changer*.

---

[45] Cfr. *supra*.

[46] Riprendendo un programma già adottato nel 2008 dall'*Office of Fair Trading*. Cfr. L. ARNAUDO, *Whistleblowing: le parole e le cose*, in *Mercato Concorrenza Regole, Rivista quadrimestrale*, 2, 2015, pp. 345-362.

[47] https://cheatingorcompeting.campaign.gov.uk/. La CMA considera il valore della ricompensa come un *fair price* che non può essere soggetto a negoziazione per le informazioni ottenute.

[48] Come prevista invece dall'azione *qui tam* applicabile ai sensi del False Claims Act, vedi *infra.*

[49] Le persone sono disposte a denunciare se il beneficio della ricompensa supera il sacrificio (in termini di stress, esposizione, conseguenze sulla carriera) derivante dalla segnalazione. Cfr. G.C. RAPP, *Mutiny by the Bounties? The Attempt to Reform Wall Street by the New Whistleblower Provisions of the DoddFrank Act*, in *Brigham Young University Law Review*, 2012 p. 119: "*In economic terms,* whistleblowers *gamble their entire accumulated human capital investment against various potential gains—to their firm and self—of blowing the whistle. A* whistleblower *is unlikely to remain in her current position and is unlikely to be rehired to perform the same role for a different employer. As a result, an employee's human capital investment associated with preparing for the particular position she holds disappears the moment she blows the whistle. For whistleblowing to make sense in a purely pecuniary calculus, the financial returns from whistleblowing must offset the lost human capital investment*". Tuttavia, non si possono trascurare elementi che sono estranei a una valutazione puramente economica, come il senso del dovere e dell'etica, per cui è anche corretto considerare che: "*bounties are morally corrupting because they "monetize virtue*." J.W. BARNARD, *Evolutionary Enforcement at the Securities and Exchange Commission*, in *University of Pittsburgh Law Review*, 71, 2010, p. 436.

ISSN 2036-7821

4. La tutela del whistleblower negli Stati Uniti.

Mentre nel Regno Unito il sistema del *writ of qui tam* tramontava, negli USA prendeva invece il sopravvento la logica pragmatica e premiale che ancora oggi caratterizza e contraddistingue il diritto statunitense rispetto a quello continentale, cui appartiene, sotto questo profilo, anche il diritto inglese.

Altra differenza notevole tra i due ordinamenti, è il fatto che nel Regno Unito l'attuale normativa a tutela del *whistleblower* è contenuta in un unico testo, il PIDA, mentre negli Stati Uniti manca ancora una disciplina organica e unitaria, e di conseguenza il legislatore è intervenuto in una pluralità di testi per regolamentare attività specifiche, tanto nel settore pubblico quanto nel privato.

L'azione *qui tam* quindi entra di diritto nell'esperienza giuridica statunitense in un duplice modo: con l'applicazione diretta della *common law* inglese nei tribunali coloniali, ma anche filtrato dalle legislazioni coloniali che riproducevano al loro interno espresse disposizioni *qui tam* (ad esempio gli *Statutes* del Massachussetts, Connecticut, Virginia, Carolina del Sud e New York).

Ma ciò che conta è il fatto che il legame con questo istituto importato dalla ex madrepatria è rimasto nel corso del tempo anche dopo l'indipendenza, praticamente fino ai giorni nostri, pur essendo venute meno le condizioni che in passato lo rendevano necessario.

Infatti, ben si comprende l'utilità del *writ of qui tam* nel momento in cui i governi statali e federale non erano ancora in grado di garantire l'applicazione della legge, ma può destare perplessità il fatto che rimase radicato anche successivamente, quando dopo l'indipendenza e la promulgazione della Costituzione[50], il ruolo del Governo si espanse. Da quel momento in poi forse la privatizzazione della giustizia non era più così necessaria[51], ma ciononostante il *qui tam* è rimasto nella cultura giuridica statunitense mediato dalle varie riforme che si sono succedute nel corso del tempo.

Dobbiamo quindi distinguere due situazioni diverse: da una parte la necessità dello Stato di coinvolgere il cittadino, chiunque esso sia, nella prevenzione dei reati, trasformandolo da testimone a parte direttamente coinvolta nel processo, e quindi monetizzando il suo impegno attraverso il sistema del *qui tam* (come si vedrà poi con la disciplina prevista dal *False Claims Act*, che però fa riferimento a un cittadino, non necessariamente dipendente, che assume il nome *relator*, non *whistleblower*).

Dall'altra, però, si deve distinguere la posizione particolare del lavoratore, il dipendente che con la sua segnalazione si espone a rischi di ritorsioni da parte del

[50] Ad esempio, il Primo Congresso degli Stati Uniti emanò diversi *Statutes* che autorizzavano ricompense sulla base del *qui tam*.

[51] C.M. SYLVIA, *The False Claims Act: Fraud Against the Government*, 2nd ed., Rochester, N.Y, 2010, p. 41.

ISSN 2036-7821

datore di lavoro. Non più quindi un generico cittadino, ma più specificamente un *whistleblower* che ha diritto a tutta una serie di tutele (vedi par. 4.3).

4.1. I primi whistleblower negli USA.

I primi *whistleblower* statunitensi furono Richard Marven e Samuel Shaw ufficiali di marina a bordo della fregata Warren che, nel lontano 1777, a pochi mesi dalla Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti d'America, denunciarono Esek Hopkins, il comandante in capo della neonata marina militare americana, accusandolo di abuso di potere e corruzione. Sapevano di esporsi a un pericolo, perché Esek Hopkins era un uomo molto in vista e potente[52], ma sapevano anche che questi anteponeva all'interesse nazionale i suoi interessi commerciali privati. Dopo una serie di gravi episodi[53], il 19 febbraio 1777 Marven e Shaw (insieme ad altri otto marinai e ufficiali) scrissero al Congresso Continentale, per chiedere la destituzione di Hopkins, in quanto corrotto, instabile, violento e soprattutto non in grado di perseguire gli interessi del suo paese. Non ultimo, lo accusavano di torture nei confronti dei prigionieri di guerra inglesi.

Nella lettera i dieci firmatari si dichiaravano pronti a rischiare tutto ciò che era loro caro e, se necessario, a sacrificare la vita per il benessere del paese, ma in ogni caso non avrebbero continuato a obbedire agli ordini di Hopkins[54].

A seguito della denuncia, Hopkins fu prima sospeso in attesa dell'accertamento della verità e poi, nel gennaio 1778, fu destituito definitivamente dal servizio. Ma per ritorsione Hopkins, ancora molto potente e temuto, denunciò per insubordinazione i dieci firmatari della lettera. Così Marven e Shaw finirono in prigione.

Questi però erano ben consapevoli di essere stati arrestati solo per aver fatto il loro dovere: sapevano che Hopkins violava la legge, e non volevano essere suoi complici. Quindi si appellarono nuovamente al Congresso per chiedere giustizia e, finalmente, la ottennero: non solo furono rilasciati, ma il Congresso pagò le loro spese legali e rese pubblica la notizia della rimozione di Hopkins, senza invocare alcun segreto di Stato.

La principale conseguenza di questa vicenda è che il 30 luglio 1778 il Congresso promulgò la prima legge al mondo[55] a tutela del *whistleblower*: non solo come dichiarazione di principio, riconoscendo il *whistleblowing* come espressione dei valori

[52] Era il fratello dell'ex governatore di Rhode Island nonché uno dei firmatari della Dichiarazione di Indipendenza e, oltre a essere il comandante in capo della marina, era anche un politico, mercante e trafficante di schiavi.

[53] Che lo videro disattendere gli ordini del Congresso Continentale e tradire la fiducia dello stesso George Washington.

[54] Il testo integrale della lettera è pubblicato in J.G. COYLE, *The suspension of Esek Hopkins, Commander of the Revolutionary Navy*, in *The Journal: the American-Irish Historical Society*, XXI, 1922, pp. 224-225.

[55] Come antecedente storico può forse essere citata anche una legge olandese del 1610, limitata però alle frodi finanziarie. Cfr. sul punto L. ARNAUDO, *cit.*, p. 8.

ISSN 2036-7821

democratici americani, ma affermando a chiare lettere il dovere di tutti gli abitanti (una formula volutamente ampia e generica) degli Stati Uniti, di denunciare violazioni o fatti illeciti da parte di funzionari dello Stato.
A seguito di questo episodio, si è quindi affermato il principio negli USA che chi denuncia deve essere supportato e tutelato dallo Stato che si assume l'onere di pagare eventuali spese legali.

4.2. Il False Claims Act, origine ed evoluzione.
L'evoluzione della tutela del *whistleblower* negli Stati Uniti passa però per una tappa fondamentale, l'emanazione del *False Claims Act*, che si fonda sempre sull'azione *qui tam* come prevista dalla *common law*.
Il *False Claims Act*, anche chiamato legge Lincoln, fu approvato nel 1863 durante la guerra civile americana in un contesto storico particolare: in quel periodo erano frequenti truffe ai danni dell'esercito americano dell'Unione, da parte di imprenditori senza scrupoli che vendevano armi, munizioni, equipaggiamenti di scarsa qualità ma anche cavalli o muli non adatti, danneggiando così gli stessi soldati.
Per arginare questi episodi di corruzione, il *False Claims Act* sanzionava aspramente chi frodava il governo, prevedendo un sistema di multe nel caso in cui si configurasse una delle sette fattispecie espressamente previste.
Lo scopo primario del FCA era quindi contrastare queste frodi, ma incidentalmente, per aumentare la capacità di scoprire questi episodi, la legge estendeva la legittimazione ad agire anche a chi non era direttamente coinvolto, cioè il privato cittadino. In questo modo il cittadino che agiva in nome del governo contro chi frodava o tentava di frodare lo Stato, diventava un utile alleato dello Stato nella lotta alla corruzione e alle frodi e quindi andava ricompensato.
In pratica, il *False Claims Act* introduceva una significativa eccezione al principio del *locus standi*[56], modificando le regole in tema di legittimazione ad agire in giudizio: se per la regola dello *standing*, infatti, per intentare causa, il cittadino deve dimostrare di aver subito un danno diretto e personale dal reato denunciato, ai sensi del FCA il cittadino può "sostituirsi" al governo, agendo in suo nome, senza quindi aver subito un danno diretto, utilizzando proprio l'azione *qui tam*.
Il privato cittadino che agisce in nome del governo assume così il ruolo di *relator*, che potrebbe in parte corrispondere alla nozione di *common informer* del diritto inglese, ma sicuramente non a quella di *whistleblower*, perché il *relator* può essere qualunque cittadino anche esterno all'organizzazione. Il diritto alla ricompensa si fonda quindi sulla *fictio iuris* per cui, se il *relator* può adire in giudizio come se avesse subito egli stesso una parte del danno fatto allo Stato, allo stesso modo ha diritto a una percentuale su quanto fatto risparmiare allo Stato.

[56] *Standing*, cioè dimostrazione di aver subito un danno per poter agire in giudizio

ISSN 2036-7821

L'idea era di *setting a rogue to catch a rogue*[57], usare una canaglia per scoprirne un'altra, cioè incentivare i complici a denunciare una truffa, oltre che incentivare il privato cittadino che casualmente aveva scoperto la frode.
Anche qui però gli intenti positivi sono stati oscurati dall'assenza di una reale tutela contro eventuali atti ritorsivi, e sono stati travolti da un uso distorto dell'istituto: non essendoci limiti per l'avvio dell'azione legale, erano possibili infatti *parasitical actions*[58], cioè casi in cui denuncianti disonesti avviavano azioni civili ai sensi del FCA senza fornire alcuna informazione nuova, ma usando le informazioni relative a processi penali già in corso solo per ottenere la ricompensa. In questi casi il governo non traeva alcun beneficio concreto dalla segnalazione, dal momento che non acquisiva informazioni nuove, ma si trovava suo malgrado costretto a corrispondere ingenti somme di denaro al *whistleblower* parassita.
Un caso emblematico in tal senso fu *United States ex rel. Marcus v. Hess*: nel 1943 Marcus, privato cittadino, decise di avviare un procedimento civile contro un imprenditore che era già sotto processo penale per truffa, allo scopo di ottenere la ricompensa. La sua denuncia non aggiungeva nulla alle informazioni già note e non permetteva la scoperta di alcun nuovo illecito, ma ciononostante la Corte Suprema considerò che la legge non imponeva al *relator* di fornire informazioni di prima mano; in ogni caso tale azione aveva comunque permesso allo Stato di recuperare un'ingente somma di denaro, e di conseguenza la ricompensa andava elargita.
Per evitare tali storture e abusi dell'istituto, nel 1943 il FCA è stato modificato, fissando l'obbligo per il *relator* di fornire le prove dell'accusa, e vietando di agire unicamente sulla base di informazioni già in possesso del governo. Il premio per il *relator* viene drasticamente ridotto: al 10% massimo della somma recuperata dallo Stato se il governo interviene nella causa, altrimenti fino al 25%. Inoltre, si fissa il limite di 60 giorni per consentire al governo di decidere se intervenire nel giudizio, oppure rimanere inerte, permettendo al relatore di procedere. In questa ultima eventualità, il governo ha sempre la possibilità di intervenire successivamente, ma ciò impedisce a terzi di intentare un'altra azione fondata sugli stessi fatti, sulla base della regola *first to file*. Nel corso di questi 60 giorni i documenti relativi alla causa sono coperti da segreto. Se invece il governo decide di intervenire, le prerogative del *relator* vengono drasticamente ridotte.
L'estrema rigidità delle nuove norme però non produsse alcun effetto virtuoso: al contrario causò un decremento delle segnalazioni, a fronte di un aumento degli episodi di natura corruttiva. Per questi motivi, nel 1986 è stato necessario intervenire nuovamente sul testo, su due fronti: da una parte proteggere chi segnala in buona fede, cominciando finalmente a configurare una tutela del *whistleblower*, come

[57] Espressione del senatore Jacob Howard, il promotore del FCA nel 1863.
[58] Così si espresse il procuratore generale Biddle in una lettera al Congresso, citata in C. DOYLE, *Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes*, Congressional Research Service, p. 7.

ISSN 2036-7821

auspicato già negli anni Settanta da Ralph Nader[59], dall'altra, evitare abusi e distorsioni dell'istituto.

In primo luogo, si è cercato di incentivare la cooperazione di chi era in possesso di informazioni necessarie per scoprire frodi, modificando la percentuale del *relator* a seconda che il procedimento venga portato avanti dal governo (e quindi la percentuale varia dal 15 al 25%) o solo dal *relator* (e in questo caso la percentuale oscillerebbe tra il 25 e il 30%). Inoltre, la percentuale dipende anche dalla rilevanza del contributo fornito nella segnalazione: più i fatti sono rilevanti, maggiore sarà l'incentivo. Qualora, invece, la denuncia si fondi su fatti pubblici, l'incentivo scende sotto la soglia del 10%; lo stesso, qualora il denunciante abbia preso parte alla violazione (mentre nel caso in cui venga condannato la ricompensa è ovviamente esclusa).

Ma soprattutto si è predisposto per la prima volta un sistema (anche se parziale e incompleto) di tutela da ritorsioni, sanzionando i comportamenti ritorsivi o discriminatori del datore di lavoro. Limitare l'applicazione della tutela al datore di lavoro lasciava però il denunciante non tutelato per tutta una serie di eventuali atti ritorsivi (ad esempio da parte dell'amministratore delegato o dal presidente della società, etc.). Di conseguenza, nel 2009 anche a seguito di diversi scandali, il *Fraud Enforcement and Recovery Act* ha rafforzato le tutele estendendo la protezione contro tutti gli atti commessi da altri soggetti. In tutti questi casi il lavoratore deve essere reintegrato nella medesima posizione e con gli stessi compiti che aveva precedentemente, e ha diritto a ricevere il doppio delle mensilità non corrisposte (con relativi interessi) oltre al risarcimento per gli eventuali danni subiti a causa della ritorsione.

Allo stesso tempo, però, le modifiche del testo legislativo hanno cercato di ridurre potenziali abusi dell'istituto, introducendo la regola per cui, qualora si accerti che il segnalato è innocente, la segnalazione sia manifestamente frivola e vessatoria e il governo non è intervenuto nella causa, le spese legali sono a carico del segnalante e non dell'accusato. Nessuna ricompensa anche nel caso in cui l'azione sia stata avviata in malafede dallo stesso autore della violazione sulla quale viene proposto il ricorso.

Infine, va ricordato che il pagamento della ricompensa è subordinato al successo dell'azione: è evidente, infatti, che se il governo non recupera alcuna somma, non può essere costretto a pagare un *whistleblower* "inutile". Se invece deve essere elargita la ricompensa, questa non grava affatto sul bilancio dello Stato, dal momento che è una percentuale su quel denaro che senza la segnalazione non sarebbe mai stato recuperato. Per avere un'idea delle cifre, il meccanismo previsto dal *False Claims Act*,

[59] Cfr. R. NADER, K. BLACKWELL, P. PETKAS, *Whistle Blowing: The Report of the Conference on Professional Responsibility*, New York, 1972. Negli anni Settanta, nell'era della cosiddetta "*rights revolution*" furono quindi introdotte in alcune discipline di settore (ad esempio in tema ambientale, di sicurezza sul lavoro o di tutela dei consumatori) delle disposizioni dirette a tutelare il *whistleblower*, ma senza un approccio globale e sistematico.

ISSN 2036-7821

dal 1986 a oggi, ha permesso allo Stato di recuperare circa 62 miliardi di dollari, di cui 7,3 sono andati in ricompensa ai *whistleblower*[60].

Tuttavia, non si possono ignorare i pareri contrastanti di chi invece considera l'applicazione della *qui tam clause* incostituzionale[61] perché in contrasto con l'articolo 3 della Costituzione: il fatto che il *relator* non subisca alcun danno diretto (*direct injury*) rappresenterebbe infatti una violazione della regola dello *standing*, che corrisponde al concetto di interesse o legittimazione ad agire[62]. Va detto però che una visione più o meno restrittiva della *standing doctrine*, che in pratica rappresenta un modo con cui la Corte Suprema esercita un'ampia discrezionalità nella scelta delle questioni sulle quali pronunciarsi, dipende anche dall'orientamento ideologico della Corte Suprema. Se negli anni Settanta in materia ambientale si giunse a riconoscere lo *standing* anche alle associazioni protezionistiche, sostenendo così la politica ecologica promossa dal Congresso[63], in altri momenti storici giudici più conservatori hanno considerato l'apertura verso la tutela di interessi diffusi uno snaturamento della regola dello *standing*[64].

Inoltre, sono sorti dubbi anche in merito alla conformità con il principio costituzionale della separazione dei poteri[65], in particolare con la *take care clause* contenuta all'art. 2 sezione 3 della Costituzione, ai sensi della quale il Presidente "*shall take care that the laws be faithfully executed and shall commission all the Officers of the United States*[66]". Secondo certa giurisprudenza e dottrina, il *qui tam* quindi

---

[60] N.T. TSCHEPIK, *Comment, The Executive Judgment Rule: A New Standard of Dismissal for Qui Tam Suits Under the FCA*, in *University of Chicago Law Review*, 87, 2020, pp. 1053.

61 Jr. F. EDGAR, "*Missing the Analytical Boat": The Unconstitutionality of the* Qui Tam *Provisions of the False Claims Act*, in *Idaho Law Review*, 27, 1990-1991, p.319; J.T. BLANCH, *The Constitutionality of the False Claims Act's* Qui Tam *Provision*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 16, 1993, p. 701; R. JOHNSTON, *1001 Attorneys General: Executive-Employee* Qui Tam *Suits and the Constitution*, in *The George Washington Law Review*, 62, 1993-1994, p. 609.

[62] Si veda il controverso caso *Lujan v. Defenders of Wildlife* (1992), in cui la Corte Suprema ribadisce il principio che per la legittimazione ad agire occorre aver subito un danno, altrimenti non viene rispettata la regola dello *standing*. Questo approccio poco elastico è stato molto criticato dalla dottrina e superato dalla giurisprudenza successiva. Cfr. J. RANDY BECK, *Qui Tam Litigation Against Government Officials: Constitutional Implications of a Neglected History*, in *Notre Dame Law Review*, 3, 2018, pp. 1235-1316, che invece sostiene la presenza di un interesse ad agire anche del privato, cioè il *whistleblower*: "*The informer's bounty, like the injury suffered by an aggrieved party, gives the* qui tam *informer a personal and private interest in the litigation that motivates and justifies the individual's invocation of judicial aid*" (p. 1308).

[63] Che prevedeva ampie possibilità di partecipazione dei cittadini alle funzioni di governo, attribuendo loro anche la possibilità di agire in giudizio qualora le Agenzie federali non avessero adempiuto correttamente agli obblighi imposti dalla normativa.

[64] Cfr. C. DRIGO, *Le corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna, 2016, p. 170.

[65] Ma al contrario si dovrebbe considerare come il principio del *qui tam* in realtà disperde il potere tra i cittadini, e non lo concentra nelle mani di uno dei tre poteri costituzionali.

[66] "Il Presidente farà in modo che le leggi siano fedelmente eseguite e darà ordini a tutti i funzionari degli Stati Uniti".

ISSN 2036-7821

permetterebbe di trasferire dal Presidente al potere giudiziario il principale dovere costituzionale del Presidente, cioè di "*take care that the Laws be faithfully executed*[67]."

4.3. Tutela del lavoratore.

Diversa dalla posizione di un generico *relator* è quella del *whistleblower* vero e proprio, inteso come dipendente che denuncia un fatto illecito scoperto all'interno della sua realtà lavorativa (pubblica o privata è irrilevante).

Il primo testo in materia di protezione del *whistleblower* da atti ritorsivi è sicuramente il *Lloyd-La Follette Act* del 1912, che garantisce il diritto del dipendente di rivolgersi e comunicare con membri del Congresso per segnalare eventuali fatti illeciti, senza la preventiva autorizzazione del loro superiore, come era invece previsto precedentemente.

Nel 1912 era quindi già chiara la necessità di garantire un libero flusso di informazioni, e che l'integrità e moralità del governo dipende anche da ciò che i dipendenti possono fare per segnalare corruzione o altri episodi di cattiva amministrazione. Il *Lloyd-La Follette Act* garantisce quindi (precocemente, rispetto al diritto europeo) il diritto del dipendente di denunciare fatti di natura corruttiva riguardanti il posto di lavoro come manifestazione della libertà di espressione (fondamentale diritto sancito dal primo emendamento della Costituzione americana) e come applicazione del principio di separazione dei poteri (articolo 2 Costituzione). Purtuttavia questo testo, per quanto moderno per l'epoca, non prevedeva ancora una tutela concreta da atti ritorsivi o discriminatori.

La stessa lacuna caratterizza il *Code of Ethics for Government Service* promulgato nel 1958, che prevedeva l'obbligo del dipendente pubblico di segnalare fenomeni di corruzione[68], ma senza creare un sistema di protezione, visto il carattere meramente persuasivo e non vincolante del codice etico.

Negli anni Settanta, in piena *rights revolution*[69] si sente però come più forte l'esigenza di tutelare il cittadino in generale, e se a livello dottrinale è Ralph Nader a concettualizzare il *whistleblowing* come "l'ultima difesa" contro il potere[70] soprattutto in alcuni settori importanti quali ad esempio la tutela dell'ambiente o i diritti dei

[67] Sempre nel caso *Lujan v. Defenders of Wildlife* (1992) la Corte suprema sostiene che "tutelare l'interesse pubblico (compreso l'interesse pubblico all'osservanza, da parte del Governo, della Costituzione e delle leggi) è la funzione del Congresso e del Capo dell'Esecutivo"; "permettere al Congresso di convertire l'indifferenziato interesse pubblico al rispetto delle leggi da parte dei funzionari dell'esecutivo in un diritto individuale rivendicabile nelle corti equivale a permettere al Congresso di trasferire dal Presidente alle corti la più importante funzione costituzionale del Capo dell'Esecutivo, cioè avere cura che le leggi siano fedelmente eseguite". Cfr. V. BARSOTTI, *La sentenza Lujan della Corte suprema degli Stati Uniti sulla legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste*, in *Riv. trim. dir. proc. civile*, 1996, pp. 1180 ss.

[68] Punto 9: "expose corruption wherever discovered".

[69] C. R. SUNSTEIN, *Interpreting Statutes in the Regulatory State*, in *Harvard Law Review*, 103(2)1989, p. 409.

[70] R. NADER, K. BLACKWELL, P. PETKAS, *Whistle Blowing: The Report of the Conference on Professional Responsibility*, New York, 1972, p. 7.

ISSN 2036-7821

consumatori, dal punto di vista legislativo è la riforma della pubblica amministrazione nel 1978 a rappresentare un importante passo in avanti. Il *Civil Service Reform Act*, rappresentando un vero e proprio cambio di ideologia rispetto al passato, dispone la necessità di proteggere i *whistleblowers* pubblici da eventuali ritorsioni, anticipando così gli emendamenti che saranno poi apportati al *False Claims Act* nel 1986.

La riforma prevede l'istituzione del *Merit System Protection Board*, agenzia *ad hoc* alla quale possono ricorrere i *whistleblower* che hanno subito ritorsioni a seguito della loro segnalazione, e dell'*Office of Special Counsel*, incaricato di investigare sugli eventuali atti ritorsivi. Lo scopo della riforma era tutelare i dipendenti pubblici da eventuali abusi e ritorsioni, non richiedendo l'assoluta certezza, ma solo la ragionevole convinzione che si fossero verificate violazioni di leggi o regolamenti, sprechi di denaro pubblico, abusi di potere o altri pericoli per la salute pubblica e la sicurezza nazionale.

Nonostante la riforma, la paura di ritorsioni però ancora frenava i *whistleblower* statunitensi: lo *Special Counsel* non garantiva una sufficiente tutela della riservatezza, e soprattutto si era rivelato poco efficace, come testimonia la scarsa attività di reintegro dei lavoratori vittime di ritorsioni[71].

Con il *Whistleblower Protection Act* del 1989 (poi riformato nel 1994 e nel 2012) si sceglie di ridurre il ricorso all'*Office of Special Counsel* per concedere al *whistleblower* il diritto di autotutelarsi direttamente davanti al *Merit System Protection Board* che nel frattempo vede ampliate le sue competenze: interviene non solo nel caso di ritorsioni maggiori, ma anche contro misure disciplinari minori, che possono essere sospese entro 10 giorni dalla richiesta del *whistleblower*. Inoltre, viene ampliato l'ambito di applicazione soggettivo: non solo il dipendente pubblico *tout court*, ma anche i dipendenti part time, in prova, con contratto a tempo determinato e persino gli ex dipendenti.

Ma l'intervento più significativo riguarda l'inversione dell'onere della prova: è il datore di lavoro che deve dimostrare che la misura ritorsiva non abbia niente a che vedere con la segnalazione, e non viceversa[72]. Il dipendente per ottenere la protezione deve segnalare una condotta che rientra tra quelle tipizzate dal legislatore (ampliate dalla riforma del 2012, il *Whistleblower Protection Enhancement Act*), e che non rientra tra le materie coperte da segreto. Inoltre, deve dimostrare di aver sofferto una ritorsione. Altro requisito fondamentale è la "ragionevole convinzione",

[71] In dieci anni di attività, dal 1978 al 1988 l'Office of Special Counsel ha portato avanti un solo procedimento per la reintegrazione di un lavoratore ingiustamente licenziato a seguito di una segnalazione. Cfr. T. DEVINE, *The whistleblower protection act of 1989: foundation for the modern law of employment dissent*, in *Administrative Law Review*, 51, 2, 1999 p. 535.

[72] Come del resto è previsto dal nostro ordinamento.

ISSN 2036-7821

sufficiente per l'inoltro della segnalazione: viene superato quindi la richiesta di prove inconfutabili[73].
La riforma del 2012 ha poi introdotto la figura del *Whistleblower Ombudsman*, una sorta di difensore civico incaricato di aumentare la consapevolezza dei dipendenti sul tema, rendendoli edotti dei propri diritti e tutele riguardanti l'attività di segnalazione

4.4. La tutela del whistleblower nel settore privato.
A seguito di numerosi scandali finanziari (si pensi ad esempio al caso Enron del 2001, allo scandalo WorldCom del 2002 entrambi scoperti grazie alle rivelazioni di dipendenti che però non godevano di alcuna tutela in quanto si erano attivati per tutelare gli interessi degli investitori privati e non del dell'interesse pubblico[74]) , si è sentita come urgente l'esigenza di aumentare la capacità di contrastare la corruzione, e quindi di estendere le tutele per il dipendente che segnala illeciti anche nel settore privato[75].
Il *Sarbanes-Oxley Act* del 2002, definito il *gold standard*[76] per la tutela del *whistleblower*, ha previsto l'obbligo per le società di dotarsi di misure interne per accogliere e gestire le segnalazioni di illeciti. Inoltre, proibisce eventuali misure ritorsive nei confronti del *whistleblower*, per cui, qualora il dipendente in buona fede venga licenziato, demansionato o comunque oggetto di altre misure discriminatorie, avrà diritto al reintegro nel posto di lavoro e al risarcimento dei danni. Inoltre, modificando il *Federal Criminal Code*, il datore di lavoro responsabile di provvedimenti discriminatori rischia anche sanzioni penali.
Gli scandali finanziari del 2008, però, hanno messo in luce la debolezza del sistema nel prevenire le frodi e l'inadeguatezza nel tutelare gli investitori, che non essendo dipendenti, non avevano titolo per segnalare o essere tutelati. Di conseguenza, proprio allo scopo di ripristinare una fiducia ormai gravemente intaccata, nel 2010 il *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* è intervenuto per promuovere la stabilità finanziaria degli Stati Uniti, aumentando la *accountability* e trasparenza nel sistema finanziario. Tra le varie misure adottate, il *Whistleblower Program* mira a incentivare le segnalazioni riguardanti eventuali violazioni del

[73] Come affermato ad esempio nel caso *Lachance v. White* del 1999, in cui il giudice aveva disposto che il segnalante avrebbe dovuto dimostrare quanto asserito adducendo prove inconfutabili (cfr. *Lachance v. White* No. 98-3249, 174 F.3d 1378, https://casetext.com/case/lachance-v-white).
[74] Cfr. R.E. MOBERLY, *Unfulfilled Expectations: an Empirical Analysis of Why Sarbanes-Oxley Whistleblowers Rarely Win*, in *William and Mary Law Review*, 49, 2007, pp. 65 -155; G.C. RAPP, *op. cit.*, pp. 73-152. Vedi anche T. M. DWORKIN, *SOX and Whistleblowing*, in *Michigan Law Review*, 105(8), 2007, pp. 1757–1780.
[75] Fino a quel momento la tutela del *whistleblower* nel settore privato era molto debole e circoscritta a un ambito di applicazione molto limitato.
[76] C. ESTLUND, *Rebuilding the Law of the Workplace in an Era of Self-Regulation*, in *Columbia Law Review*, 105(2), 2005, p. 327.

ISSN 2036-7821

Commodity Exchange Act. In questi casi, non solo viene garantita la riservatezza del segnalante (a condizione che sia rappresentato da un avvocato, e in ogni caso la sua identità verrà resa nota al momento della corresponsione del premio) e la tutela contro misure ritorsive, ma viene anche corrisposta un premio in denaro che varia dal 10 al 30% sul totale della sanzione raccolta[77]. Il meccanismo premiale però viene attivato solo se l'ente federale preposto alla vigilanza sul mercato finanziario, la *Securities and Exchange Commission*, a seguito della segnalazione e dell'esito positivo del successivo giudizio irroga una sanzione superiore al milione di dollari.
Va specificato poi un dato importante: la logica premiale prevista dal *Whistleblower Program* si fonda su presupposti diversi rispetto al FCA dato che non attiva alcuna possibilità per il segnalante di diventare *relator*: se il FCA si fonda sul sistema del *qui tam*, e quindi il segnalante può agire in giudizio sostituendosi allo Stato, nel meccanismo previsto dal *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* succede qualcosa di molto più semplice: vengono pagate le informazioni secondo il meccanismo *cash for information*[78].
È un sistema che funziona? I dati sembrerebbero confermarlo, dato che dal 2012, anno in cui la SEC ha corrisposto il primo premio, a oggi, sono stati elargiti a 207 *whistleblower* ricompense per un totale di un miliardo di dollari[79], a fronte di sanzioni erogate dalla SEC per ben 4,8 miliardi di dollari. Considerando l'enorme cifra recuperata, il miliardo di dollari andato in premi ai *whistleblower* sembrerebbe quindi assolutamente ben speso.

5. Considerazioni conclusive.
Come si è visto, nel panorama giuridico internazionale si contrappongono due modelli giuridici opposti: da una parte quello che potremmo definire più etico e rigoroso, proposto dal PIDA britannico qui descritto (e condiviso sostanzialmente nelle legislazioni europee, compresa quella italiana), e dall'altra quello decisamente più pragmatico statunitense, che vede nella premialità il suo elemento caratteristico.
Se è vero che scopo del comparatista è anche individuare le soluzioni migliori proposte dai diversi ordinamenti, in questo caso però è molto difficile scegliere quale modello funziona meglio in astratto, e quale potrebbe funzionare meglio nel nostro ordinamento, dato che entrambi presentano evidenti punti di forza, ma anche palesi

[77] L'oscillazione di valore dipende da variabili quali l'importanza delle informazioni contenute nella segnalazione, l'assistenza fornita dal *whistleblower* e l'utilizzo o meno di canali interni. Viceversa, determina la riduzione del premio l'eventuale colpa del *whistleblower*, un irragionevole ritardo nell'effettuare la segnalazione, e l'interferenza con l'attività dei canali di segnalazione interna

[78] G.C. RAPP, *op. cit.*, p. 76.

[79] Nell'ottobre 2020 è stato corrisposto il premio record di 114 milioni di euro a un "whistleblower che si è comportato in modo straordinario", ma ovviamente non si possono conoscere i dettagli della vicenda, vista la garanzia di anonimato riconosciuta a chi segnala. Nel settembre 2021, è stato corrisposto un'altra ricompensa record da 110 milioni di dollari.

ISSN 2036-7821

criticità, e che si possono rischiare ingenue sovrapposizioni o parallelismi inopportuni.

Il modello statunitense sicuramente incentiva molto le segnalazioni, non limitandosi a tutelare chi denuncia, ma arrivando a premiarlo. Ciò dipende anche dalla diversa natura dell'istituto: se da noi il *whistleblower* si limita a segnalare un fatto illecito alle autorità competenti (Responsabile per la prevenzione della corruzione e trasparenza, o direttamente all'ANAC), nel sistema previsto dal *False Claims Act* chi segnala va direttamente in giudizio, come *relator*, nel nome degli Stati Uniti, e soprattutto deve provare quanto asserito. Viene quindi chiesto al *relator* un impegno molto forte, per poter accedere agli incentivi previsti dal sistema statunitense, incentivi che di fatto poi non gravano sulla finanza dello Stato, ma che vengono ricavati dalle somme recuperate con le sanzioni. L'impegno del *whistleblower* si sostituisce quindi a quello dello Stato che in questo modo risparmia tempo e risorse affidando al cittadino le attività investigative[80]. Certo, si tratta di un'emblematica rappresentazione di un processo di privatizzazione della giustizia che può giustamente lasciare perplessi.

Allo stesso tempo può lasciare perplessi il fatto che si arrivi a "monetizzare" la virtù civica: se è vero che il *whistleblowing* è un atto di "resistenza etica[81]", chi assiste a qualcosa di scorretto dovrebbe sentirsi moralmente costretto a denunciare, e non girarsi dall'altra parte alimentando in questo modo un circolo vizioso di omertà e connivenze.

Ma soprattutto va considerato l'ulteriore effetto negativo: cioè i rischi legati alla distorsione del significato etico dell'istituto, dato che un interesse economico potrebbe spingere le persone a segnalazioni false o pretestuose. In passato ciò è successo negli Stati Uniti e questo è forse il motivo per cui sarebbe molto difficile recepire un meccanismo premiale nel nostro ordinamento.

Perché se non si interviene prontamente con lo stroncare le segnalazioni false, si rischia di mettere in discussione tutto il sistema, che perderebbe inevitabilmente di credibilità e autorevolezza.

Ovviamente poi va specificato che la recezione del modello statunitense nel nostro ordinamento non sarebbe realmente possibile, visto i presupposti completamente diversi su cui si basa la disciplina del *whistleblower*, considerando che tale diversità non riguarda soli i fattori giuridici, ma anche quelli metagiuridici.

Il modello "etico", che pone al centro il dovere del lavoratore di denunciare perché è l'interesse pubblico a imporlo, solleva tuttavia altre criticità. Nonostante gli indubbi passi in avanti fatti dal legislatore (anche nell'ordinamento italiano) rimane infatti reale la preoccupazione di chi denuncia, di subire conseguenze negative. Come si è visto, le varie leggi analizzate prevedono una tutela da eventuali atti ritorsivi, ma

[80] È anche vero però che lo Stato può scegliere di prendere parte al processo riducendo così il margine di azione del *relator* e di conseguenza anche l'ammontare della ricompensa.

[81] M.P. GLAZER, P.M. GLAZER, *op. cit.*, p. 304.

ISSN 2036-7821

questa tutela interviene comunque successivamente, e il *whistleblower* inevitabilmente si troverà a vivere una situazione di grosso disagio e stress. Al netto di tutte le misure anti-ritorsione, dall'annullamento dell'atto ritorsivo, al reintegro in caso di licenziamento, e anche al risarcimento in caso di danni, non si può negare che il *whistleblower* dovrà comunque affrontare delle difficoltà. La domanda da porsi è quindi la seguente: è giusto che le conseguenze negative di una segnalazione impattino così fortemente sulla vita personale e familiare[82] di una persona che ha semplicemente scelto di fare la "cosa giusta" e suo malgrado diventa vittima di isolamento e ostracismo nel migliore dei casi?

Pagare la sua onestà per monetizzare il suo sacrificio probabilmente non è la cosa migliore da fare. Ma forse si potrebbe immaginare una via di mezzo?

Ad esempio: un premio simbolico, reputazionale, che aiuti il *whistleblower* a sentirsi valorizzato e apprezzato per la sua scelta, e che tolga ogni connotazione negativa alla segnalazione che, una volta per tutte, non deve essere minimamente confusa con la delazione[83].

Ma si potrebbe anche immaginare un premio economicamente misurabile, purché di piccola entità, che possa in certa misura ricompensare lo sforzo, senza però arrivare a incentivare segnalazioni in cattiva fede o pretestuose, fatte unicamente per ottenere la ricompensa.

Il problema in questo caso potrebbe essere la riservatezza della sua identità: un riconoscimento reputazionale o economico esporrebbe il *whistleblower* alla perdita dell'anonimato, a meno che non si riesca a riprodurre i meccanismi previsti dalla SEC statunitense, che dà grande copertura mediatica ai premi milionari, senza però mai rivelare né l'identità del segnalante, né i fatti segnalati.

Perché di fondo il problema è proprio questo: la premialità può indurre a peggiorare la considerazione negativa di cui gode ancora l'istituto. Ad esempio, con riferimento all'ordinamento italiano, già oggi è grande la preoccupazione che (pur in assenza di una premialità) ci possano essere segnalazioni in cattiva fede, a scopo ritorsivo o per interessi personali confliggenti con l'interesse pubblico. Ed è proprio il timore di un uso distorto del *whistleblowing* a rallentarne la sua circolazione e diffusione, anche solo a livello di dibattito pubblico, oltre al problema culturale di recepire un istituto considerato comunque alieno all'esperienza giuridica italiana.

Per questo motivo, forse, nell'attesa che l'istituto si radichi nella coscienza sociale e culturale[84] prima ancora che giuridica italiana, occorre trovare il modo per renderlo

[82] Non è un caso che la Direttiva (Considerando 41 e art. 4) prevede anche la tutela dei facilitatori e dei parenti del *whistleblower*.

[83] Sul punto, cfr. N. PARISI, *La funzione del whistleblower*, cit., p. 9.

[84] Per fare questo occorre uno sforzo educativo e formativo notevole da parte dello Stato, che deve intervenire in tempi precoci sui cittadini (e dipendenti) del futuro, partendo quindi già dalla scuola primaria, se non addirittura da quella materna, per scardinare i preconcetti e pregiudizi che purtroppo rendono ancora oggi difficile

ISSN 2036-7821

più attraente agli occhi del potenziale segnalante. La tutela della riservatezza e la protezione contro gli atti ritorsivi sono condizioni preliminari, necessarie, ma non sufficienti. Un riconoscimento formale e simbolico allo sforzo compiuto dal *whistleblower* potrebbe forse essere un elemento innovativo in grado di incentivare le segnalazioni.

Ma ancora di più, un reale sostegno al potenziale *whistleblower*, sin dall'inizio della vicenda, come già previsto in parte dalla Direttiva 2019/1937: qualcuno che lo supporti concretamente ed emotivamente durante il dilemma etico, che lo aiuti a formulare correttamente la segnalazione, che lo sostenga durante tutto l'iter, che può essere lungo e complicato. E in questo contesto appare fondamentale il ruolo delle organizzazioni della società civile, che già fanno molto in tal senso[85], con iniziative sicuramente molto importanti, ma che andrebbero rafforzate, valorizzate e in certo senso istituzionalizzate (magari attraverso un collegamento diretto sui siti delle amministrazioni, o dell'ANAC).

Un forte coinvolgimento della società civile in questo ambito, infatti, potrebbe avere una serie di effetti virtuosi, come accade ad esempio nel Regno Unito grazie all'attività della già citata fondazione *Protect*[86] che ogni anno assiste circa 3000 *whistleblower* e fornisce anche assistenza legale.

Oppure, si potrebbe prendere in considerazione l'esempio olandese, dove è un ente pubblico, la cosiddetta "Casa del whistleblower[87]", a occuparsi in modo specifico di seguire e accompagnare il dipendente in tutto il percorso che dal dilemma etico lo porta fino alla segnalazione, in modo da non lasciarlo solo.

Forse potrebbero essere questi i modelli da importare?

---

l'attecchimento dell'istituto. Sul punto rinvio a V.M. DONINI, *Policy Brief: Ampliamento della missione istituzionale della SNA nella strategia di contrasto alla corruzione: una proposta*, SNA, 2022, in corso di stampa.

[85] Si pensi ad esempio alla linea telefonica gratuita promossa da Libera "Linea Libera", rivolta a potenziali *whistleblower* che si trovano in una situazione di dilemma etico, o alla piattaforma ALAC – Allerta anticorruzione di Transparency International. Cfr. L. FERRANTE, A. VANNUCCI, *Anticorruzione Pop: è semplice combattere il malaffare se sai come farlo*, Torino, 2017.

[86] https://protect-advice.org.uk/

[87] *Wet Huis voor klokkenluiders*, l'Autorità olandese per i *whistleblower* è stata istituita nel 2016, ed è articolata in due sezioni, una consultiva e una investigativa. La sezione consultiva ha il compito di accompagnare i potenziali segnalanti in tutto l'iter della segnalazione, fornendo consulenze, informazioni e supporto legale (senza arrivare però alla rappresentazione in giudizio), ma anche sostegno psicosociale. La sezione investigativa, invece, su richiesta del dipendente avvia l'indagine sui fatti segnalati e può anche controllare il comportamento del datore di lavoro a seguito della segnalazione. Per un'interessante indagine comparatistica cfr. K. LOYENS, W. VANDEKERCKHOVE, *The Dutch Whistleblowers Authority in an international perspective: a comparative study*, Utrecht, 2018.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Tax Treatment of professional football players remuneration in Germany and Italy. A comparative and EU analysis of a sector with tax gaps from a fiscal and administrave angle.

di Filippo Luigi Giambrone

(Ricercatore a tempo determinato presso l'Università degli Studi del Sannio di Benevento)

Summary

1. Introduction into the subject matter. – 2. The expansion of the football economy. – 2.1. Main actors in the football economy. – 2.2 The arising requirement regarding uniform good governance principles within the EU. – 2.3 EU position relating to sport matters.- 2.4 Regulatory competition from a players' perspective: here comes tax.- 2.5 Taxation and Migration: Evidence and Policy Implications. – 2.6 Mobility of People. – 2.7 European approach regarding tax treatment of professional players' remuneration. - 3. The German example: rules applicable to resident sportsperson and entertainers. – 3.1 Elimination of double taxation regarding resident sportspersons and entertainers working abroad. - 3.2 The tax framework for football players. - 4. Italy´s tax framework for football players. – 4.1 The New regime for Inward Expatriates. – 4.2 The Italian resident non-dom regime. – 4.3 The Italian expatriates tax regime. – 4.4 Recent events. - 5. Conclusions.

Abstract

Within the European Union, football's professionals are operating on the EU internal market. The internal market and the Treaty freedoms necessitate levelled regulatory and supervisory grounds for professional football's key actors. It can be stated that regulatory and supervisory playing fields in professional football are unlevelled. With regard to professional football clubs and football agents, the rules to approach the internal market and to provide their respective services within the internal market, as well as supervisory practices, can diverge from Member State to Member State, possibly hindering access to the internal market subject on the place of entry, and thereby hindering the establishment and functioning of a true internal market.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduction into the subject matter.

The Sport field represents a large and strong-growing economic sector, already accounting for more than 2% of total European gross domestic product (GDP) and almost 3% of employment within the European Union (EU). As the world's leading, most commercialized and mediatized sport, football occupies the most important place within the sports industry and continues to grow. It must be stated at this point that the respective players of football are still active on the EU internal market. With regard to the players in professional football, the internal market and the freedoms enshrined in the Treaty require uniform regulatory and supervisory conditions. However, the regulatory and supervisory framework in professional football is inconsistent in practice. Moreover, the rules governing access to the internal market and the provision of their respective services in the internal market, as well as supervisory practices from one Member State to another, may vary for professional football clubs and football intermediaries. This may hinder access to the internal market depending on the place of entry into the internal market and thus the establishment and functioning of a genuine internal market. The legislator should align the regulatory and supervisory framework and introduce uniform, harmonised and high-quality good governance rules for football intermediaries and professional football clubs. This could be achieved, on the one hand, by introducing an EU licensing system (including anti-money laundering legislation) and an appropriate monitoring system and, on the other hand, by handling appropriate sanctions in the event of non-compliance. It should also be noted at this point that both the tax and social security treatment of the remuneration of professional footballers contribute to unequal conditions of competition in Europe. There are different approaches to the taxation and social security status of professional football in the EU. However, studies carried out by the EU Commission indicate a common denominator of the countries. All the countries studied are united in their diversity and at the same time they all pursue a common goal. Member States have different approaches to taxing players, but most recognise the importance of an attractive tax system for an ever-growing industry. The aim pursued by the EU Commission in several studies concerned the investigation of the tax treatment of the remuneration of professional footballers within different Member States.

An attempt is being made in several selected Member States to examine the tax treatment of match salaries in which top- or lower-tier football competitions take place. Some countries, such as Belgium, Austria, France, Germany, Italy, the Netherlands, Portugal and Spain, which are subject to the relevant investigations, are detailed. Due to the fact that several factors can play a role, a comparison of the tax treatment of player salaries in different countries is not self-evident, In the countries examined, with regard to the comparison made by the EU Commission regarding the tax regulations for players, mainly on the general tax framework and the reasons for

ISSN 2036-7821

the existing framework. Several studies have attempted to compare the tax treatment of players' remuneration in these countries listed above with the normal tax practice of these countries for non-sporting taxpayers.

The reasons for the special tax regime are determined as soon as the normal tax practice differs from the tax regime for football players. The respective country-specific results are compared regarding a possible common European approach. The diversity of the Member States is united. This makes it quite difficult to compare the individual tax burden of a football player on a country-by-country basis, as it depends on the amount of salary, the type of remuneration, the application (or non-application) of certain tax incentives and many other parameters. For this reason, the tax situation of professional footballers must be assessed individually, some indications are given that must be taken into account when examining the tax situation of football players: the (former) tax residence, the amount of salary, the composition of the remuneration package, the availability of other types of income, the question of whether or not they receive income from abroad, and so on, it is essential to consult the tax investigation of football players. Normally, players are subject to a "normal" level of taxation compared to other similarly paid professionals in this Member State and do not benefit specifically from tax incentives compared to other taxpayers.[1]It is particularly noteworthy at this point that in the Member States where football players benefit from tax incentives, other taxpayers (often qualified foreigners or sectors such as the R&D sector or the sports industry in general) also have access to tax incentives. Most (high-earning) players are always subject to the highest income tax rates. Countries take a different approach to determining the tax base. In this way, the Netherlands, France and (especially) Italy seem to offer greater opportunities to optimise the tax base in favour of the players. Tax excesses resulting from the misuse of tax planning seem to be combated by most Member States. Although Member States are united in their diversity, they share a common goal, at least they are aware of the impact of the tax on the competitiveness of their national football leagues. At the same time, we must not lose sight of tax competition with non-EU countries. With low-tax countries such as the United Arab Emirates (UAE) or Qatar, or with countries specifically aimed at football players, such as Turkey and (until recently) China, the EU football leagues are increasingly in competition. Most of the Member States selected for research in this study, either have specific measures in place which are an incentive to football players' income taxation (or athlete income in general), had them in place in the past or consider the introduction of these measures. Based on researches conducted from the EU, the following categories can

[1] R. Houben, A. Van de Vijver, N. Appermont and G. Verachtert, Taxing professional football in the EU. A comparative and EU analysis of a sector with tax gaps, Publication for the Economic and Monetary Affairs Subcommittee on tax matters (FISC), Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament, Luxembourg, 2021, p. 9 ff.

ISSN 2036-7821

be distinguished: The Netherlands, France, Italy and Belgium are to be mentioned as countries that have tax incentives for the income of football players. No targeted incentives for the football industry could be found in the Netherlands, France and Italy. However, despite all the countries mentioned above, football players are granted the advantages of a fairly advantageous tax regime abroad. The football players are allowed by appropriate regulations to receive a part of their salary tax-free, which basically allows an optimization of the tax base for the income of the players. In Italy, a tax exemption of 50% applies, while in the Netherlands and France a tax exemption of 30% is possible. Belgium also has a foreign tax regime. However, this is not used by football players. This Member State provides a tax incentive in relation to payroll tax for sports clubs, whereby 80% of the payroll tax does not have to be paid to the tax administration, but can be spent by the clubs (usually on the condition that the incentive is used for the training of youth players).[2] Spain can be related to such countries, who had certain tax incentives in place. In 2004 an expatriate regime has been introduced in Spain, which is mainly known as the Beckham-law. This regime allowed for the qualification as tax non-resident for football players migrating to Spain and the use of preferential tax rates. As of 2015, the regime can no longer be applied by football players. Portugal can be mentioned as one of those Countries with specific tax regimes, albeit not applicable to football players. In 2009 Portugal introduced the non-habitual tax resident. Portugal introduced the non-habitual tax resident regime in 2009. This regime amongst others allows skilful workers to benefit from a preferential 20% tax rate on employment income. This highly beneficial tax regime is not open for football players, albeit regretted in legal doctrine, Germany represents one of those Countries with no specific tax regimes.[3] Germany does not have any specific income tax regime in place from which professional football players could benefit. From an EU perspective, the development of policies to tax the remuneration of professional footballers is not self-evident, for various reasons: the issues underlying the matter are cross-cutting and affect different areas and aspects of (personal) income taxation, and above all: the EU's legislative room for manoeuvre in matters of direct taxation is subject to several important limitations, of which the most important is undoubtedly the requirement of unanimity in the Council on matters of direct taxation and the fact that the European Parliament is not a 'co-legislator' on such issues.[4]

[2] R. Houben, A. Van de Vijver, N. Appermont and G. Verachtert, Taxing professional football in the EU. A comparative and EU analysis of a sector with tax gaps, Publication for the Economic and Monetary Affairs Subcommittee on tax matters (FISC), Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament, Luxembourg, 2021, p. 9 ff.

[3] For a deeper understanding on the principles of direct taxation within the European Union compare: M. Lang/P.Pistone/J.Schuch/ C.Staringer, Introduction to European tax Law: Direct Taxation.

[4] For a deeper understanding on the principles of direct taxation within the European Union compare: M. Lang/P.Pistone/J.Schuch/ C.Staringer, Introduction to European tax Law: Direct Taxation.

ISSN 2036-7821

This problem is exacerbated by the fact that issues of personal income taxation, such as for example the taxation of players' salaries, do not seem to play a major role on the agenda of the European Commission and the Council. EU initiatives are currently limited to initiatives that are conducive to Member States' approaches. These actions should initially focus on building knowledge, increasing transparency and developing best practices, as not much research has been or is being done in this area. This could help Member States to improve their own national systems with a view to fair taxation of professional football across the Union, taking due account of the specificities of professional football that justify supportive tax treatment. It is advisable to put the issue on the agenda and raise awareness both in terms of research and political attention. The EU believes also that the policy approach which has been taken in the case of the Code of Conduct for Business Taxation would also lend itself well to address the challenges posed by the tax treatment of professional football players and, more in general, the challenges posed by personal income taxation in the EU. Active involvement of the Union of European Football Associations (UEFA), its member associations of EU Member States and other football internal stakeholders in a Code of Conduct-like mechanism would be a strong signal towards policy makers that the football pyramid itself is engaged towards a fair and benchmarked taxation of professional football, for the greater good of all stakeholders, belonging to the football pyramid and civil society alike. In addition to the foregoing, the active involvement and cooperation of the professional football sector can also be pursued through dedicating additional attention to matters of compliance and taxation in the cooperation agreement concluded between the European Commission and the UEFA, concluded in February 2018.[5] The EU legislator should introduce uniform harmonised high-standard good governance rules for football agents and professional football clubs through a EU license system, in addition to an adequate monitoring system and appropriate sanctions in case of non-compliance. This suggestion deserves further attention at EU policy making level. With the growing economic and social importance of sports and increasing profits that can be made out of sports, money now exerts a strong influence on the world of sports.

The influx of big money has positive effects such as an increase of sport facilities and their availability to a larger number of people, yet this money also brings negative consequences. There is a higher risk of fraud and corruption given the amount of money at stake. Sport also can be used as a channel to launder dirty money. Sports

[5] R. Houben, A. Van de Vijver, N. Appermont and G. Verachtert, Taxing professional football in the EU. A comparative and EU analysis of a sector with tax gaps, Publication for the Economic and Monetary Affairs Subcommittee on tax matters (FISC), Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament, Luxembourg, 2021, p. 10 ff.

ISSN 2036-7821

governing bodies as well as national and international authorities recently expressed their concerns on the inflow of dirty money into the sporting industry. The EU White Paper on Sport – the first EU Community document to recognise the importance of sport in European society – which was published in 2007 – stated, "Sport is confronted with new threats and challenges, such as commercial pressure, exploitation of young players, doping, corruption, racism, illegal gambling, violence, money laundering and other activities detrimental to the sport. The issue of money laundering in professional football can only be addressed effectively through European legislation.

Ideally, this is done via the introduction of a EU license system, of which anti-money laundering legislation forms part. The alternative is to include professional football in the EU anti-money laundering legislation as a separate initiative. The national regimes all recognise the importance of an attractive tax regime for professional football as a continuously growing industry. Most of the Member States selected for research, either have specific measures in place which are an incentive to football players' income taxation (or athlete income in general), had them in place in the past or consider the introduction of these measures. Benchmarking the domestic regimes towards a fair, minimum level of taxation throughout the EU, based on the average tax pressure for professional football in the EU, is valuable in view of creating levelled regulatory playing fields. When a Member State would redesign its tax treatment for professional football from this perspective, it should, however, be mindful of the fact that a too drastic tightening up of the tax (and social security) treatment of professional sports, as the case may be, could have a disproportionate negative effect on professional football and professional's football corporate social responsibility initiatives, vis-à-vis other Member States. Taxation should be set at a fair level, whilst preserving competitive balance and assuring continuation of corporate social responsibility initiatives.

Despite the economic and societal importance of the professional football sector, remarkably little attention has been dedicated to the fiscal (and related regulatory) framework surrounding professional football. This topic should be placed on the agenda and awareness should be raised, both as a matter of research and as a matter of generating policy attention. The policy approach which has been taken in the case of the Code of Conduct for Business Taxation would also lend itself well to address the challenges posed by the tax treatment of professional football players and, more in general, the challenges posed by personal income taxation in the EU, for example by setting up a 'Code of Conduct-like mechanism' for personal income taxation that also pays particular attention to the case of taxation of professional football players.

A strong signal towards policy makers would be set out through an active involvement of the UEFA, its member associations of EU Member States and other football internal stakeholders merging in a Code of Conduct-like mechanism,

ISSN 2036-7821

demonstrating that the football pyramid itself is engaged towards a fair and benchmarked taxation of professional football. The active participation of the professional football sector can also be continued by paying additional attention to compliance and taxation issues in the cooperation agreement concluded between the European Commission and UEFA. The income tax treatment of football clubs themselves deserves follow-up investigations, as does the related question of the choice of legal entity and its impact on the applicable tax system, issues related to the use of fan tokens and their role in player compensation packages, developments in the use of image rights regulations, the social security treatment of professional footballers.[6]

2.The expansion of the football economy.

Sport is a large and fast-growing sector of the economy that already accounts for more than 2% of Europe's total GDP and almost 3% of employment in the EU,[7] with a share in the national economies, which is comparable to agriculture, forestry and fisheries combined. The sport industry's economic and social strengths as a tool to tackle the economic crisis caused by the COVID-19 pandemic should not be underestimated. Within the sports economy, football, as the world's leading, most commercialised, and mediatised sport, takes the most prominent place. In season 2018/19, the European football sector's market revenue amounted to EUR 28.9 billion.[8] Therefore, governments should have a special interest in protecting jobs in sport as an industry with a strong economic impact in terms of employment and its share of GDP.

The associated social benefits of sport will contribute to the rebuilding of European societies during and after the crisis. Also, the SHARE initiative[9] has been a steadfast advocate of the relevance of sport for regional development through its impact on a number of key policy areas such as innovation and research, social cohesion and inclusion, territorial regeneration and attractiveness or environmental protection, in particular as an effective means of attaining the objectives of EU Cohesion Policy and the European Structural and Investment Funds.

---

[6] R. Houben, A. Van de Vijver, N. Appermont and G. Verachtert, *Taxing professional football in the EU. A comparative and EU analysis of a sector with tax gaps,* Publication for the Economic and Monetary Affairs Subcommittee on tax matters (FISC), Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament, Luxembourg, 2021, p. 10 ff.

[7] EC, *Sport in the European Union*, https://ec.europa.eu/assets/eac/sport/library/documents/eu-sport-factsheet_en.pdf (accessed on 26 January 2021); EUROPEAN PLATFORM FOR SPORT INNOVATION, *Position paper on the impact of the COVID-19 crisis on the sport sector*, https://euoffice.eurolympic.org/files/position_paper_COVID-19%20final_revision.pdf, 1 (accessed on 26 January 2021).

[8] DELOITTE, *Annual Review of Football Finance*, June 2020, https://www2.deloitte.com/uk/en/pages/sports-business-group/articles/annual- review-of-football-finance.html, 8.

[9] https://ec.europa.eu/sport/share-initiative_en.

ISSN 2036-7821

It has produced several papers[10] highlighting the important contribution that sport and physical activity can make to achieve these objectives. Moreover, football is the most popular sport watched world wide.[11]Furthermore, football accounted for 40.6% of global sports media rights in 2018.[12] Since then, notwithstanding the COVID 19 crisis, these numbers will not have decreased.[13] On the contrary, the football economy has not yet reached its zenith. The growing demand for live sport events[14], the raising globalization of football[15], technological progress[16], the interest of global tech companies in sports media rights[17], an evolving media landscape[18], continuing growth in media rights revenue for the professional football sector and a further influx of capital from various stakeholders, including private equity investors[19], are but some of the factors that will likely stimulate further growth of the football economy.[20] This can be demonstrated by taking a glimpse at the revenues of the biggest five football leagues in Europe ,which have been steadily rising over the years.[21]

2.1 Main actors in the football economy.

Within the football economy, key service providers are professional football clubs, professional football players and football agents. Professional football clubs, as

[10] https://keanet.eu/projects.

[11] Nielsen, SPORTS, *World Football Report 2018*; GLOBAL WEB INDEX, Sports around the World 2018.

[12] SPORTBUSINESS CONSULTING, Global Media Report 2018.

[13] R. Houben, A. Van de Vijver, N. Appermont and G. Verachtert, *Taxing professional football in the EU. A comparative and EU analysis of a sector with tax gaps,* Publication for the Economic and Monetary Affairs Subcommittee on tax matters (FISC), Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament, Luxembourg, 2021, p. 11 ff.

[14] Sport Business Consulting, Global Media Report 2018.

[15] Nielsen, SPORTS, *World Football Report 2018*; GLOBAL WEB INDEX, Sports around the World 2018.

[16] S. MORROW, "History, Longevity, and Change – Football in England and Scotland" in H. GAMMELSAETER and B. SENAUX (eds.), *The Organisation and Governance of Top Football Across Europe*, Routledge, 2011, 52-56; M. MILNE, *The Transformation of Television Sport – New Methods, New Rules*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2016, p. 220.

[17] Pay TV Innovation Forum, *The Global Market for Premium Sports O T T S e rv ice s – S pe cial Re port*, J u ly 2019, http://files.clickdimensions.com/nagracom-adglw/f iles/sp orts ottreport.pdf.

[18] PAY TV IN N O V ATIO N F O RUM, *T he Global M ark e t f or Pre mium S ports O T T S e rv ice s – S pe cial Re port*, J u ly 2019.

[19] H. Gammelsaeter, B. Senaux, "Perspectives on the Governance of Football Across Europe" in H. GAMMELSAETER and B. SENAUX (eds.), *The Organisation and Governance of Top Football Across Europe*, Routledge, 2011, 2.

[20]B.Mathew,"Private capital's rush into the business of sport", *Financial Times* 28 December 2020, https://www.ft.com/content/9ba35ff2- ac31-41d2-8ff9-6107a64d0ae5; See also the presentation of AJ Swoboda at the 14 October 2020 Congress of the Club Brugge Chair (available via https://www.uantwerpen.be/en/chairs/club-brugge-chair/conferences/).

[21] R. Houben, A. Van de Vijver, N. Appermont and G. Verachtert, *Taxing professional football in the EU. A comparative and EU analysis of a sector with tax gaps,* Publication for the Economic and Monetary Affairs Subcommittee on tax matters (FISC), Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament, Luxembourg, 2021, p. 11 ff.

ISSN 2036-7821

engine of professional football, provide sportive and entertainment services to clients (fans) via football matches live in stadium and broadcasted via media against a fee. Football clubs are traditionally anchored into their region of incorporation, with strong local and regional roots closely linked to the club's core values. Within the football economy players play a fundamental role. Players are employed by football clubs, in exchange for salary, predominantly to play the game of football. The quality of the players stands in correlation with the performance of the club: the better the players, the better the club, both on and off the pitch. On the business front, the better a club performs, the more revenue it will generate, such as media rights revenue, entrance bonus and prize money for participation in UEFA club competitions, sponsorship deals and match day revenue. Player transfers are often also a contributing factor to a club's business performance. A significant number of clubs, so called 'educational clubs', generate substantial revenue through player transfers. Basically, the *rationale* is to educate own youth players and/or invest in early career players, subsequently to improve their quality and performance, and lastly to realize the added value via a transfer to another club, usually in a higher segment of the market.[22] Nowadays, a frequent interconnection between football players and football clubs is represented by football agents.[23] Football agents offer intermediary services to clients, both clubs and players, foremost regarding player transfers, for a fee. Professional football is ruled and controlled by football's governing bodies. These operate mainly within a hierarchical structure.[24]Although this pyramid structure has developed itself towards a more horizontal network of football shareholders, the traditional members of the pyramid are still very much in the leading position. The International Federation of Association Football (FIFA) is placed at the apical position, the international governing body of football at a global level. UEFA is the governing body of football for the European continent. At the domestic level, national football federations organize and regulate football. In theory clubs and football players could decide themselves to leave this hierarchy and organize a competition of their own. The practice highlights that this is extremely difficult, as is shown for example by the recent Super League breakaway league attempt by several top flight Italian, Spanish and UK clubs. Soon after its endeavour,

[22] Regarding the selling club revenue can be generated , if the transfer took place within the player's contract period. Following the famous Bosman case (CJEU 15 December 1995, C-415/93, Union Royale Belge des Sociétés de Football Association vs. Bosman, ECLI:EU:C:1995:463. On this, see e.g., R. PARRISH, "Europe: The Transformation of football" in A. NIEMANN, B. GARCIA and W. GRANT (eds.), *The transformation of European football – Towards the Europeanisation of the national game*, Manchester, Manchester University Press, 2011, 23-24) after expiry of his contract a player can transfer without any transfer sum being payable.

[23] R. Houben, A. Van de Vijver, N. Appermont and G. Verachtert, *Taxing professional football in the EU. A comparative and EU analysis of a sector with tax gaps*, , European Parliament, Luxembourg, 2021, p. 11 ff.

[24] J. KITCHING and P. FIDA, "International Federations" in N. DE MARCO QC (ed.), *Football and the Law*, Haywards Heath, Bloomsbury Professional, 2018, p. 25.

ISSN 2036-7821

this attempt was unsuccessful, receiving serious crosswind from within the football pyramid, and from others key actors like politicians. In Europe, football's key actors are active on the EU internal market. Football agents e.g., offer their services across the Union (and beyond) and have European and/or global client portfolios. Professional football clubs and players are active on the internal market given their ability to play in European competitions.[25]In addition, their fan base stretches across Europe and even the globe.[26]Specifically as regards clubs, the increasing cross-border acquisitions of multiple professional football clubs by e.g. sports holding companies, leading to multinational ownership and directorship,and the recruitment of players and staff from across Europe and even the globe, further adds to the cross-border nature of their activities.[27] Within the internal market, football's key actors enjoy the Treaty freedoms. For professional football clubs and football agents, the freedom to provide services is most relevant. For players, the free movement of workers' principles are key.

2.2 The arising requirement regarding uniform good governance principles within the EU.

The internal market and the Treaty freedoms require levelled regulatory and supervisory fields for professional football's actors. In practice, however, regulatory and supervisory playing fields in professional football are unlevelled. As regards professional football clubs and football agents, the rules to access the internal market and to provide their respective services within the internal market, as well as supervisory practices, can differ from Member State to Member State. Arguably, these different approaches hinder access to the internal market dependent on the place of entry, thereby hindering the establishment and functioning of a true internal market. To give more impetus to those actors that are leading and paving the way towards better governance in professional football, it is advocated that the legislator should come to their aid to level the regulatory and supervisory playing field to acceptable levels, so that actors that are currently under performing are brought to higher levels of governance and compliance.[28]

The idea is that, for the benefit of society and of the sector of professional football as a whole, it is important that all professional football clubs and football agents meet high governance standards. More specifically, uniform harmonised high-standard good governance rules for football agents and professional football clubs are suggested, in addition to an adequate monitoring system and appropriate sanctions

[25] Champions League, Europa League, Conference League.

[26] In particular the top 5 domestic football competitions in Europe are watched by fans throughout Europe and beyond: GLOBAL WEB INDEX, Sports Around the World, 2018, p. 12.

[27] R. Houben, A. Van de Vijver, N. Appermont and G. Verachtert, *Taxing professional football in the EU. A comparative and EU analysis of a sector with tax gaps*, , European Parliament, Luxembourg, 2021, p. 11 ff.

[28] See more elaborate R. HOUBEN and S. NUYTS, A new deal for professional football in the EU, Cambridge, Intersentia, 2021, 52 p.

ISSN 2036-7821

in case of non-compliance. From a policy perspective, such approach would boil down to a mentality shift.

Indeed, now, policy making regarding professional football is often inspired by 'negative action', as a repressive response to root out abuses and irregularities by some. Of course, it is important to monitor compliance and sanction actors who infringe laws. Yet there is more to it than repression alone. Policy action should also be focused on prevention of abuses and irregularities through creating a legally certain environment with high standards of governance and compliance, and, of course, an adequate sanctioning apparatus. Yet, such a sanctioning apparatus should only be the tailpiece of policymaking, which should fundamentally be oriented towards prevention. In other words: when it burns it is important to be able to put out the fire, but it is a lot better when extinguishing capabilities are accompanied and preceded by sound prevention schemes.[29] It is argued that this requires EU legislative intervention: the cross-border nature of professional football's key actors means that a true internal market cannot be achieved by actions taken by Member States alone.[30] Because of several reasons and mostly because of the required help needed by the Member States, the EU is requested and urged to take action and harmonise Member States' laws to level the regulatory and supervisory playing field, the plea continues.[31]In this prospective it is advisable to restate the important fact, that the mere finding of disparities between national rules is not sufficient to justify EU harmonisation. It is different, however, where there are differences between the laws, regulations or administrative provisions of Member States which obstruct the fundamental freedoms and thus have a direct effect on the functioning of the internal market.

Also, future obstructions to trade warrant EU intervention, insofar as the emergence of such obstructions is likely and the EU measure in question is designed to prevent them. The European Court of Justice in the ruling C-358/14, with regard of this context clearly stated that, although the mere finding of differences between national rules is not sufficient to justify the use of Article 114 TFEU, the situation is different in the case of differences between the laws, regulations and administrative provisions of the Member States which are having the effect of affecting the fundamental freedoms and thus having a direct impact on the functioning of the internal market.[32]Moreover, according to settled case-law, although Article 114 TFEU

[29] R. Houben, A. Van de Vijver, N. Appermont and G. Verachtert, *Taxing professional football in the EU. A comparative and EU analysis of a sector with tax gaps*, , European Parliament, Luxembourg, 2021, p. 16 ff.

[30] R. HOUBEN and S. NUYTS, *A new deal for professional football in the EU*, Cambridge, Intersentia, 2021, 52 p.

[31] R. Houben, A. Van de Vijver, N. Appermont and G. Verachtert, *Taxing professional football in the EU. A comparative and EU analysis of a sector with tax gaps*, , European Parliament, Luxembourg, 2021, p. 16 ff.

[32] see, to that effect, Germany v Parliament). and Council, C-376/98, EU:C:2000:544, paragraphs 84 and 95, British American Tobacco (Investments) and Imperial Tobacco, C-491/01, EU:C:2002:741, paragraphs 59 and 60, Arnold André, C-434/02, EU:C:2004:800, paragraph 30, Swedish Match, C-210/03, EU:C:2004:802, paragraph 29,

ISSN 2036-7821

may be relied on as a legal basis to prevent the emergence of new obstacles to trade as a result of a heterogeneous development of national legislation, the emergence of such obstacles must be likely and the measure in question must have as its object its avoidance.[33] The articles of the Treaty relating to the free movement of goods, persons, services and capital are considered so fundamental that any restriction, even minor, of that freedom is prohibited,[34] unless the restrictions are too uncertain and indirect for the restriction to be regarded as being capable of hindering that freedom. The EU Court of Justice notably in C-483/12 stated that similarly, as regards Articles 56 TFEU and 57 TFEU on the freedom to provide services, also referred to by the referring court, it is sufficient to note that the legislation at issue applies to all economic operators operating in the national territory, that it is also not intended to regulate the conditions governing the provision of the services provided by the undertakings concerned and, finally, that the restrictive effects which it might have on the freedom to provide services are: are too uncertain and indirectly for the obligation laid down thereon to be regarded as capable of hindering that freedom.[35] As regards professional football clubs and football agents, (future) domestic measures clearly (are likely to) create differences sufficiently certain and direct to obstruct the freedom to provide services within the internal market.

In this regard, as it has been already stated, the "Harmonised National Legislation Model" represents the aim, towards which the Member States are oriented. In the EU, the regulation of employment relations and access to a profession is a matter for national legislation.[36]Under Article 153 TFEU, the Union has only the competence to support and complement the activities of the Member States. In football, some Member States regulate the activity of sports agents through national law. For example, under French Law[37], an agent must hold a licence which is obtained under strict conditions, they must comply with certain good practice rules and they must submit to the disciplinary procedures of the sport association.

The system devolves authority to the French National Association to regulate the profession of football agents, facilitating sanctioning and enforcement. However, whilst the adoption of national law on the regulation of intermediaries may be effective in increasing transparency, quality and enforcement, the adoption of law by

Germany v Parliament and Council, C-380/03, EU:C:2006:772, paragraph 37, and Vodafone and Others, C-58/08, EU:C:2010:321, paragraph 32).

[33] See British American Tobacco (Investments) and Imperial Tobacco, C-491/01, EU: C:2002:741, paragraph 61, Arnold André, C-434/02, EU:C:2004:800, paragraph 31, Swedish Match, C-210/03, EU:C:2004:802, paragraph 30, Germany v Parliament and Council, C-380/03, EU:C:2006:772, paragraph 38, and Vodafone and Others, C-58/08, EU:C:2010:321, paragraph 33).

[34] see CJEU 1 April 2008, C-212/06, ECLI:EU:C:2008:178, par. 52; CJEU 21 June 2016, C-15/15, par. 37

[35] See, by reason, judgment in Semeraro Casa Uno and Others, EU:C:1996:242, paragraph 32).

[36] R. Houben, A. Van de Vijver, N. Appermont and G. Verachtert, *Taxing professional football in the EU. A comparative and EU analysis of a sector with tax gaps*, , European Parliament, Luxembourg, 2021, p. 16 ff.

[37] Loi No. 84-610 du Juillet 1984 relative a`l'organisation et a`promotion des activités physiques et sportives.

ISSN 2036-7821

individual countries may cause further fragmentation on the European market and a lack of uniformity. Thus, a harmonised national legislative approach might be considered in which all EU/European countries adopt legislation with similar requirements. At EU level, Article 165(4) TFEU specifically excludes the harmonization of national laws applicable to sport, but Article 114 TFEU could be employed as a harmonizing tool should harmonization of agent laws be considered necessary for the establishment and functioning of the internal market. With regard of the possible future concerning football matters and the EU legislator it can be stated that, the EU seems nowadays, as it may have been criticised, too absent in professional football matters. In order to settle this specific problem some opinions are listed in the following for guaranteeing and providing a possible solution. There are several advantages of the harmonised national legislation model which can be summarized in the following as for example it could be able to solve issues regarding the legality of regulating the agents' profession. Other key points regard the transparency, quality and the effectiveness of enforcement, which are executed under national legislation.[38]On this behalf a dominant doctrine argues that "given the large scope of rules issued by FIFA and UEFA that potentially infringes EU (competition) law, one would expect to see a larger body of Commission regulatory practice in football".[39] In order to support the above mentioned statement one should take a look at the Europeans Parliament Resolution on the Future of Professional Football in Europe of 2007[40], which undermines and calls in this respect on the Commission to support UEFA's efforts to regulate players" agents, if necessary by presenting a proposal for a directive concerning players' agents which would include several points.

One of those points would embrace the adoption of strict standards and examination criteria before anyone could operate as a football players' agent, furthermore it foresees the requirement of transparency with regard of the agents' transactions. There is the need of the setting regarding a minimum requirement of common harmonized standards for agents' contracts, furthermore an efficient monitoring and disciplinary system by the European governing bodies has to be set in motion, the introduction of an "agents' licensing system" and agents' register; and last but not least the ending of "dual representation" and payment of agents by the player. Another doctrine[41] clearly states that, with regard to football agents, various policy reports and resolutions already suggested a legislative intervention by the EU,

[38] R. Parrish, A. Cattaneo, J. Lindholm, J. Mittag, C. Perez-Gonzalez and V. Smokvina, Promoting and Supporting Good Governance in the European Football Agents Industry, European Commission report, October 2019, pp. 63-64.

[39] Cfr. A. Geeraert, The EU in international sports governance – a principal agent perspective on EU control of FIFA and UEFA, London, Palgrave Macmillan, 2016, 107.

[40] European Parliament Resolution on the Future of Professional Football in Europe, 29 March 2007, par. 44.

[41] Cfr. Arnault, *Independent European Sport Review*, 1 October 2006, p. 131.

ISSN 2036-7821

the european players' agents directive ought to be implemented foreseeing the tools for appropriate sporting regulations on players' agents at European level including for instance the following topics: strict examination criteria, transparency in the transactions , minimum harmonized standards for agents contracts, efficient monitoring and disciplinary system by European sports governing bodies, the introduction of an "agents licensing system", no "dual representation", payment of the agent by the player'.[42]A harmonised approach[43] across the EU/Europe establishes a common market and provides no incentives for forum shopping. There are several disadvantages of the harmonised national legislation which can be therefore listed in the following. The prospects of this model being adopted are far fetched and remote. The model requires considerable political action and will from the stakeholders. The adoption of binding EU law is complex, time consuming and requires the agreement of many different political actors. The EU legislation may only apply within the territory of the EU. The UK, won´t be bound, because of Brexit, by such legislation in the future. Football stakeholders are not willing to shift authority to state actors. This is reflected in the result of our stakeholder survey.

On the question of whether "*Member States of the EU should regulate intermediaries through national legislation*", only 22.5% strongly agreed or agreed whilst 50% disagreed or strongly disagreed. A higher percentage (42.5%) either strongly agreed or agreed that "*the EU should regulate intermediaries through EU legislation*" whilst 30% either disagreed or strongly disagreed with this statement. In turn, 90% of respondents either strongly agreed or agreed that "*The football stakeholders should find solutions to issues concerning intermediaries (self-regulation)*". So far, these appeals didn´t accomplish any result.

2.3 EU position relating to sport matters.

Currently, the EU legislator is too absent in the business of professional football. Preferably, legislative action is taken in close cooperation with UEFA, although the EU has it´s specific competence and does not rely on UEFA. The autonomy of sports, as recognised by Article 6 and 165 Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), does not stand in the way of this, because the suggested EU intervention would relate to professional football's key service providers' fundamental freedom to provide economic services within the internal market without undue barriers. Therefore, the EU's legislative intervention can be based on Article 59 TFEU and Article 53 *juncto* Article 62 TFEU, relating to the free movement of services within the

[42] Cfr. Arnault, *Independent European Sport Review*, 1 October 2006, p. 131.

[43] R. PARRISH, A. CATTANEO, J. LINDHOLM, J. MITTAG, C. PEREZ-GONZALEZ and V. SMOKVINA, *Promoting and Supporting Good Governance in the European Football Agents Industry*, European Commission report, October 2019, 63-64.

ISSN 2036-7821

EU. In subordinated order, as *lex generalis* for the internal market, Article 114 TFEU can function as legal basis. All three TFEU connecting factors result in EU legislation adopted in accordance with the ordinary legislative procedure. Relevant in this respect is also that, from the outset, the European Commission (EC) emphasised that sporting organizations have to operate within the boundaries of EU law. In that vein, the Court of Justice of the European Union (CJEU) gradually downsized sporting organizations' aspirations for complete autonomy.[44] The rulings in among others the Bosman case and the Meca-Medina and Majcen case eroded the perception that the so-called 'sporting exception' sheltered many regulations from examination by the European institutions. The EC also emphasised from the outset that the autonomy of sporting organisations is subject to compliance with good governance principles. Hence, autonomy and good governance are inextricably linked. Sports governing bodies, including football governing bodies, that do not function according to good governance principles can expect their autonomy and self-regulatory practices to be curtailed .[45] There is now a greater interest (and expectation) across the stakeholders of sport to participate in the future direction and policy making activities of sports governing bodies (hereinafter: sporting bodies) and to have their views heard and appropriately reflected in the decisions of those bodies. In this context members/participants are acting more like consumers and becoming more demanding. Shifting demographics and societal changes within Europe and beyond require sporting bodies to consider whether existing inclusivity policies, diversity strategies and levels of representation across all groups remain appropriate and reflective of their participants and society in general.

A particular issue in this regard is the access of women to leadership positions in sports organisations within the context of the wider debate on gender in Europe and at international level. As public interest in sport has increased and the financial stakes have risen there has been a growth in the propensity of participants at all levels to pursue legal claims requiring sports bodies to adopt effective risk management practices and insurance protocols to minimise legal and financial exposure. The integrity of sport has been subject to significant challenge over recent years, inter alia given the growth of sports betting.

Match-fixing, corruption and other criminal activities have arisen in different sports in various territories across Europe and beyond. Such activities have highlighted the vulnerability of sport to match fixing and other corrupt practices. Sporting bodies are

[44] R. Houben, A. Van de Vijver, N. Appermont and G. Verachtert, *Taxing professional football in the EU. A comparative and EU analysis of a sector with tax gaps*, , European Parliament, Luxembourg, 2021, p. 17 ff.

[45] Expert Group "Good Governance", *Deliverable 2 Principles of good governance in sport*, September 2013, p. 3; see also J.-L. CHAPPELET, "The autonomy of sport and the EU", in J. ANDERSON, R. PARRISH and B. GARCÍA (eds.), *EU Sports law and Policy*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, 157-172.

ISSN 2036-7821

no longer able to deal with the threat and challenges to sporting integrity alone. The assistance of regulators, national governments and law enforcement agencies with their additional powers and investigative authority is needed by sports bodies to allow them to tackle the threat of match fixing and other corrupt activities, as well as appropriately structured relationships with betting operators on areas such as bet types. Increasingly, sports bodies must seek to form partnerships, engage in dialogue and cooperate with governments, European institutions and other state agencies in a range of areas and such public authorities may be more inclined to link public funding to minimum standards of good governance, particularly in relation to financial subsidies and the deployment of public money by sports bodies. The autonomy of sports bodies is now more susceptible than ever before. Interventions from the courts, national governments or regulators, commercial interests or European institutions are more likely. Indeed, in its 2011 Communication "Developing the European Dimension in Sport" the European Commission developed its position beyond that of previous comments confirming good governance is a condition for the autonomy and self- regulation of sports organisations. Owing to the positive values sport embodies, sporting bodies in many EU Member States and at EU level receive significant public funding. In relation to the use of such funds the application of good governance principles can play an important role. In short, sports bodies that do not have in place good governance procedures and practices can expect their autonomy and self-regulatory practices to be curtailed. In identifying good practice in the context of good governance for sports bodies it is important to be pragmatic, flexible and proportionate. Many different sports bodies have considered issues of good governance in their own unique context. However, this initial set of recommendations seeks to outline top level principles covering the whole sport movement (as opposed to only major governing bodies or event owners), address professional and amateur sport, embrace team sports and individual disciplines, assist large and small sports bodies and not deter volunteers from taking part in sport. Over the past years football governing bodies suffered severe governance issues,[46] including FIFA-Gate[47]; domestic governance and/or ethics issues; and transparency issues related to individual club data on licensing and financial fair play (FFP) procedures, detailed player transfer information, and details of representation contracts with football agents, which are neither public nor easy to obtain. These issues have made the case for curtailing

[46] See also more in general a recent plea for enhancing governance throughout the European sports model: R. AGAFONOVA, "International Skating Union versus European Commission: Is the European sports model under threat?", *Int. Sports Law J.* 2019, 87-101; S. DE DYCKER, "Good governance in Sport: comparative law aspects", *Int. Sports Law J.* 2019, 116-128; M. BADDELEY, "The extraordinary autonomy of sports bodies under Swiss law: lessons to be drawn", *Int. Sports Law J.* 2020, 3-17.

[47] For an extensive list of allegations against FIFA, see the European Parliament's resolution on recent revelations on high-level corruption cases in FIFA, 11 June 2015.

ISSN 2036-7821

football governing bodies 'autonomy a legitimate one. In this respect, scholars note that the COVID pandemic may have shifted the relative bargaining power in favour of public authorities in the complex network of sport, further testing the limits of autonomy of sport.[48]

2.4 Regulatory competition from a players' perspective: here comes tax.

Compared to clubs, players have the advantage that they are mobile and can move around. Hence, from a practical perspective, players benefit from regulatory competition between Member States, as such competition allows them to cherry-pick a club in a country that has, from the perspective of the player, an advantageous regulatory framework.[49] Clubs do not have the same liberty, as they are intrinsically linked to a geographical location, without any real possibility to move. Notwithstanding occasional initiatives, such as cup matches played abroad. From that perspective, unlevelled regulatory playing fields are not so much an issue for players, but all the more for clubs, as set out above and will be further elaborated hereinafter. What makes a Member State advantageous from the perspective of a player?

Arguably, the tax and social security treatment of a football players' remuneration is a key factor. In so far players' remuneration is taxed favourably and/or enjoys a favourable treatment under social security laws in a certain Member State, players can be more inclined to play in that Member State instead of in another Member State, where he/she would receive a lower net amount of remuneration because of higher taxes and/or higher contributions to that state's social security scheme.[50]The tax rates will be further analysed in the next paragraph.

Of course, the tax and social security treatment of players' remuneration is not the only element in a players' decision making as to for which club he/she wants to play. Also other, more personal factors can be in play, such as familial or nationalistic motives, getting more pitch time, being end of career, regarding a club as a stepping-stone towards a more prestigious national competition, etc. Yet, nevertheless, it is

[48] B. GARCIA, M. JAMES, D. KOLLER, J. LINDHOLM, D. MAVROMATI, R. PARRISH and R. RODENBERG, "The impact of Covid-19 on sports: a mid-way assessment", Int. Sports Law J. 2020, 115–119.

[49] R. Houben, A. Van de Vijver, N. Appermont and G. Verachtert, *Taxing professional football in the EU. A comparative and EU analysis of a sector with tax gaps*, , European Parliament, Luxembourg, 2021, p. 20 ff.

[50] In support of this claim, we can point to the (limited) amount of empirical research which has been conducted in this field. SEE H. KLEVEN, C. LANDAIS and E. SAEZ, "Taxation and International Migration of Superstars: Evidence from the European Football Market", American Economic Review 2013, 1892-1924 confirm that the mobility response of football players to tax rates is large. Interestingly these scholars found evidence that low taxes attract high-ability players who displace low-ability players and that low taxes on foreigners displace domestic players. Also see, more in general: H. KLEVEN, C. LANDAIS, M. MUÑOZ and S. STANTCHEVA, "Taxation and Migration: Evidence and Policy Implications, Journal of Economic Perspectives 2020, 119-142. Finally, we can also point to K. ESHQOOR, "Tax optimization in European Football: Attracting Top Talent" (available via ResearchGate, citing the papers by KLEVEN et. al.).

ISSN 2036-7821

clear that the tax and social security treatment of players' wages will be paramount in most cases and have a large impact on the personal financial situation of the player. As a result, indirectly, but certainly, the tax and social security treatment of a player's remuneration also impacts the ability of clubs to attract top notch talented players. In short, players can be more inclined to play for a club located in a Member State with an advantageous regulatory framework hosting a top tier competition. Throughout the EU there are various approaches towards the taxation and social security position of professional football. Nevertheless, a common thread, that will become apparent throughout this study, is that all in scope countries are united in diversity, whilst pursuing a common aim: Member States take a different approach to players taxation[51], but most realise the importance of a n attractive tax regime for a continuously growing industry. To the extent national regimes approach this common aim differently, it could be argued that they contribute to unlevelled regulatory playing fields for clubs within the internal market, which adds to distorted competition in the business of professional football.
Regardless how matters stand, levelling the tax and social security playing field for professional football throughout the EU is in any event less evident as levelling the regulatory and supervisory playing fields for professional football clubs and football agents in the form of harmonised license requirements. This has everything to do with the TFEU treatment of tax and social security matters. Such matters are traditionally Member State strongholds, for which the possibility to harmonize laws is limited. In accordance with Article 115 TFEU, harmonization of direct taxation, such as the taxation of players' wages, requires unanimity among Member States, which is, obviously, not easy to obtain. As regards social security matters, on the basis of Article 153 TFEU, the EU can solely support and complement the activities of the Member States, leaving Member States behind the steering wheel.

2.5 Taxation and Migration: Evidence and Policy Implications.
Tax rates differ substantially across countries and across locations within coun- tries. An important question is whether people choose locations in response to these tax differentials, thus reducing the ability of local and national governments to redistribute income and provide public goods. Due to globalization and the lowering of mobility costs, it has become increasingly important to pay attention to mobility responses when designing tax policy.

[51] See infra a comparative research of the tax treatment of players' remuneration between France, Germany, Italy, the Netherlands, Spain, Portugal and Belgium. Also the following report demonstrates great differences in net salary costs between clubs from Turkey, China, Germany, Spain, Italy, the Netherlands, England, Portugal and France: KPMG, "The European Champions Report 2017", https://www.footballbenchmark.com/documents/files/public/The_European_Champions_Report_2017.pdf, 2.

ISSN 2036-7821

In this paper, we review what we know about mobility responses to personal taxation and discuss the policy implications. Our main focus is on the mobility of people, especially high-income people, but we will also discuss the mobility of wealth in response to personal taxes. High-income individuals sometimes move across borders to avoid taxes. The media is filled with examples of famous people who, often by their own admission, engage in such tax avoidance behaviour. The Rolling Stones left England for France in the early 1970s in order to avoid the exceptionally high top marginal tax rates—well above 90 percent—in the UK at the time. Many other British rock stars moved to lower tax jurisdictions, including David Bowie (Switzerland), Ringo Starr (Monte Carlo), Cat Stevens (Brazil), Rod Stewart (United States), and Sting (Ireland). In more recent years, actor Gérard Depardieu moved to Belgium and eventually Russia in response to the 75 percent millionaire tax in France, while a vast number of sports stars in tennis, golf, and motor racing have taken residence in tax havens such as Monte Carlo, Switzerland, and Dubai.[52]
While these anecdotes are suggestive, two caveats prevent us from drawing any broader conclusion from them. First, all of the examples are from the sports and entertainment industries. These industries may feature particularly high cross-border mobility, both because they involve little location-specific human capital and because workers tend to be less tied to specific firms. Second, some of the examples reflect location responses to extreme top tax rates. The key question—and the one with which we are preoccupied in this paper—is if income tax rates distort the location choices of broader segments of workers? And if they do, how large are the responses and what are the implications for policy? These questions are particularly pertinent due to the recent proposals in the United States and elsewhere to raise the taxation of income or wealth substantially at the top of the distribution.

2.6 Mobility of People.
The idea that tax policy may affect the location decisions of individuals has a long tradition in economics. In fact, tax-induced mobility is a central mechanism in several strands of economic theory. In the local public finance literature, starting with the seminal contribution of Tiebout (1956), migration responses to local taxes and public goods are the fundamental force that governs the sorting of individuals across jurisdictions.
Since the contributions of Rosen (1979) and Roback (1982), the field of economic geography has focused on spatial equilibrium models in which the assumptions placed on migration elasticities are key determinants of the spatial allocation of factors and the geographic variation in prices. The optimal taxation literature has

[52] H. KLEVEN, C. LANDAIS, M. MUNOZ and S. STANTCHEVA, "Taxation and Migration: Evidence and Policy Implications, *Journal of Economic Perspectives* 2020, 119-142.

ISSN 2036-7821

also emphasized that migration responses can have important effects on tax design and may trigger socially inefficient tax competition in uncoordinated tax settings ().[53] Information on migration patterns combined with precise measures of earnings and tax rates in different locations is hard to come by.[54] Traditional surveys either lack this type of information or are statistically underpowered due to small sample sizes. One way of circumventing this data limitation is to focus on alternative outcomes, such as wages, and test structural predictions of migration models under different assumptions about mobility. Feldstein and Wrobel (1998) provide an early example of this approach.

Their premise is the following. In the absence of heterogeneity in preferences for different locations, a long-run equilibrium equalizes utility across locations for all individuals and therefore fixes the net-of-tax wage rate in each location. In this case, there is perfect mobility: an increase in the tax rate in each location must be exactly offset by an increase in the wage, because otherwise every individual would move out of that location. Testing if the elasticity of wages with respect to the net-of-tax rate equals minus one is therefore a test of perfect mobility (that is, an infinite mobility elasticity). Using cross-sectional variation in the progressivity of state income taxes in the United States, Feldstein and Wrobel estimate very large wage responses to the net-of-tax rate and cannot reject an elasticity of minus one. However, their large standard errors imply that, in several specifications, they also cannot reject the opposite extreme of small or zero elasticities.

The recent literature has taken two different approaches to overcome these data challenges. The first approach is to focus on specific segments of the labour market for which detailed migration information is available from external sources. Examples include football (soccer) players where rich biographical information allows one to reconstruct migration patterns[55], and inventors whose location decisions can be inferred from patent records.[56] The second approach is to find contexts in which administrative data with information on migration is available. For example, researchers have used tax or social security records from countries with a federal structure where the internal migration across tax jurisdictions can be observed.[57] Another possibility is to study countries, typically Scandinavian countries, that keep migration records of all movements in and out of the country that can be linked to administrative tax records.[58]

[53] for example, Mirrlees 1982; Bhagwati and Wilson 1989

[54] H. Kleven, C. Landais, M. Munoz and S. Stantcheva, "Taxation and Migration: Evidence and Policy Implications, *Journal of Economic Perspectives* 2020, 119-142.

[55] Kleven, Landais, and Saez 2013.

[56] Akcigit, Baslandze, and Stantcheva 2016; Akcigit et al. 2018; Moretti and Wilson 2017.

[57] (Young et al. 2016; Martinez 2017; Agrawal and Foremny 2019)Young et al. 2016; Martinez 2017; Agrawal and Foremny 2019.

[58] Kleven et al. 2014.

ISSN 2036-7821

Where suitable migration data is available, the next challenge relates to the tax variation used to estimate migration responses. This challenge is twofold. First, one needs to measure correctly the tax incentive that governs location decisions. As with other extensive-margin decisions, location decisions depend on the *average* rather than the marginal tax rate, and average tax rates are not always straightforward to calculate. Moreover, for workers at the lower end of the income distribution, the relevant average tax rate depends, not just on the tax system, but also on the potentially complicated system of welfare and social insurance programs. Second, one needs to find tax variation that is plausibly orthogonal to other factors affecting individual location choices—including local labour market conditions, local amenities, and public goods—and sufficiently large to generate effects that can be detected in the data. Determined by these challenges, much of the recent literature has focused on people at the top of the earnings distribution. Beyond providing estimates of mobility responses for a segment of the population that may be particularly important for government revenue and economic efficiency, focusing on top earners offers important advantages. First, for workers with very high earnings, the top marginal tax rate is a reason- able proxy for the average tax rate and is relatively easy to compute across countries and over time.[59] Specifically, the top marginal tax rate reflects the combined wedge from the top-bracket personal income tax rate, uncapped social security taxes on workers and firms, and consumption taxes (value- added, sales and excise taxes). Second, because of income tax reforms, top marginal tax rates exhibit substantial variation over time, both within and across countries, offering opportunities to identify the causal effect of taxes on migration. In particular, the introduction of preferential tax schemes to high-income foreigners in several countries provides useful sources of quasi-experimental variation for studying mobility responses. There is growing evidence that taxes can affect the geographic location of people both within and across countries.

This migration channel creates another efficiency cost of taxation with which policymakers need to contend when setting tax policy. At the same time, we have cautioned against overusing these empirical findings to argue in favour of an ineluctable reduction in the level of taxation or progressivity. Let us reiterate two key caveats. First, while the mobility responses documented in some of the recent literature are striking and perhaps surprisingly large, they pertain to specific groups of people and to specific countries. Although we are far from having to rely on the celebrity anecdotes presented in the introduction, data limitations and identification challenges have forced researchers to study the migration flows in specific countries

[59] H. KLEVEN, C. LANDAIS, M. MUNOZ and S. STANTCHEVA, "Taxation and Migration: Evidence and Policy Implications, *Journal of Economic Perspectives* 2020, 119-142.

ISSN 2036-7821

(like Denmark) or to focus on a specific population internationally (like superstar football players or inventors).

We are still lacking systematic evidence on the mobility elasticities of the broader population and across different types of countries. Second, the strength of the mobility response to taxes is not an exogenous, structural entity. It depends critically on the size of the tax jurisdiction, the extent of international or subnational tax coordination, and the prevalence of other forces that foster or limit the movement of people, all of which can also be affected by policies. These forces include local or national amenities, agglomeration effects, and the provision of public goods and services. Rather than compromising redistribution or restraining free mobility in an inefficient way, these can, in a productive way, be fostered to make the country or state attractive to people.[60]

2.7 European approach regarding tax treatment of professional players' remuneration.

This paragraph evaluates the tax treatment of professional football players' remuneration within several Member States. This seems one of the most important, component of Member States' tax policies towards professional football. Other elements are, however, also important to get a more encompassing view on the disparity of the tax and social security treatment of professional football within the EU, such as the tax treatment of football clubs' income and the impact of social security and/or subsidies regimes.

To compare the effect of Member States' tax and social security treatment of professional football, research should be conducted into all these elements and all these elements should be considered. This paragraph strives to scrutinise various tax and social security treatments of professional football and to suggest and evaluate European ways forward, to avoid unfair taxation throughout the EU.[61] Because of this reason, this study focuses on the taxation of players' remuneration, leaving other factors influencing the tax and social security treatment of professional football aside for follow-up research. The tax treatment of players' remuneration is depicted in some Member States that host top or sub top football competitions. Some researches conducted at European level analysed following taxation systems within the following Member States: Belgium, France, Germany, Italy, the Netherlands, Austria, Portugal and Spain. This researches revealed that France, Germany, Italy and Spain host top competitions, whereas Portugal, Belgium and the Netherlands host sub top

[60] Zucman, Gabriel. 2013. "The Missing Wealth of Nations: Are Europe and the U.S Net Debtors or Net Creditors?" Quarterly Journal of Economics 128 (3): 1321–64.

[61] Also see C. MICHEAU, *State Aid, Subsidy and Tax Incentives under EU and WTO Law*, Alphen aan Den Rijn, Kluwer Law International, 2014, 27-28; B. J. KIEKEBELD, *Harmful tax competition in the European Union*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2004, 13-14.

ISSN 2036-7821

competitions.[62] For the top competitions, we also provide average salary data per club in this report.[63] Comparing the tax treatment of players' remuneration in different countries is not self-evident as multiple factors can be relevant. Players will typically enjoy a fixed wage as an employee. In practice, they often also benefit from a variety of other remuneration components such as (signing) bonus payments, allowances for costs, contributions to a pension scheme, payments for the use of intellectual property rights or advertising income and even cryptocurrencies such as club fan tokens.[64] A high marginal tax rate for salary income might disguise the beneficial build-up of an after-career pension plan. Conversely, players benefitting from low tax rates for income obtained during their career might forego on other career facilities concerning the protection of players' rights and social security.[65] Moreover, a legal framework requires implementation. Countries and their tax administration may have different approaches to enforcement of tax laws: even if two countries would have a favourable tax framework in place for income obtained from the licensing of image rights, they may have conflicting views on the (percentual) amount of income that can reasonably be obtained in this way. Football is moreover a global sport, having consequently that players will earn income for work done in their residence country as well as for work performed abroad.

Some states will easily exempt income obtained abroad, whereas others will only allow this under more stringent conditions. For reasons of feasibility and comparability, we do not intend to factor in all these elements in our analysis. In our comparison of the tax regime for players in Belgium, France, Germany, Italy, the Netherlands, Portugal and Spain, the focus will mainly lie on the general tax framework and the *rationale* behind the framework in place. We will compare the tax treatment of players' remuneration in these countries with the normal tax practice of these countries for non-sportive taxpayers. If the normal tax practice would be different from the tax regime for football players, we will identify the *rationale* behind the specific tax regime. Regarding a potential common European approach, one

[62] To substantiate this claim, we can refer to the EUFA Country coefficients 2021/22, which rank the national competitions in England, Spain, Italy, Germany and France on the top five spots. The Portuguese, Dutch and Belgian competitions are ranked sixth, seventh and thirteenth, respectively. These coefficients are based on the results of each national association's clubs in the five previous UEFA Champions League and EUFA Europa League seasons. These coefficients therefore provide a good picture of the competitiveness of the clubs of each national association *vis-à-vis* the other national associations in Europe. See: https://www.uefa.com/memberassociations/uefarankings/country/#/yr/2022.

[63] R. Houben, A. Van de Vijver, N. Appermont and G. Verachtert, *Taxing professional football in the EU. A comparative and EU analysis of a sector with tax gaps*, , European Parliament, Luxembourg, 2021, p. 21 ff.

[64] See e.g. the case of top player Lionel Messi upon his transfer to the French club Paris Saint-Germain in the summer of 2021. See: https://www.reuters.com/lifestyle /sports /exclusive-messis -paris-st-germain-package-includes-crypto-fan-tokens-2021-08- 12/.

[65] Eastern European countries are often perceived as low tax countries, but have a framework which does not aid social protection for p la y e rs : E Y, " tax and career facilities for professional football players in 2013.

ISSN 2036-7821

should compare findings between the EU Member States in scope. Throughout this comparison, we will consider recent events such as the widespread attention for the (perceived) tax optimal use of image rights by football players and the increase of so-called tax inspired moves from football players from one country to another. The results of our comparative research relate to the tax treatments of players' remuneration, but will allow to exemplify the issue of various tax treatments of professional football in various Member States also from a more general perspective, albeit that, as aforementioned, to be able to obtain a more encompassing overall view, follow-up research is required.[66] This research conveys to professional football only. Grassroots football is not addressed in this report. This study focuses on the various approaches of Member States regarding the taxation of professional football mostly from a cross- border mobility perspective. We wish to emphasize, however, that from a policy perspective this is not the only relevant perspective to evaluate the merits of a national system. Firstly, cross-border mobility is only relevant for a limited sector of the football market; for many professional players cross-border mobility is not pertinent, as they spend their entire career in domestic professional competitions, without a possibility or desire to play abroad. However, national football competitions are becoming increasingly international, as cross-border mobility of football players has increased steadily over the years.[67] Nevertheless, the debate on Member States' tax approaches should not be narrowed down to only these (top) players that are confronted with issues of cross-border mobility and from a (domestic) policy perspective, all relevant elements should be taken into account.
Taking that perspective, a beneficial tax regime that is intended to attract top players from abroad, yet is not applicable to domestic players, should probably be assessed differently than a domestic tax regime that applies to all players in a certain Member State. The former regime will clearly aim at improving inward cross-border mobility, and doing so generates a certain level of inequality between players in a certain country, whereas the latter system is not necessarily designed to improve cross-border mobility and treats all players equal within that Member State. The limited amount of empirical research in this field indeed points to the fact that, to draw in top talent from abroad, it is more cost-efficient to introduce foreigner- specific tax breaks, since many domestic players already play at home.[68]The elasticity of the number of domestic players with respect to the net-of-tax rate on domestic players is smaller, around 0.15, because the base of domestic players is much larger as most

[66] R. Houben, A. Van de Vijver, N. Appermont and G. Verachtert, *Taxing professional football in the EU. A comparative and EU analysis of a sector with tax gaps*, , European Parliament, Luxembourg, 2021, p. 21 ff.

[67] CIES Football Observatory Report n° 65, May 2021, https://football-observatory.com/IMG/sites/mr/mr65/en/.

[68] See H. KLEVEN, C. LANDAIS and E. SAEZ, "Taxation and International Migration of Superstars: Evidence from the European Football Market", *American Economic Review* 2013, 1923.

ISSN 2036-7821

players play at home. Hence, cutting taxes on all players (foreigners and locals) is much less cost effective than cutting taxes on foreign players only.

Consistent with our rigid labour demand theory, we find that location elasticities are largest at the top of the ability distribution and negative at the bottom due to ability sorting effects, and that cross-tax location elasticities between foreign and domestic players are negative due to displacement effects. To our knowledge, the paper provides for the first time compelling evidence of a link between taxation and international migration. As shown in the case of Denmark, football players are likely to be a particularly mobile segment of the labour market, and our study therefore provides an upper bound on the migration response for the labour market as a whole. The upper bound we find is large, suggesting that mobility could be an important constraint on tax progressivity. Our estimates combined with our theoretical model can be used to estimate revenue maximizing tax rates (Laffer rates) and draw policy conclusions, especially with respect to the aggressive use in several countries of preferential tax schemes to foreigners. First, in the baseline model with flexible demand, a uniform revenue-maximizing tax rate on all players (foreign and domestic) follows a classic inverse elasticity rule as in the Mirrlees (1982) model of optimal taxation with migration. It is around 81 percent, higher than actual top tax rates. This high tax rate is obtained because about 90 percent of players still play at home and the elasticity for home players is relatively small. Second, in the rigid-demand model, this uniform revenue maximizing tax rate on all players is even higher than in the baseline. This is driven by ability sorting: any in-migration of high-ability players comes with an offsetting out-migration of lower-ability players, which reduces the ability-weighted average location elasticity in the rigid-demand setting compared to the baseline.

Third, the selective revenue maximizing tax rate on foreign players is lower than the uniform revenue maximizing tax rate and some- times significantly so. Importantly, these results are based on *uncoordinated* tax setting across countries. While our empirical results provide some normative support for preferential tax schemes to foreigners within this setting, these are beggar-thy-neighbour policies that are not optimal from the global perspective.[69] Another important rationale put forward by advocates of preferential tax rates for highly paid foreigners is that high- skill workers generate positive externalities on their co-workers and the economy at large. If such spillovers exist, they would naturally further reduce the optimal tax rate on foreign workers. Such spillovers also typically benefit one country at the expense of others and hence cannot justify low tax rates from a coordinated tax set- ting

[69] Moreover, in the case of football players, even within the uncoordinated setting and despite the large migration responses we estimate, the Laffer rates are still quite high due to displacement effects driven by rigid demand in the football market.

ISSN 2036-7821

perspective. We leave the estimation of such spillovers for future work.[70] Secondly, a football players' career is characterised by risks and uncertainties, such as potential injuries, and more in general short careers, given a player is typically no longer fit for duty as at his/her mid- thirties, some exceptions aside.

In the same manner, social security protection, even in event of injury, may be very limited. Hence, a professional football players' career is not comparable to a career outside of sports. These factors are relevant to our assessment of the tax and social security treatment of players' remuneration too. Additionally, they warrant a tailor-made tax and social security approach for professional football. As a side note, granting tax benefits to a certain sector, because of its specificities, is not unique to football, nor to sports; there are numerous examples of other sectors of the economy that enjoy tax benefits, e.g. in Belgium the fishery sector, the sector of night labour, R&D-activities, start- ups, etc. Thirdly, professional football clubs generally invest in youth development and community service, through numerous corporate social responsibility initiatives. At this point it is important to emphasize the interaction with grassroots football. Professional football is indebted to grassroots football, as most young players start their careers at an amateur club.

Vice versa, grassroots football is indebted to professional football, as frequently, players in higher-end grassroots football have enjoyed an education, fully or partially, at a professional football club. Besides, through corporate social responsibility initiatives professional football supports grassroots football, e.g. operationally and/or from the perspective of youth development. Fourthly, professional football is a continuously growing economic sector, that not only provides employment to football players, but also a whole set of other employees, and in its wake generates business for other economic actors too.

This is beneficial for the economy as a whole and benefits society as a whole. These are some of the elements that make the professional football sector specific, which in turn may warrant a specific, tailored regulatory approach and tax treatment. These above-mentioned key factors, enable to explain the reasons why the professional football sector in general is often granted tax benefits: as aforementioned, all-in scope Member States comprehend the importance of an attractive tax regime for a endlessly growing industry. However, this is eventually a political choice and a matter of policy. Of course, the underlying assumption for such position should be that the system in place is fair, both from an internal domestic perspective, as from a more European cross-border perspective, with as clarification that a supportive tax approach regarding professional football does not create unfairness.

[70] See H. KLEVEN, C. LANDAIS and E. SAEZ, "Taxation and International Migration of Superstars: Evidence from the European Football Market", *American Economic Review* 2013, 1923.

ISSN 2036-7821

The above illustrates that the football sector has its specific characteristics, distinguishing that sector from other sectors: professional football players' careers are much shorter and subject to perils such as injuries; the sector, through its corporate social responsibility initiatives, but also intrinsically because of its popularity amongst EU citizens and beyond, has significant societal relevance; the football economy is continuously growing etc. From a regulatory and policy perspective, these elements carry certain weight. This does not in itself mean that the football sector is of greater significance or necessarily carries more weight than other sectors. From a societal perspective, it is self-evident that professional football players are not more important than nurses, bank clerks, cashiers, hair dressers, etc. Yet on the other hand, it is incontestable that playing professional football is a different profession from others. As a matter of fact a professional football player: possesses sporting skills others do not possess (nor can develop), can exercise those skills only during a short period of time while others are normally not subject to such (physical) limitations regarding the length of their career, are to a larger extent than other sectors dependent on physical fitness (no injuries) throughout their career. Moreover, the football sector, through its popularity amongst citizens of the Unions and beyond, generates more attention than most sectors and, consequently, on average, has a larger impact.[71] These are not decisions in favour of the football sector, nor against others sector, but mere observations.
Policy makers can do with them as they see fit. It is not the intention of the authors to take any stance in this respect; the sole intention of the authors is to fuel the debate with objective and academic analyses, contributing to further awareness and nuance. The authors' opinion is that such contribution is indispensable, given that academia is largely absent in the debate up until today. In the remainder of this study, we will focus on taxation of players' remuneration from a European, cross-border mobility 'level playing fields' perspective, not to minimise all contemplations, yet to increase feasibility of this first exploratory study and, of course, also to be able to formulate policy recommendations to the European Parliament, which obviously requires a more cross-border focus.[72] The German and Italian example will be examined.

3. The German example: rules applicable to resident sportsperson and entertainers.
Germany ranked 11th out of 37 OECD countries in terms of the tax-to-GDP ratio in 2019. In 2019, Germany had a tax-to- GDP ratio of 38.8% compared with the OECD

[71] EU-COM, *Taxing professional football in the EU. A comparative and EU analysis of a sector with tax gaps*, , European Parliament, Luxembourg, 2021, p. 21 ff.
[72] EU-COM, *Taxing professional football in the EU. A comparative and EU analysis of a sector with tax gaps*, , European Parliament, Luxembourg, 2021, p. 21 ff.

ISSN 2036-7821

average of 33.8%.[73] Entertainers and sportspersons who are resident in Germany are liable to German income tax on their worldwide income.

There is no special migration regime conceived from which entertainers and sportspersons moving from abroad could benefit. German fiscal law doesn´t forecast an income category specifically for taxing resident entertainers and sportspersons. Income is to be assigned to the regular categories (in particular, income from employment, income from self-employment and business income). When pursuing to categorize the income of entertainers and sportspersons in accordance with German law, a variety of income categories may therefore be relevant. All taxation presupposes, however, that the income-generating activity is not being followed only as a hobby without any profit motive. Even in the case of a performance for which only actual expenses are reimbursed, the BFH (Federal Fiscal Court) dismisses the profit motive. The margins between the income categories are governed by general criteria. Income from employment on the one hand and income from self-employment and business income on the other are substitutions: a business activity depends on the existence of self-employment with a profit motive, whereas the classification as an employee presupposes a dependent working relationship (integration in the business, bound by directions, no entrepreneurial risk). Income from self-employment pursuant to section 18 of the EStG (Income Tax Act) differs from business income as far as it calls for a particular type of activity. Entertainment (an activity of an entertainment nature) depends on the subsistence of an original creative performance. Reproducible activities (typically of singers, organists, etc.) fall under this heading as well. The drawing of boundaries is a complex matter the resolution of which has evolved over time by a careful distinction of cases.

In the case of income relating to an appearance, the point of departure is the question as to whether the entertainer or sportsperson derives income from employment, self-employment or business activities.[74] For sportspersons, income generally arises only from employment or business activities. Sportspersons who are team members (as in football, handball, hockey, basketball, etc.) generally receive income from employment.[75] Sportspersons whose sport calls for an individual performance (golf, wrestling, boxing, tennis, etc.), in contrast, are not employed.[76] Professional sportspersons who are not employed generally receive business income and not income from self-employment because their activities do not correspond to

[73] See https://www.oecd.org/tax/revenue-statistics-germany.pdf.

[74] C. Schlotter, Chapter 18: Germany in Taxation of Entertainers and Sportspersons Performing Abroad (G. Maisto (ed.), IBFD 2016), *Online Books IBFD* (accessed8 26 August 2016); Re the criteria governing the boundaries, cf. DE: *Bundesfinanzhof* (BFH), 22 Feb. 2012, X R 14/10, Federal Tax Gazette II 2012, 511; Becker & Figura, BB (Betriebs-Berater), 2012, 3046 ff.

[75] Becker & Figura, id., at 3047; re amateurs, cf. DE: BFH, 23 Oct. 1992, VI R 59/91, Federal Tax Gazette II 1993, 303.

[76] Steiner, *Steuerrecht im Sport, 2009*, m.no. 312; Becker & Figura, id., at 3048.

ISSN 2036-7821

the self- employment categories described in section 18 of the EStG. The treatment for tax purposes of racing cyclists, especially when they race as members of a team, is a matter of dispute.

In the case of amateur sportspersons as well, the existence of employee status is to be examined according to all the circumstances of the individual case. If a member of a sports team receives payment from an association for appearing in the national team, the question arises as to whether the payment constitutes remuneration by a third party or arises from a second employment. When drawing the boundary, the relevant issues include the nature of the release obligation according to the association's statutes and whether the provisions of the employment contract with the club regulate the player's duty to take part in national team events.[77] Similar boundary issues arise in the case of appearance-related income of entertainers. If employed, entertainers derive income from employment. If acting in a freelance capacity and with the requisite originality, on the other hand, entertainers derive income from self- employment pursuant to section 18 of the EStG. The BMF (Federal Ministry of Finance) has summarized criteria governing the boundaries between self-employment and employment in the case of entertainers and related professions in an "entertainer decree" (*Künstlererlass*).[78]

The overall circumstances of the individual case serve as the decisive factor. Adopting a stereotypical perspective, the fiscal authorities thus take the view that actors, singers, dancers and other entertainers who are engaged as guests in a performance are integrated in the theatre and therefore not self-employed if they accept a part in a production and at the same time undertake to rehearse in order to learn the role or familiarize themselves with the artistic concept.[79] Blocking and explanatory rehearsals alone do not give rise to employed status. Court rulings reflect a sceptical view of the special emphasis afforded the undertaking to take part in rehearsals.[80] A distinction is made for income from advertising. For resident entertainers and sportspersons, advertising income is classified as business income.

This applies to both income from the granting of permission to use personality rights and active promotional appearances for advertising clients (e.g. at trade fairs). In the case of employed sportspersons who, while performing, engage in advertising activities within the framework of an agreement with a kit supplier, the question arises as to whether the income is to be treated as remuneration by a third party or as business income. It is now acknowledged that an employed member of a sports team

[77] Cf. DE: BFH, 22 Feb. 2012, X R 14/10, Federal Tax Gazette II 2012, 511; DE: FG (Fiscal Court) of Münster, 25 Mar. 2015, EFG 2015, 989.

[78] BMF, 5 Oct. 1990, Federal Tax Gazette I 1990, 638.

[79] R. Houben, A. Van de Vijver, N. Appermont and G. Verachtert, *Taxing professional football in the EU. A comparative and EU analysis of a sector with tax gaps*, , European Parliament, Luxembourg, 2021, p. 21 ff.

[80] DE: BFH, 30 May 1996, Federal Tax Gazette II 1996, 493.

ISSN 2036-7821

can also, in certain circumstances, by performing advertising services in the context of the sporting activity undertaken for his club in an employed capacity, pursue a business (side-line) activity (e.g. advertising for third parties within the framework of agreements with kit suppliers) because the sportsperson is thus taking entrepreneurial initiative and accepting entrepreneurial risk.[81] A separation of advertising on behalf of the employer on the one hand and the wage or salary on the other has thus far been recognized only within strict limits if the member of a sports team has a high personal advertising value.[82] A fairly recent ruling of the BFH [83] has cast doubt on this narrow view, which could give rise to the concept of business income from advertising being extended to encompass the employer as well.[84]

3.1 Elimination of double taxation regarding resident sportspersons and entertainers working abroad.

If resident entertainers and sportspersons derive income from appearances abroad, the income generated by activities performed abroad is subject to German income tax by application of the worldwide income principle.

German double taxation treaties (DTTs) generally envisage an entitlement of the other contracting state to tax income derived from activities exercised in that other state in compliance with article 17 of the OECD Model (*see* below for particularities and boundary issues relating to other articles of the Convention). Depending on the provisions governing methods for elimination of double taxation contained in the individual treaty, Germany can exempt income from tax or allow as a deduction from the tax payable on income an amount equal to the income tax paid in the other state. In connection with exemption, subject-to-tax clauses are contained in section 50d(8) of the EStG for employees who, for tax purposes and the assessment of taxes on worldwide income, are resident in Germany. Exemption is granted in such cases only if the employee demonstrates that the state having fiscal jurisdiction according to the DTT has waived its right to tax or that the taxes assessed in that state have been paid. In the absence of a double taxation treaty, the general regime for double taxation relief pursuant to sections 34c and 34d of the EStG applies.

It is relevant in this connection that German income tax law, for tax relief purposes, categorizes only certain types of income as "foreign income" within the meaning of section 34d. Employees can consequently, pursuant to section 34c(1) of the EStG deduct from the German tax on income arising from foreign income an amount equal

[81] DE: BFH, 22 Feb. 2012, X R 14/10, Federal Tax Gazette II 2012, 511; BMF, 25 Aug. 1995, ESt-Kartei ND Art. 19 no. 2.4.

[82] DE: BGH, 7 Oct. 2006, 5 StR 164/06, HFR (Supreme Fiscal Court ruling) 2007, 597; DE; FG Münster, 16 Apr. 2010, 14 K 116/06 G, EFG (Fiscal Court ruling) 2010, 1426.

[83] DE: BFH, 22 Feb. 2012, X R 14/10, Federal Tax Gazette II 2012, 511; Becker & Figura, supra n. 339.

[84] Becker & Figura, id., at 3051 ff.

ISSN 2036-7821

to the corresponding foreign taxes paid. Instead of this approach, section 34c(2) allows the option of deducting the foreign tax when the income is being determined (deduction method). Persons carrying on a business can apply only the deduction method pursuant to section 34c(3) of the EStG and, when determining the income, deduct the foreign tax assessed and paid for the income, less relief. If a resident entertainer or sportsperson receives overall remuneration for appearances in different states, the question of apportionment generally gives rise to uncertainty. The remuneration has to be apportioned, but there is no actual benchmark. Instead, the remuneration is to be apportioned according to the circumstances of the individual case.[85] The apportionment is to be based on reasonable economic criteria.[86] Opinions on this issue differ. There is a view that an overall fee for a European tour can be apportioned according to the number of concerts performed in the individual countries.[87]

In the case of sportspersons as well, it is assumed that a portion of the remuneration can be objectively allocated to the state of residence by apportioning the whole amount according to the number of domestic and foreign events.[88] In particular, in the case of employed entertainers and sportspersons, the allocation is to be made on the basis of the working days spent in each state.[89] For reasons of simplicity each working day is to count as a full working day, irrespective of the duration of the relevant activity indicated in article 17 (e.g. including that of a professional footballer who plays only for a short time). Another view insists that consideration must also be given to the significance and scope of an actual event (e.g. in the case of racing drivers and tennis players, greater weight would be attached to a 24-hour race and a Grand Slam tournament respectively).[90] In the case of tours undertaken by entertainers, similar proposals have been tabled for the allocation to be made according to the number of tickets sold or the relative sizes of the visited countries' populations.[91]

3.2 The tax framework for football players.

German tax resident individuals are liable to income tax on their worldwide income and assets. An individual is considered resident in Germany if his domicile or habitual place of abode is in Germany. According to section 8 of the General Tax

[85] Wassermeyer & Schwenke, in Debatin & Wassermeyer eds., DBA, Art. 17 m.no. 36c.
[86] Op.cit.
[87] Maßbaum, in Gosch, Kroppen & Grotherr eds., DBA, Art. 17 OECD MA m.no. 107.
[88] DE: BFH, 6 June 2012, I R 3/11, Federal Tax Gazette II 2013, 430.
[89] DE: FG Münster, 3 Feb. 2006, 2 K 4000/03 E, EFG 2006, 1177.
[90] Maßbaum, in Gosch, Kroppen & Grotherr eds., *DBA*, Art. 17 OECD MA m.no. 107.
[91] DE: FG Hamburg, 17 Jan. 1997, II 97/96, EFG 1997, 621; cf. also Hahn-Joecks, *Zur Problematik der Besteuerung ausländischer Künstler und Sportler*, p. 106 ff.

ISSN 2036-7821

Code (AO), an individual's domicile is the place where he occupies a home in circumstances which indicate that he will retain and use it. Only the actual facts are relevant, not the intention of the taxpayer.

An individual's habitual place of abode is the place where he is present in circumstances which indicate that his stay is not just temporary. A habitual place of abode is deemed to exist if an individual has been continuously present in Germany for a period of more than 6 months (section 9 of the AO). A short interruption during the stay is not taken into account, i.e. it is included in the calculation of the 6-month period. A presence of less than 6 months may also create a habitual place of abode if the presence is not temporary. If the taxpayer's presence in Germany is exclusively for a visit, recuperation, cure or similar private purpose, a habitual place of abode is deemed to exist if the stay exceeds 1 year. Individual income tax is imposed at the following progressive rates (section 32a of the EStG, hereafter the tax table for individual taxpayers for 2021). A 5.5% solidarity surcharge is levied on the amount of tax computed according to the above tables. The solidarity surcharge of 5.5% is levied on the income tax due (section 1 of the SolzG). Football players will usually be subject to the highest tax rate. In German tax law, income from capital investments and other types of income (such as gains arising from private transactions) are distinguished from income from employment. All income from private capital investments are subject to a final flat withholding tax of 25%, increased to 26,375% by the solidarity surcharge. German tax law provides a tax free amount of 801 EUR per taxpayer per year. Capital gains arriving from private transactions are normally not subject to tax. However, certain exceptions do apply concerning capitals gains from immovable property and capital gains which are deemed to be speculative in the case of moveable property. Entertainers and sportspersons who are resident in Germany are liable to German income tax on their worldwide income. There is no special migration regime from which entertainers and sportspersons moving from abroad could benefit. German tax law does not envisage an income category specifically for taxing resident entertainers and sportspersons.

Income is to be assigned to the regular categories (in particular, income from employment, income from self-employment and business income).[92] Germany does not have another special regime in place covering inward expatriates. In 2020, German football officials were in the eye of the storm when German prosecutors and tax authorities searched offices of the German Football Association (DFB) as well as private homes of current and former officials on suspicion of tax evasion on behalf of the DFB .[93] Six officials of the DFB were suspected of having intentionally falsely declared income from advertising in soccer stadiums during home games of the

[92] C. SCHLOTTER, Chapter 18: Germany in Taxation of Entertainers and Sportspersons Performing Abroad (G. MAISTO (ed.), IBFD 2016), Online Books IBFD (accessed8 26 August 2016).

[93] See https://www.reuters.com/article/uk-soccer-germany-taxevasion-idUKKBN26S172.

ISSN 2036-7821

national team in 2014 and 2015 as income from asset management instead of income from advertising, leading to 4.7 million euros ($5.5 million) in unpaid taxes, as the DFB does not pay taxes on income from asset management, but is obliged to do so for income stemming from professional activities.

4 Italy´s tax framework for football player.

Relative to the OECD average, the tax structure in Italy is characterised by higher revenues from taxes on personal income, profits and gains as well as social security contributions.[94] Italy ranks 3th in the UEFA association club coefficient ranking 2020/21. For purposes of this study, Italy is presumed to horde a top competition. Italian income tax applies to both resident as non-resident individuals. Resident individuals are in principle taxed on their worldwide income, and a credit is provided for taxes paid abroad.

Non- residents are taxed only on income that is deemed to be arising in Italy (article 3(1) of the Testo Unico delle Imposte sui Redditi, hereafter TUIR). Individuals will typically be subject to the Italian imposta sul reddito delle persone fisiche (IRPEF),which is a progressive tax that applies to the aggregate total income of the taxpayer. Some individuals are subject to the regional production tax, or so-called Imposta Regionale sulle Attività Produttive (IRAP), which is different from IRPEF in the sense that it is a tax levied at a flat rate on the adjusted income from professional and business activities.[95]Favourable specific rules may apply to qualifying high net worth individuals (hereafter referred to as the Italian resident non-dom regime[96]), inward expatriates and individuals earning foreign pension income who become new residents in Italy. Almost 20 years have passed since Italy introduced a rebuttable legal presumption of tax residence for Italian nationals fictitiously transferring their fiscal residence to jurisdictions where the tax burden is low or non-existent.[97] This constituted the most visible response to a series of cases involving prominent high-net-worth individuals (HNWIs) artificially transferring their

[94] See https://www.oecd.org/tax/revenue-statistics-ita ly.pdf.

[95] IRAP applies to entrepreneurs, professionals or artists. Football players, who have an employed status, do not qualify for this regime with regard to employment activities.

[96] Although not entirely comparable to the resident non-dom regime applicable in the UK, it is often said that the Italian regime is inspired by the UK-variant: G. BERETTA, "From worldwide to Territorial Taxation: is Italy Now an Attractive Destination for Migrating Individuals", Bulletin for International Taxation, August 2017, 437-443. For the UK remittance basis system, see D.S. ROXBURGH, Domicile and the Remittance Basis in UK Taxation, 46 Eur. Taxn. 10 (2006), Journals IBFD.

[97] IT: Income Tax Consolidation Act (ITCA) (Decreto del Presidente della Repubblica (Presidential Decree, DPR) 917 of 22 Dec. 1986), art. 2(2- bis), National Legislation IBFD, which states that "until proved other- wise, Italian citizens, who are deleted from the resident population's General Registers and are emigrated in States or territories other than the ones singled out by the decree of the Ministry of Finance to be pub- lished on the Official Bulletin, are considered ... as resident". All trans- lations from Italian into English are the author's unofficial translations. The blacklisted states are listed in IT: Decreto Ministeriale (Ministerial Decree, DM) of 4 May 1999.

ISSN 2036-7821

residence to neighbouring city states, such as Monaco or San Marino, to avoid the high rates of Italian income tax.[98] In a sense, the enactment of deemed residence rules[99] represented the ultimate attempt by Italy to enforce its world- wide taxation system, which had been in place from the 1970s.[100] Historically, residents in Italy have been taxed on their worldwide income at progressive rates,[101] with a foreign tax credit to eliminate any double taxation on foreign-source income. Conversely, non-residents are liable to tax only on their Italian-source income.[102]

However, the special regimes recently approved indicate that the Italian lawmaker has quite considerably modified the previous policy by becoming more lenient when it comes to taxing Italian residents.[103] Consequently, Italy has joined the increasing number of European states that have recently introduced favourable regimes into their domes- tic tax systems that are intended to encourage foreign individuals to move to and invest in their countries.[104] This trend merely reflects, in tax matters, the increasing propensity of workers, especially highly skilled individuals, to move to Europe.[105] Such a situation is driven by tax competition[106] between European states in

[98] See the decision of the Tax Court of First Instance of Modena (TCFIM) in IT: TCFIM, 9 Feb. 1999, Case 985, Tax Treaty Case law IBFD. For comment on this case, see C. Rotondaro, The Pavarotti Case; Decisions of the Tax Court of First Instance of Modena of 9 February 1999 and the Tax Court of Second Instance of Bologna of 27 March 2000, 40 Eur. Taxn. 8 (2000), Journals IBFD.

[99] A deemed residence provision specifically targeting foreign-dressed companies was introduced by arts. 73(5-bis) and 73(5-ter) of the ITCA in 2006.

[100] IT: DPR 597 and IT: DPR 598 of 29 Sept. 1973. For an overview of the concept of residence for individuals under Italian tax law, see G. Marino, La residenza nel diritto tributario (CEDAM 1999); G. Melis, Trasferi- mento della residenza fiscale ed imposizione sui redditi (Giuffre Editore 2009); and S. Dorigo, Chapter 16 – Italy, in Residence of Individuals under Tax Treaties and EC Law (G. Maisto ed., IBFD 2010), Online Books IBFD.

[101] Flat rates of tax only apply to defined passive income.

[102] Art. 3(1) ITCA. Italian-source income is defined in art. 23 of the ITCA. However, under art. 24(3-bis) of the ITCA, which was introduced in 2014, non-resident individuals earning more than 75% of their income from Italian sources are taxed as Italian residents, provided that they are residents of states that ensure adequate exchange of information.

[103] The same policy turn can also be seen in respect of corporate taxa- tion. Notably, IT: Decreto legislativo (Legislative Decree, DLgs) 147 of 14 Sept. 2015 ("Internationalization Decree") art. 14, National Legis- lation IBFD introduced new art. 168-ter into the ITCA, which offers the optional exemption for profits and losses of foreign branches, i.e. a "branch exemption". In addition, art. 8 of DLgs 147 repealed art. 168 of the ITCA, which contained controlled foreign company (CFC) rules regarding affiliated companies, i.e. companies not controlled by a resi-dent person, but in the profits of which a resident person, directly or indirectly, had an interest of at least 20%, reduced to 10% for listed com- panies.

[104] Special regimes for expatriates, both inward and outward, and for HNWIs are provided for in the tax laws of Austria, Belgium, Denmark, Finland, France, Ireland, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Portu- gal, Spain, Sweden, Switzerland and the United Kingdom. In addition, most of the tax systems of Central and East European countries are per se attractive to individuals, as they generally offer both residents and non-residents a flat-rate tax regime at moderate rates.

[105] Recent data indicates that EU workers residing in another EU Member State have increased from 4.7 million in 2005 to 8 million in 2013. See L. Andor, Labour Mobility in the European Union - The Inconvenient Truth (European Commission 2014), available at http://europa.eu/rapid/ press-release_SPEECH-14-115_en.htm. The increasing mobility of individuals inside the European Union has lead to some distinguished scholars arguing in favour of the cross-border fractional allocation of income in each Member State. See K. van Raad, Fractional

ISSN 2036-7821

trying to attract qualified foreign individuals and to promote domestic invest- ment. This in turn suggests that, ultimately, labour can currently be as mobile as capital.[107]Given this framework, this article intends to provide an overview of the Italian special regimes for certain cate- gories of resident taxpayers and briefly compares these regimes with analogous regimes in other selected Euro- pean countries. Special attention is devoted to recently enacted regimes for highly skilled inward expatriates and for HNWIs taking up tax residence in Italy. Such regimes are complemented by other provisions that are narrower in scope and benefit other selected highly skilled workers and academics.

4.1 The New regime for Inward Expatriates.

A special regime for highly skilled inward expatriates was introduced by article 16 of *Decreto legislativo* (Legislative Decree, DLgs) 147 of 14 September 2015 ("Internationalization Decree"), which contains new measures that are intended to promote the growth and internationalization of Italian enterprises. By opting for this special regime, individuals who transfer their tax residence to Italy are entitled to a partial exemption of Italian-source employ- ment income from income tax. The exempted portion of the employment income, initially 30% of the gross salary, has recently been increased to 50% by *Legge* (Law) 232 of 11 December 2016 (the "Stability Law of 2017") With regard to the personal scope, the regime is limited to individuals who hold "a management role" or meet "high qualification or specialization requirements".

These requirements have been further detailed by Decreto Ministeriale (Ministerial Decree, DM) of 26 May 2016 issued by the Ministry of Economy and Finance,[108] which referred to the labour law categories set out in the DLgs 206 of 6 November 200714 and 108 of 28 June 2012.15 In addition, in order to qualify for this special regime, the transfer- ring individual cannot have been a resident in Italy for the five years preceding the transfer.

The individual is also required to reside in Italy for a minimum of two years. If this condition is not fulfilled, the benefits are clawed back and the employment income is

Taxation of Multi-State Income of EU Resident Individuals – A Proposal, in Liber Amicorum Sven-Olof Lodin p. 211 et seq. (K. Andersson, P. Melz & C. Silfverberg eds., Wolters Kluwer 2001); M. Mössner, Source versus Resi- dence - An EU Perspective, 60 Bull. Intl. Taxn. 12 (2006), Journals IBFD; and P.J. Wattel, Progressive Taxation of Non-Residents and Intra-EC Allo- cation of Personal Tax Allowances: Why Schumacker, Asscher, Gilly and Gschwind Do Not Suffice, 40 Eur. Taxn. 6, sec. 5 (2000), Journals IBFD. For a recent analysis of the possible solutions to tax obstacles caused by different concepts of tax residence among member states, see F. Pitrone, Tax Residence of Individuals within the European Union: Finding New Solutions to Old Problems, 8 World Tax J. (2016), Journals IBFD.

[106] V. Tanzi, Equity, Transparency, Cooperation and the Taxation of High Net Worth Individuals, 18 Asia-Pac. Tax Bull. 4 (2012), Journals IBFD.

[107] R.S. Avi-Yonah, Advanced Introduction to International Tax Law ch. 10 (Edward Elgar Publ. 2015).

[108] IT: DM of 26 May 2016.

taxed under ordinary rules. In this event, the individual's tax liability is also increased by interest and penalties. With regard to the material scope of the regime, the exemption is limited to income from employment. In this respect, the working activity must be performed for an enterprise resident in Italy, following the conclusion of an employment contract with the same enterprise or a related company. Neither the text of article 16 of DLgs 147 nor the DM of 26 May 2016 specifically refers to the pos- sibility that the employment contract is concluded with a permanent establishment (PE) of a foreign enterprise. However, there appears to be little or no reason to exclude the application of the regime in such circumstances. The regime also requires the working activity to be mainly performed in Italy. However, the criterion for determining this is not defined. In the absence of a clear rule, it appears to be correct to refer to the physical presence of a worker within Italy. Nevertheless, it should be noted that a different solution has been implemented in France, where such a situation is determined in respect of the overall salary of the expatriate. In addition, even where such a requirement is determined, it may be doubted whether all of the employment income could benefit from the exemption or only that portion attributable to the working activity performed in Italy.

Both the Italian resident non-dom regime and the inward expatriates' regime are said to highly influence the tax attractiveness of Italy for football players and sportspersons in general. Individuals resident in Italy are subject to IRPEF on their aggregate worldwide income. Residents of Italy are those persons, whether nationals or not, who for the greater part of the tax year are registered in the Civil Registry of the Resident Population or who are resident or domiciled in Italy pursuant to article 43 of the Civil Code (Codice Civile, C.C.)89.[109] The Civil Registry of the Resident Population criterion relies on a formal condition, i.e. registration in this register for at least 183 days in a given tax period. Under article 43 of the C.C., the residence of a person is the place where he has his habitual abode, while his domicile is the place where he has established the principal centre of his business and interests (centre of vital interests). Italy has specific rules in place for taxpayers (Italian nationals) who have removed themselves from the Civil Registry of the Resident Population, with a view on moving to blacklisted jurisdictions. With ruling no. 29095 of October 2020 [110],the Court of Cassation declared an appeal filed by the football player Mirko Vučinić inadmissible. This appeal dealt with a tax residency case. The Court denied the player the loss of his tax residence in Italy despite being registered for a Middle Eastern team.

The judges analysed the case and found substantial factors that linked the player to the Italian territory notwithstanding his transfer (payment of contributions for

[109] See www.ibfd.org.

[110] See https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2020/11/Cass-29095-2 0.pdf.

ISSN 2036-7821

domestic workers, children attending schools, current financial relationships, ownership of cars and motorcycles, ownership of real estate and utilities in Italy, real estate contracts, etc.).As a result of this judgment, Vučinić, although registered with and playing for a foreign club, was considered to have remained a taxpayer fiscally resident in Italy. This conclusion seems logical in the light of Italy attaching importance to the criterion of the centre of central interests. IRPEF is levied on personal income, whether in money or in kind, falling under any of the following categories (articles 1 and 6 of the TUIR): income from land and buildings (*redditi fondiari*); income from investment (*redditi di capitale*); income from employment (*redditi di lavoro dipendente*)[111]; income from self-employment (*redditi di lavoro autonomo*); business income (*redditi di impresa*); and miscellaneous income, including capital gains (*redditi diversi*). The above list is exhaustive, which means that if an item of income is not expressly mentioned in one of the chapters, it is not subject to IRPEF. The following progressive individual income tax rates have been applicable since 2007 (article 11 of the TUIR): Certain items of income can be subject to separate taxation, i.e. they can be excluded from the aggregate income and taxed separately at a particular tax rate.

This is amongst others the case for indemnities received by professional sportsmen at the end of their sporting careers. The tax on income subject to separate taxation is generally calculated by applying the rate applicable to half the aggregate net income of the taxpayer during the 5-year period prior to that in which the right to receive such income arose. If there was no taxable income in any of the 5 prior years, such years are not considered. If there was no taxable income in either year the rate provided for the lowest bracket applies (article 21 of the TUIR). The taxation of income of professional sportsmen is in principle subject to these ordinary rules.

Italy has nevertheless seen important tax variations which influence the tax treatment of football players and permits for a separate tax regime. Qualifying professional sports persons, comprising football players, who transfer their tax residence to Italy can certainly benefit from a favourable tax regime. One the other side, Italy introduced a tax regime for high-net-worth individuals (here after referred to as the Italian resident non-dom regime) and otherwise a more generally applicable tax regime for inward expatriates (hereafter referred to as the Italian expatriates tax regime).

4.2 The Italian resident non-dom regime.

Nowadays, in order to sum up, the Italian tax system recently received quite a lot of attention. This can be traced back on Portuguese football star Cristiano Ronaldo's

[111] Under Law 91/1981, professional sportspersons are deemed to perform their services under an employment relationship and usually qualified as employees.

ISSN 2036-7821

transfer to Juventus in 2018. Cristiano Ronaldo took a decision to leave Spain and moved to Italy amid (unconfirmed) conjecture that Spanish tax penalties could play a relevant role in this regard. Ronaldo was found to be using offshore entities to administer earnings from image rights and was fined for tax evasion in Spain.[112] Just before Ronaldo's move to Italy, Italy introduced a new law intended to encourage individuals to move to Italy[113] entailing a resident non-domicile tax regime (known as 'regime dei neo- residenti'). The regime is accessible to taxpayers of any nationality who transfer their residence to Italy from abroad and who have been resident abroad for at least nine tax periods in the ten-year period preceding the acquisition of Italian residence. The regime does not necessitate a minimum number of days of presence of the taxpayer on Italian territory. Income from foreign sources is subject on a yearly basis to a fixed substitute tax of EUR 100.000 that applies in lieu of IRPEF and related surcharges (reduced to EUR 25,000 if the option is extended to the taxpayer's family members). With respect to assets held abroad, the regime also provides significant advantages, namely the exemption from IVIE and IVAFE and from the tax reporting obligations.

In the end, regarding assets, which happen to be held abroad the regime also foresees an exemption with regard of inheritance and gift tax. This measure is intended to entice high net worth individuals in general and is thus not specially steering football players. Nevertheless it has not been clearly established by the Italian Tax authorities or the football players entourage that Ronaldo underlies this specific flat tax regime. Though it can be stated at this very point, that he is often related to this specific tax regime.[114]It can be stated, that the nominal amount in concern regarding this specific flat fee is rather high though it can provide specific benefits if associated to the normally applicable taxes on income related to high- earning football players, who dispose on a relevant wealth positioned outside of the Italian state.

To efficiently apply the regime, it will remain important to analyse the different kinds of income generated by athletes.[115] Endorsement income or image rights income received in connection with the obligation to wear specific sportswear in

[112] In addition to back tax and penalties, Ronaldo and other soccer players even faced incarceration, but it is not expected players would effectively serve time in prison for these offences. In Spain, first-time offenders who are sentenced to less than two years can serve the time under probation.

[113] Articles 24-bis and 24-ter of the Italian Income Tax Consolidation Act (ITCA), introduced by Budget Law 2017 (Law No. 232 of 11 Dec. 2016) and Budget Law 2019 (Law No. 145 of 30 Dec. 2018). For a detailed description of this regime: G. BERETTA, "From worldwide to Territorial Taxation: is Italy Now an Attractive Destination for Migrating Individuals", Bulletin for International Taxation, August 2017, 437.

[114] X."Aflat-tax scheme is luring the wealthy to Italy", The economist: https://www.economist.com/europe/2020/10/29/a-flat-tax-scheme- is - lu rin g - th e - we a lth y - to- italy.

[115] A. Tavecchio, M. Caldara and R. Barone have analysed the regime in the light of typical income received by athletes, such as image r i g h t s : A . T avecchio/ M . C aldara/ R . Barone , " The Cristiano Ronaldo Transfer to Juventus: The new italian resident regime benefits Athletes from Around the World", ITSG Global Tax Journal, October 2018, pp. 11-16.

ISSN 2036-7821

games outside of Italy should be included in the scope of lump sum payment. It is arguable if endorsement income or image rights income not received in connection with a sport performance would instead be covered. In such cases, in the absence of guidance or clarifications issued by the Italian tax authorities, the source of the income should be determined based on the residence of the payer. The flat tax regime could even be beneficial in relation to income obtained through foreign disregarded companies.[116] The application of the regime is rather simple, in the sense that no peculiar qualifications are imposed on the taxpayer willing to apply the regime.[117] Taxpayers may access the regime by submitting an advance tax ruling to the Italian Revenue Agency or by exercising the option for substitute taxation in their tax return. It is basically sufficient that the taxpayers were consecutive Italian non-residents prior to their transfer of residence to Italy and is willing to pay the flat fee.

As a matter of fact the specific regime in question may not be associated with other foreseen Italian regimes, which enable for tax incentives, such as the expatriate tax regime, which will be highlighted in the following. The regime comprises a non-renewable maximum duration of fifteen tax periods starting to elapse from the first year of tax residency. In specific scenarios such as a case of revocation or withdrawn in advance of the termination, the taxpayer is forbidden from exercising a second option to fall in the scope of the favourable regime a second time.[118]

4.3 The Italian expatriates tax regime.

Where the Italian 'non-dom regime' mainly provides for tax incentives in relation to income received outside Italy by (new) Italian tax residents, Italy also grants incentives that favourably treat Italian- sourced income held by individuals transferring their tax residence to Italy to carry out a work activity in the country ('expat workers' or 'impatriates', hereafter generally referred to as expatriates). Italy enacted these rules in 2010 (for professors and researchers) and 2015 (for 'workers' and entrepreneurs'[119]), with a view on granting a tax exemption to these workers in the form of a reduction of their taxable base. The relevant benefits apply to individuals[120] (i) who transfer their tax residence to Italy and commit to remain in Italy for at least 2 years,(ii) who were not Italian residents in the 2 years preceding

[116] A. Tavecchio, M. Caldara, R. Barone have analysed the regime in the light of typical income received by athletes, such as image rights : A . Tavecchio, M. Caldara, R. Barone, " The Cristiano Ronaldo transfer to juventus: The New Italian Resident Regime Benefits Athletes from Around the World", *ITSG Global Tax Journal*, October 2018, p. 16.

[117] Tax incentives for attracting human capital in Italy pdf", https ://www. agenziaentrate. gov.it / portale/ documents/ 20143/233483/Tax incentives for attracting human capital in Italy.

[118] R. Houben, A. Van de Vijver, N. Appermont and G. Verachtert, *Taxing professional football in the EU. A comparative and EU analysis of a sector with tax gaps*, , European Parliament, Luxembourg, 2021, p. 42 ff.

[119] Article 16 of Legislative Decree No. 147 of 14 September 2015.

[120] See www.ibfd.org.

ISSN 2036-7821

the transfer and (iii) who are mainly working in the Italian territory. A 70%[121] exemption applies to their employment, self-employment or business income (provided that relevant business income is derived from newly established enterprises carried on in Italy). The regime can be extended for a further five tax periods if one of the following alternative conditions is met, i.e., the employee has a minor or dependent child, including a pre-adoptive foster child; or the employee has become the owner of at least one residential property in Italy (including in the 12 months preceding the transfer). The regime was slightly modified in 2019 by Law Decree No. 34 of April 30, 2019 (entry into force on May 1, 2019, applicable to taxpayers transferring their tax residence to Italy starting from 2020). According to the abovementioned Law Decree employees and self–employed professionals could qualify for the expat tax regime, regardless of their qualifications (i.e. no specific scholar degree, masters, or similar are required) or role. The decree established that professional athletes[122] can qualify as expatriate under the regime to the extent that they qualify under the general conditions (higher described engagement to remain tax resident of Italy for 2 years and mainly performing activities in Italy). If so, the athletes will enjoy a 50% reduction instead of 70% reduction on their taxable income.[123]

The regime applies for five tax periods with no possibility of extension. Athletes will however be required to pay a proportional levy equal to 0,5% of the taxable income if they want to apply this regime. The proceeds of this tax will be used to provide support to younger athletes in the sports sector. Non or insufficient payment of the contribution within the deadline will result in forfeiture of the benefits of the 'inbound employees' regime. The benefits of the expatriate income tax regime are withdrawn in case the taxpayer does not maintain his/her residence in Italy for at least two tax periods. The taxpayer may submit to his/her employer (or principal) a declaration in which, inter alia, he declares to meet the requirements for the benefits of the relief, in order to benefit from the benefits provided for by the expatriate income tax regime. The employer (or the principal), acting as withholding agent, shall withhold the taxes on the reduced taxable base. The benefit can also be taken at the end-of-year adjustment or in the tax return.

Political parties have criticised that the Italian expatriate income regime might be in breach of EU-law and more specifically, the prohibition on illegal fiscal State aid. The

[121] The exemption is increased to 90% if the individual transfers his residence to certain regions in the south of Italy (i.e. Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sardinia and Sicily).

[122] The qualification as professional or amateur sportsman depends on Law n° 91/1981 (Law on Professional Athletes) and not on the actual circumstances of the athlete. Serie A football players will qualify as professional football player.

[123] The 90% exemption for transferring the tax residence to one of the southern Italian regions shall not be applicable.

ISSN 2036-7821

European Commissioner for Competition, Ms. Vestager, replied to these concerns by stating that the Commission did not receive advance notifications of the Italian decree Decreto Crescita. Pursuant to Article 108, paragraph 3, of the Treaty on the Functioning of the European Union, it is the responsibility of the Member States to notify measures they consider may entail State aid. However, based on available public information, the expatriate income tax regime appears to: concern personal income tax, not corporate income tax; seems to apply to all inward expatriates working in any sector; and to set a stricter limit to the exemption for persons employed in professional sports (50% of income) compared to other inward expatriates (70%). Based on this limited information, the measure does not seem to raise State aid issues, according to the Commissioner.[124]

4.4 Recent events.

Prior to 1 January 2016, article 51(4-bis)[125] of the Italian Income Tax Code (ITC) has enacted a special marginal benefit for professional sportspersons (with effect as from 1 January 2013), which should have been applicable mainly to professional soccer players.[126] In accordance to this provision, the sportsperson was subject to tax upon a portion of the agent's fee which is paid by the club that acquires the sporting performances of the athlete. The deemed income was computed in the amount of 15% of the agent's fee net of the fees that the sportsperson paid to his own agent (if any). The design of this rule raised doubts as to whether the provision violated the ability-to-pay principle set out in article 53 of the Italian Constitution. Amongst others for this reason, the provision has been recently eliminated by article 1(8) of Law 208 of 28 December 2015 (Budget Law 2016) with effect as from 1 January 2016.

The Italian Revenue Agency recently issued Ruling No. 139/2021, which clarifies the tax treatment of payments made by an Italian resident movie production company to a Spanish tax resident movie actress as remuneration for the alienation of the exclusive right to exploit worldwide the image rights connected to the role of interpreter and executor of a movie. The movie will be entirely produced in Italy. Under the agreement, the actress's remuneration has been divided in several components: 60% for the professional artistic performance as main actress of the Movie and 40% for the alienation of the image rights. The Italian resident company entreated the Italian Revenue Agency to confirm whether the consideration for the

[124] See https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2019 -002224- ASW_EN.pdf.

[125] Article 51 (4-bis) of the ITC applied to the extent the agent was involved in the negotiation of the sport performance. This was the case, for example, if the agent's scope of activities dealt with the resolution or the extension/renewal of the existing contract between the athlete and the club. On the contrary, the provision did not apply if the activity of the agent regards other matters, such as the exploitation of image rights.

[126] M. Tenore, "Chapter 19: Italy in Taxation of Entertainers and Sportspersons Performing Abroad", in G. Maisto (ed.), IBFD 2016, Online Books IBFD (accessed 26 1 August 2016), available on www.ibfd.org.

ISSN 2036-7821

alienation of the Image Rights fell into the definition of royalties under Article 12(2)(a) of the 1977 Italy-Spain tax treaty.

In this case, the Italian Revenue Agency characterised the remuneration for the alienation of the image rights as income from self-employment under Italian domestic tax law since the image rights belong to an individual performing as professional actress on a habitual basis (see also Ruling No. 255/2009). Because of these reasons, based on the ground that the entire performance will take place in Italy, the whole actress's remuneration is sourced in Italy. Albeit not entirely comparable with a domestic case, this ruling might also have an impact for football players benefiting either from the Italian resident non-dom regime or the expatriates income tax regime. Seeing that non-Italian sourced income is generally not apportioned with separately in the Italian resident non-dom regime, a big focus in practice will lie on the correct assessment of income. If the Italian tax authorities would growth the scope of income deemed to be of Italian source, this would diminish the benefits of the Italian non-dom regime.

5. Conclusions.

In view of the above, a conclusion that can be drawn, is that Member States are united in diversity. This makes it rather difficult to compare the individual tax burden of a football player on a country-by- country basis, as this will depend on the salary level, type of remuneration received, the application (or not) of certain tax incentives and many other parameters. By way of example: while Germany has no specific tax measures in place for football players, the (slower) progressivity of its general tax rates could lead to the conclusion that a player is better off in Germany than in The Netherlands where reductions apply through the 30%-ruling, but the highest income tax rate is reached at a lower income level already. Other Member States only have tax incentives in place for players who were not tax resident in that Member State for a certain amount of time before coming to play for a club in that Member State. State (i.e. expatriate regimes), while on the contrary Belgium grants a tax benefit to clubs in the sports industry subject to the condition that such benefit is invested in the education of players below the age of 23. Such regime may thus be more supportive for the club's own youth programme.

Therefore, the fiscal situation of professional football players has to be assessed on an individual basis, taking into account their (previous) tax residency, height of their salary, composition of their remuneration package, the availability of other types of income, whether they receive foreign sourced income or not, etc.[127] At the same time, the research shows that players will, in the default situation, usually be subject to

[127] R. Houben, A. Van de Vijver, N. Appermont and G. Verachtert, *Taxing professional football in the EU. A comparative and EU analysis of a sector with tax gaps*, , European Parliament, Luxembourg, 2021, p. 42 ff.

ISSN 2036-7821

'normal' levels of taxation, when compared to other, similarly paid professionals in that Member State. They do not specifically benefit from tax incentives in comparison with other taxpayers. In those Member States where football players do benefit from tax incentives, it should be mentioned that other taxpayers (often skilled expatriates or industries such as the R&D-sector or wider sports industry) also have access to tax stimuli. Ultimately, it seems that most (high earning) players, are always subject to the highest income tax rates. Countries do take a different approach in determining taxable base, for instance it seems that The Netherlands, France and (mainly) Italy offer greater possibilities to optimise taxable base in the benefit of the player. Most Member States in recent years face similar issues, linked to amongst other the taxation of image rights income or the benefit resulting from clubs paying for agent fees (whereas the services of the agent are deemed to be rendered for the individual benefit of a player). There is currently no harmonised approach for these issues. Some Member States introduce specific measures, like Italy where a specific benefit in kind has been introduced (and abolished) for agent fees. Similar discussions are pending in amongst others Belgium. The same goes for image right income, where Spain has historically tried to apply a 85/15 rule, but recently nonetheless saw intensive action by the tax authorities in relation to companies of players who claimed to be applying this rule correctly. Albeit national divergent views can arise, one could consider the possibility of creating a level playing field by applying similar criteria within the EU for the taxation of image rights income or the taxation of the benefit that results from clubs paying for agent fees.

At the same time, it seems like most Member States are trying to address tax excesses that result from abusive use of tax planning in relation to these topics. Spain, as said, has quite intensively addressed the image rights income topic over the past few years, which seemingly has led to a change in tax mentality of tax players and their advisors as well. Even with harmonised legislation, one can imagine that taxpayers continue to be creative in applying the rules. As a policy recommendation, one can then further review and enhance control measures to avoid tax excesses, in a cross-border context. Specifically for the two items mentioned above (image right income and agent fees), one could look into reinforcing of reporting obligations, for instance the one already enshrined in the currently existing measures for exchange of information in tax matters in the EU (Directive 2011/16/EU).[128] This Directive on administrative cooperation in the field of taxation already allows for exchange of information in relation to labour income in general.

The scope of the Directive has been expanded at several occasions in the past few years, with changes designed for the cryptocurrency industry now pending in an

[128] Council Directive 2011/16/EU of 15 February 2011 on administrative cooperation in the field of taxation and repealing Directive 77/799/EEC

ISSN 2036-7821

eighth version of the Directive.[129] Inception Impact Assessments aim to inform citizens and stakeholders about the Commission's plans to allow them to provide feedback on the intended initiative and to participate effectively in future consultation activities. Citizens and stakeholders are invited to provide views on the Commission's understanding of the problem and possible solutions and to make available any relevant information that they may have, including on possible impacts of the different options. Having an economy that works for people, while making Europe greener and more digital, are clear political priorities for this Commission. In terms of Union tax policy, this notably translates into fair taxation where everybody pays their fair share, as stressed by President von der Leyen in the political guidelines for the European Commission and communicated by the Action Plan for Fair and Simple Taxation Supporting the Recovery Strategy in July 2020. The von der Leyen Commission is committed to step up the fight against tax fraud and tax evasion. It is more important than ever for Member States and the EU to have secure tax revenues. To achieve this, fair, efficient and sustainable taxation is key. On 15 July 2020, the European Commission adopted a new tax package, the Action Plan for Fair and Simple Taxation Supporting the Recovery Strategy, which reinforces the fight against tax abuse, helps tax administrations keep pace with a constantly evolving economy and eases administrative burden for citizens and companies.
This proposal is part of the action plan and aims at improving cooperation between national tax authorities in newly developing areas as well as on existing matters. This initiative should provide tax administrations with information to identify taxpayers who are active in new means of exchange, notably crypto-assets and e- money. It will also ensure consistency with ongoing work at EU level, such as the Digital Finance Strategy adopted on 24 September 2020 and the proposal for a Regulation on Markets in Crypto-assets[130], and at international level on the taxation on crypto-assets and e-money. In addition, it will include concrete improvements and updates to keep the framework in line with national and international developments. The main problems that the initiative aims to tackle are twofold: (i) the lack of information at the level of national tax administrations about the emergent use of crypto-assets and e-money, possibly resulting in revenue losses also for the EU budget; (ii) the disparity in the sanctions applied based on the current provisions and other necessary punctual adjustments/improvements to be made to the Directive. In recent years, digitalisation and the use of technology in the financial sector has lead to increased efficiency gains and new products for consumers.

[129]See https: //ec.europa.eu/ info /law/ better-regulation /have -your -say/ initiatives/.12632-Tax-fraud-&-evasion-strengthening -rules-on- administrative- cooperation - and- expanding the exchange- of - information _ e n.
[130] COM/2020/593 final.

ISSN 2036-7821

Crypto assets are digital assets based on distributed leger technology and cryptography. The e-money institutions as well as e-money (i.e. a digital alternative to bank notes and coins allowing users to make cashless payments with money stored on a card or a phone, or over the internet) found its regulation through Directive 2009/110/EC as well as by the second Payment Services Directive (2015/2366/EU).[131] In March 2018, the G20 Finance Ministers assessed in this respect that technical innovation can improve the efficiency and inclusiveness of the financial system and the economy. However, crypto-assets raise issues with the respect to consumer and investor protection, market integrity, tax evasion, money laundering and terrorist financing. The lack of centralized control for crypto assets, its pseudo-anonymity, valuation difficulties, hybrid characteristics and the rapid evolution of the underlying technology as well as their form are challenging in regard to tax obligations. Furthermore, this form of assets can be used for payment as well as investment purposes, which makes its classification and the potential tax compliance even more difficult. These difficulties follow from the need to identify the relevant intermediaries, the reportable event, the valuation of assets and the available information among other things, Similar to "traditional" financial instruments, income derived from crypto-assets could be subject to taxation. However, proper enforcement of tax obligation relies on a proper reporting and the ability of tax administrations to have access to the information. The existing provisions of the DAC provide for an obligation for financial intermediaries to report to tax administrations and for an exchange of information between Member States. For crypto-assets and e-money, there is no such obligation to report as crypto-assets and e-money as well as the relevant intermediaries for these assets are not currently fully covered by the Directive and hence national tax authorities cannot get this information from each other. Intermediaries could probably not be expected to have access to the same type of information as they would have in the case of traditional financial services. This is particularly worrying in an area where all platforms are digital and therefore easily move their activities between Member States and easily carry out cross-border activities. Overall, the level of tax transparency is very low as this new technology is also used to create, hold and transfer assets without third-party intermediaries. Furthermore, in the light of the exchange of information from financial institutions on financial accounts set up by DAC2 in 2014, these developments may lead to the erosion of the integrity of such exchanges as a tool in tackling offshore tax evasion. The compliance of crypto-assets and e-money institutions with the DAC2 exchange requirements is essential and should be tackled

[131] See https: //ec.europa.eu/ info /law/ better-regulation /have -your -say/ initiatives/.12632-Tax-fraud-&-evasion-strengthening -rules-on- administrative- cooperation - and- expanding the exchange- of - information _ en.

ISSN 2036-7821

by this Directive either as a self-standing provision or as an extension to existing DAC2 provisions or even both in order to cover all the unique particularities of these instruments.

The proposed Regulation on markets in crypto-assets establishes uniform requirements for transparency and disclosure for crypto-asset service providers and issuers as well as for e-money institutions. The said Regulation sets a useful framework also for tax purposes, but from a tax perspective, the high level of price fluctuations is in itself a problem for the valuation, which is key for the computation of the overall capital and of capital gains for tax purposes. Considering these aspects, the objective of this initiative should be to ensure adequate tax transparency, with a view to ensuring a proper taxation. To do so, the initiative will need to define crypto-assets in order to determine the material scope of the Directive as well as to identify the relevant intermediaries for tax, common reporting and due diligence purposes. The Impact Assessment will consider which assets should be included; for instance, whether so-called stable coins and e-money need to be covered by the scope. Moreover, there is a need to address some inefficiencies of the current Directive, notably the limited provisions on sanctions and other necessary punctual adjustments/improvements (e.g. possible updates needed to align with the OECD).

The differences between Member States regarding the effectiveness of sanctions are still extensive and therefore, should be addressed by this proposal. Provisions for introducing or enhancing administrative cooperation in the field of direct taxation would be based on Article 115 of the TFEU, which stipulates that the main rationale for EU action in the field of direct taxation is that the functioning of the Internal Market would be hampered by the operation of uncoordinated national legislation. Promoting EU-wide standardisation of the reporting rules would help taxpayers to comply with reporting obligations across the Internal Market and make the EU intervention more effective and efficient. It would allow the users of the new developing instruments to comply with existing reporting obligations and help tackling the offshore tax evasion.

The reporting will be accompanied with exchange of information and, as such, enable the tax administrations to obtain information necessary to perform the risk analysis and facilitate tax control of crypto-assets and e-money.[132] Avoiding duplication and inconsistencies among national practices is essential when it comes to streamlining administrative cooperation. Cooperation has to be based on common rules and ways of working.

[132] With regard of an action plan endeavouring a fairer and simpler taxation, which aims to support the recovery strategy cfr. EC, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, An action plan for fair and simple taxation supporting the recovery strategy, COM(2020) 312 final, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0312&from=EN.

ISSN 2036-7821

The general objectives of the initiative are to ensure the proper functioning of the Internal Market, reduce tax evasion and other forms of tax abuses, simplify compliance and increase the confidence of European citizens in the fairness of the tax system while ensuring fair competition in the Internal market. The specific objectives of the initiative are to enable tax administrations to obtain information that is necessary to control that taxpayers pay their fair share, in particular taxpayers who earn money via crypto- assets, as well as to provide for better cooperation across tax administrations and keep business compliance costs to a minimum by providing a common EU reporting standard. The impact assessment will consider what data should be collected and exchanged among national tax administrations and the impact of different policy options. The aim is to collect only the data necessary to perform the risk analysis and facilitate tax control of the crypto-assets and e-money. The baseline scenario used as benchmark will consider the current national practices and legislation (where existing) on mandatory transmission of data on crypto-assets and e-money to national tax authorities. Concerning administrative cooperation more broadly, the baseline scenario is well described in the evaluation from September 2019 and past reports of the Commission on how cooperation among EU national tax authorities in the field of taxation is working. The Commission will consider whether guidelines (soft-law) addressed to Member States tax administrations and crypto-assets and e-money operators may eventually achieve the objectives. Otherwise, it will be considered whether an amendment of Council Directive 2011/16 could be necessary to: Include relevant data from crypto-assets and e-money under the provisions for mandatory automatic exchange of information between Member States. The specifics of the amendment may vary depending on different operational technical arrangements for the transmission and exchange of data and the regulatory burden, costs, benefits and savings related to it. It is of outstanding importance to strengthen and make available provisions for a better administrative cooperation. The intervention will have two main impacts, namely on tax revenues, i.e. direct taxation and on EU competitiveness i.e. even if the impact of the new Directive on competitiveness should be negative, it is expected that the benefits generated by this proposal will offset such disadvantages. It is expected that the effect on tax revenues will be positive. Thanks to the introduction of stronger rules of cooperation between tax authorities and reporting of tax information on crypto- assets and e-money to tax administrations, the latter will have more tools to check that taxpayers pay their fair share.[133] This will in turn encourage that taxable activities and their revenue and income are reported accurately from the start, thanks

[133]COM (2020), Ref. Ares(2020)7030524 - 23/11/2020, The Inception Impact Assessment is provided for information purposes only. It does not prejudge the final decision of the Commission on whether this initiative will be pursued or on its final content. All elements of the initiative described by the Inception impact assessment, including its timing, are subject to change.

ISSN 2036-7821

to an effect of deterrence of non-compliance. When it comes to costs of compliance, an EU wide common reporting standard for crypto-assets and e-money will likely keep to a manageable level the compliance costs and burdens for both markets operating in different EU countries rather than potentially 27 different reporting requirements. Introducing common reporting standards for crypto-assets and e-money as a source of income should therefore result in lower compliance costs. Standardised common reporting of crypto-assets and e-money is an important tool for tackling offshore tax evasion. Fair(er) taxation is expected to have a positive social impact. A well-functioning tax system has a stronger distributive role to convert the public revenues into public services for the benefit of all citizens. The initiative is expected to have no significant environmental impacts. Additional revenues generated from increased tax compliance will increase resources available, among others, to environmental protection. The protection of fundamental rights and especially data protection must be ensured. In particular, the impact of the proposed options on the data protection must be duly assessed. The set of data elements to be transmitted to tax administrations must be limited to the minimum necessary to detect non-compliant underreporting or non- reporting, and in line with the General Data Protection Regulation (GDPR) principles and obligations. Also, the preferred option must be proportionate and not go beyond what is needed to achieve the goal. The impact assessment endeavours to establish - where applicable - whether an EU harmonised framework may result in a low level of regulatory costs (administrative burden/compliance costs) for both tax administrations and businesses – especially compared to the economic impacts the measure could achieve. The analysis will look into the relevant costs and burden reduction potential, to the extent possible. A structured and harmonised transmission of data may simplify technical and administrative processes for all the stakeholders, resulting in easier handling and management of the data. This simplification potential will be identified and quantified as much as possible. An impact assessment is being prepared to support the preparation of this initiative and to inform the Commission's decision.[134]
The work on data collection and the economic analysis has already started. The assessment's publication is expected at the same time as a possible legislative proposal. With regard of a Digital Finance Strategy for the EU was adopted on 24 September 2020. It endeavours a Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-Assets At the OECD level, WP 10 on Exchange of Information and Tax Compliance and WP 2 on Tax Policy Analysis and Tax Statistics are discussing and analysing the influence of digital

[134] COM (2020), Ref. Ares(2020)7030524 - 23/11/2020, The Inception Impact Assessment is provided for information purposes only. It does not prejudge the final decision of the Commission on whether this initiative will be pursued or on its final content. All elements of the initiative described by the Inception impact assessment, including its timing, are subject to change.

ISSN 2036-7821

financial markets for several years.[135] In order to trace back our original topic concerning taxation of football it can be stated at this point that, a football or sports specific approach could create greater compliance and control measures in relation to topics in need thereof, such as image rights income and agent fee taxation. European cooperation in this field would allow authorities to have a better view on taxpayers receiving image rights income or benefits linked to clubs paying for individual agent fees, allowing tax authorities to have a better view on practices applied and remedy excesses. Notwithstanding the interim conclusion of Member States being united in diversity, it could be said that Member States on their own are pursuing a common aim, at least are conscious of the impact of tax on the competitiveness of their national football leagues. Thereby, one can also not lose track of tax competition with non-EU countries. EU soccer leagues are increasingly facing competition from low tax jurisdictions like the UAE or Qatar, or countries that specifically target football players like Turkey[136] and (until recently) China .[137] Most of the Member States selected for research in this study, either have specific measures in place which are an incentive to football players' income taxation (or athlete income in general), had them in place in the past or consider the introduction of these measures. Viewed in a comparative perspective, the (income) tax treatment of professional football players in EU Member States appears as lively and subject to frequent change. The following categories can be distinguished: Countries with tax incentives for (amongst others) football players' income: The Netherlands, France, Italy and Belgium.

The Netherlands, France and Italy do not have targeted incentives for the football industry, but all allow football players to enjoy the benefits of a rather beneficial expatriate tax regime. These regimes allow the football players (and indirectly the clubs) to enjoy a tax-exempt part of their salary and thus basically allow for an optimization of the taxable base of the players' income. The Netherlands and France allow for a 30% exemption, whereas Italy allows a 50% exemption. The application of these regimes is subject to restrictions, mainly in the Netherlands. Belgium also has an expatriate tax regime but does not allow application of this regime by football players. This Member State does offer a tax incentive in relation to wage withholding tax for sports clubs, where 80% of the wage withholding tax does not need to be paid to the tax administration but can be spend by the clubs (mostly subject to the condition that the incentive is spent on the education of youth players). Countries

[135] This work is reflected in several documents and in "Taxing virtual currencies: an overview of tax treatments and emerging tax policy issues" http://www.oecd.org/tax/tax-policy/taxing-virtual-currencies-an-overview-of-tax- treatments-and-emerging-tax-policy-issues.htm .

[136] Turkey did however make changes to its tax policy, as a consequence of which the tax benefits for players decreased.see http:// vergiport.com/blog/new-regulations-on-the taxation-of-football-players-in Turkey.

[137] See https://www.scmp.com/sport/football/article/3113955/chinese-super-league-tightens-salary-and-spending-rules-warning.

ISSN 2036-7821

who had certain tax incentives in place: Spain. Spain introduced an expatriate regime in 2004, which is often referred to as the Beckham-law.
This regime allowed for the qualification as tax non-resident for football players migrating to Spain and the use of preferential tax rates. As of 2015, the regime can no longer be applied by football players. Countries with specific tax regimes, albeit not applicable to football players: Portugal. Portugal introduced the non-habitual tax resident regime in 2009. This regime amongst others allows skilful workers to benefit from a preferential 20% tax rate on employment income. Albeit regretted in legal doctrine, this highly beneficial tax regime is not open for football players. Countries with no specific tax regimes as already mentioned relates to the german legal order. Germany has no specific income tax regimes in place from which professional football players could benefit.[138]

[138] EU-COM *Taxing professional football in the EU. A comparative and EU analysis of a sector with tax gaps,* , European Parliament, Luxembourg, 2021, p. 59 ff.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

"Comunità amministrata" e danno erariale.

di Massimiliano Atelli

(Professore a contratto a titolo gratuito presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche Contatti dell'Università Alma Mater Studiorum di Bologna)

Sommario

1. Premessa. – 2. L'identificazione della parte lesa riguardo a beni pubblici dati in concessione e non fruibili dagli utenti per colpa del concessionario. – 3. Ente territoriale, "comunità amministrata" e cittadino utente. - 4. "Comunità amministrata" e quantificazione del danno erariale. – 5. Questioni processuali.

Abstract

The broad notion of tax damage also includes the cases in which, due to a culpable behavior of the concessionaire, the community is prevented from using the services that can be provided to it through public assets given in concession.

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Nell'ambito dell'ampia esperienza della responsabilità amministrativa[1], la categoria del danno erariale, da sempre contraddistinta dal principio della atipicità dell'illecito (per assenza di una precisa tassonomia incardinata su un elenco di fattispecie definite dal legislatore), si è andata sviluppando essenzialmente nella pratica giurisprudenziale, che, attraverso un lungo percorso di enucleazione e raffinamento, ha individuato alcune forme di danno in certo qual modo ormai tipizzate. Tutte, certo, accomunate dalla ricorrenza dei tratti necessari per la configurabilità dell'illecito amministrativo, ma, allo stesso tempo, ciascuna distinta da specifiche caratteristiche, che valgono a sancirne una relativa sfera di autonomia tanto sotto il profilo concettuale quanto sotto quello strettamente applicativo.

Non ci si intende qui riferire tanto alle macrocategorie di danno erariale che riflettono profili di carattere strutturale (si pensi al danno diretto o a quello indiretto, o ancora al c.d danno obliquo), laddove l'elemento distintivo finisce per toccare l'assetto stesso del rapporto fra danneggiante e danneggiato (nel primo caso, perché il rapporto si amplia sino a divenire trilaterale; nel secondo, perché il danneggiato non è in rapporto immediato con il danneggiante).

Il riferimento è, piuttosto, a quelle figure di danno erariale che, seppur riconducibili a una stessa macrocategoria (quale, ad es., quella del danno diretto), hanno e rivendicano da tempo contorni autonomi, specie nella elaborazione giurisprudenziale stratificatasi nel corso degli anni, afferendo secondo le corti giudicanti a profili più specifici dell'interesse pubblico leso.

---

[1] La letteratura giuridica in materia è assai ampia. *Ex multis*, A. Alessandri, O. Dominioni, G. Fiandaca, F. Merusi, M. Clarich, *Rapporti civili (Art. 27-28), in AA.VV., Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca ed A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1991; M. Benvenuti, *Art. 28*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, Utet, p. 580 ss.; G. Morbidelli, *La pubblica amministrazione nella Costituzione*, in A. Vignudelli, *Lezioni Magistrali di Diritto Costituzionale*, cit., p. 85 ss., spec. p. 115 ss.; F.G. Scoca, *Sguardo d'insieme sugli aspetti sostanziali e processuali della responsabilità amministrativa*, Padova, 1997, p. 1 ss.; F.G. Scoca, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Milano, 2006, 73 ss.; F.G. Scoca, A.F. Di Sciascio (a cura di), *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, Napoli, Iovene, 2014; G. Caia, *La giurisdizione della Corte dei conti nel sistema amministrativo e della contabilità pubblica*, in *www.giustamm.it*; M.Dugato, *La Corte dei conti giudice dell'erario: la tutela degli interessi finanziari della collettività*., «MUNUS», 2018, 2, p. 607 ss.; P. Maddalena, *La responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici: rapporti con la responsabilità civile e sue peculiarità*, in *Foro it.* , 1979, V, 61 ss.; ID *La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa nell'evoluzione attuale del diritto amministrativo*, ne *Il Consiglio di Stato*, 9/2001, p. 1559; Avallone-Tarullo, *Il giudizio di responsabilità amministrativo-contabile innanzi alla Corte dei conti*, Padova, 2002; P.G.. Bottino, *La responsabilità amministrativa per danno all'erario, in Enciclopedia del diritto*, Annali X, Milano, Giuffrè 2017, p.756 ss; V. Tenore e A. Napoli, *Studio sulla responsabilità amministrativo contabile davanti alla Corte dei Conti*, Roma, 2019; M. Corradino, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2011; F.Garri, *La responsabilità amministrativa*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma , 1991; S.Pilato, *La responsabilità amministrativa. Profili sostanziali e processuali nelle leggi 19/94,20/94 e 639/96*, Padova, Cedam, 1999; F. Cerioni, *La responsabilità patrimoniale dei pubblici dipendenti e le esimenti – le nuove fattispecie di responsabilità erariale emergenti dalla legge 6 novembre 2012, n. 190 e dai decreti attuativi*, in questa Rivista.

ISSN 2036-7821

Da questo punto di vista, fra le altre[2], si è consolidata ormai da anni - nella giurisprudenza della magistratura contabile - una nozione (o forse sarebbe meglio dire una concezione) di danno erariale, c.d. da disservizio, che tende a riferirlo essenzialmente a talune precise fattispecie[3]. Anche questa figura, peraltro, ha finito con il raggruppare più schemi di danno erariale arrecato alla funzione in termini di minore efficacia o economicità, ed è suscettibile di attrarre, oltre ai casi di maggiori risorse spese per conseguire minori risultati nell'espletamento della funzione, o di costi sostenuti per il ripristino della regolarità del servizio o della funzione, ogni altra, anche non implicante una diretta diminuzione delle risorse finanziarie, purché sia comunque tale da incidere sull'efficacia o economicità del servizio o della funzione.

In tale prospettiva, la giurisprudenza ha individuato una serie di figure sintomatiche di danno da disservizio[4].

Sono peraltro rinvenibili, nei repertori di giurisprudenza, anche decisioni contraddistinte da maggiore ampiezza di visione, ad avviso delle quali, in sintesi, l'esistenza di un "danno da disservizio" può anche ravvisarsi in una lesione al patrimonio inteso in senso ampio, come complesso degli interessi pubblici

[2] Si pensi, ad esempio, alla figura del c.d. danno alla concorrenza, laddove l'imputazione si lega all'assenza di procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento dei lavori, del servizio o della fornitura: fra le tante, Corte conti, Sez. II centr. app., 29 gennaio 2019, n. 89 e 29 marzo 2019, n. 99; Sez. giur. reg. Trentino-Alto Adige/Südtirol, Trento, 12 luglio 2018, n. 30, Sez. giur. reg. Lazio, 14 febbraio 2018, n. 83, Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, n. 293/2016; Corte conti, Sez. I centr. app., 21 agosto 2019, n. 175. e Sez. contr. reg. Lazio, 11 gennaio 2019, n. 5. In dottrina, *ex multis*, si v. A.F.Di Sciascio, *Il danno erariale (alla concorrenza): tra sussistenza in re ipsa e parametri presuntivi di riferimento*, in *Riv. Corte dei conti*, 2020, 2, IV, 218 ss.; R. Dipace, *Il danno alla concorrenza tra giudice amministrativo e contabile*, in F.G. Scoca, A.F. Di Sciascio (a cura di), *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 159-172; A. Vetro, *Il c.d. "Danno alla concorrenza" alla luce della più recente giurisprudenza della Corte dei conti*, in www.contabilita-pubblica; L.D'Angelo, *Danno erariale alla concorrenza e figure ''similari''*, in www.altalex.it; A. Bartolini, *La responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori per violazione del diritto comunitario degli appalti*, in G.F. Cartei (a cura di), *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, Napoli, Esi, 2008, p. 161; B. Caravita di Toritto, *La tutela della concorrenza*, in <www.federalismi.it>; G. Corso, *Tutela della Concorrenza*, in G. Corso, V. Lopilato, (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Parte speciale, vol. I, Milano, Giuffré, 2006, pp. 19 e 20; M. D'Alberti, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm*., 3/2004, 705 ss.; ID, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm*. n. 2/2008, p. 297 e ss.

[3] Sul danno da disservizio, la letteratura giuridica non è per vero amplissima: si v. AA.VV., *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa. Atti del Convegno preliminare AIPDA tenutosi nell'Università degli Studi di Bergamo il 7 giugno 2016*, a cura di M.Andreis e R.Morzenti Pellegrini, Torino, Giappicelli, 2016; AA.VV., *Responsabilità della pubblica amministrazione: quale giurisdizione?*, a cura di M.Andreis, Milano, 2010; S. Pilato, *Il danno erariale e il danno da disservizio*, in *Nuove Autonomie*, 2003, p. 483; E. Tomassini, *Il danno da disservizio*, in *Riv. Corte Conti*, 3/2005, p. 334 ss.; D. Buzzanca, *Danno da dissesto, da disservizio e da mancata utilizzazione dei beni*, in *Trattato dei nuovi danni* a cura di P. Cendon, Cedam, Padova, 2011, vol. 6, p.181; N.Ruggiero, *Le fattispecie tipizzate e la responsabilità sanzionatoria*, in *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, a cura di E. Schlitzer e C. Mirabelli, Napoli, 2018, p. 387 ss.; M. Interlandi, *Danno da disservizio e tutela della persona*, Napoli, Esi, 2013.

[4] Per un'ampia ricognizione casistica, M.Nunziata, Azione amministrativa e danno da disservizio. Un'analisi della giurisprudenza. Torino, 2018.

ISSN 2036-7821

dell'amministrazione suscettibili di valutazione economica, anche solo perché incidenti sull'efficace realizzazione dei fini pubblici a cui ineriscono[5] .

2. L'identificazione della parte lesa riguardo a beni pubblici dati in concessione e non fruibili dagli utenti per colpa del concessionario.

Ciò premesso, occorre interrogarsi sul se sia individuabile una ulteriore posta di danno, nell'ambito del c.d. da disservizio, in particolare laddove la mancata realizzazione di lavori previsti su beni di proprietà pubblica (o la violazione di altro impegno comunque assunto da un concessionario di beni pubblici nei confronti dell'amministrazione concedente[6]) comporti - anche – la mancata resa agli utenti, in tutto o in parte, delle utilità ordinariamente ritraibili dai medesimi beni.

E' quanto può accadere, ad esempio, nel caso di concessione di impianti sportivi a soggetti privati da parte di enti pubblici[7] (tema, questo, cui si connette strettamente quello della crescente rilevanza dell'attività sportiva nell'ambito del nostro ordinamento[8]), fattispecie di diffusa ricorrenza specie nelle realtà comunali medio-piccole, in particolare ove radicate in aree a forte vocazione turistica. Non mancano, in questi casi, anche situazioni nelle quali la logica naturale del rapporto concessorio viene distorta e l'interesse (inconfessato e inconfessabile) del concessionario si appunta, essenzialmente, sulla gestione di attività (ad es., di somministrazione di alimenti e bevande o di ristorazione) che dovrebbe avere, *naturaliter*, carattere

[5] Fra le altre, Corte dei conti, Sez. centr. III app., sent. n. 159/2020.

[6] Anche in materia di concessioni amministrative, la letteratura è sterminata. Essenziali, restano G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1958, p. 261; M. D'alberti, voce «*Concessioni amministrative*», in *Enc. giur.*,Roma, 1988, VII, p. 1 ss.; ID, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981; E. Silvestri, voce «*Concessione amministrativa*», in *Enc. Dir.*, Milano, 1961, VIII, p. 370 ss.; D. Sorace e C. Marzuoli, voce «*Concessioni amministrative*», in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989, III, p. 280 ss.; F. Fracchia, voce «*Concessioni amministrative*», in *Enc. dir.*, I, Milano, 2007, p. 263 ss.;

[7] V. C. Mancuso e M. Dugato, *Costruzione e gestione degli impianti sportivi a mezzo di società a capitale pubblico*, in *La realizzazione e la gestione di impianti sportivi comunali*, Rimini, Ed. Maggioli, 2005, p. 197 ss.

[8] In tema, M.S. Giannini, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. Dir. Sport.*, 1949; ID, *Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1996, 671 ss.; C. Franchini, *La rilevanza giuridico-economica delle decisioni dei giudici sportivi*, in *Ordinamento sportivo e calcio professionistico tra diritto ed economia*, a cura di R. Lombardi, S. Rizzello, F.G. Scoca, M.R. Spasiano, Milano, Giuffrè, 2009, p. 91 ss.; M. Salazar, *Giustizia sportiva e principi costituzionali*, in *In Iure praesentia*, Messina, 1994, I, p. 245 ss.; A. Bonomi, *L'ordinamento sportivo e la Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2005, 363; P. Sandulli, *Costituzione e Sport*, in *Riv. Dir. Sport.*, 2018, p. 1 ss.; R. Morzenti Pellegrini, *L'evoluzione dei rapporti tra fenomeno sportivo e ordinamento statale*, Milano 2007; M. Sanino, *Sport*, in *Enc. Giur.*, Vol. XXXII, Roma, 2006; *La giustizia sportiva come riscritta nel 2014*, in AA.VV. (a cura di) R.Garofoli, T.Treu, Treccani. 2015; G. Valori, *Il diritto nello sport*, Torino 2005; V. Sannoner, *La Costituzione italiana e lo sport*, in D.Mastrangelo (a cura di), in *Aspetti giuspubblicistici dello sport*, Bari, 1994, pp. 13 ss.; P.Raimondo, *Elementi di diritto privato sportivo*, 2013. Nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, già con sentenza 25 marzo 1976, n. 57, si è affermato che "lo sport è un'attività umana cui si riconosce un interesse pubblico tale da richiederne la protezione e l'incoraggiamento da parte dello Stato".

ISSN 2036-7821

accessorio e servente[9] rispetto al servizio principale erogato attraverso l'impiantistica data in gestione.

Ciascuno di questi impianti è preordinato, infatti, all'erogazione del servizio pubblico cui è univocamente funzionale. E che di servizio pubblico[10] possa parlarsi, nel caso di simili impianti, trova fondamento nel costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, («*Sul piano oggettivo, per pubblico servizio deve intendersi un'attività economica esercitata per erogare prestazioni volte a soddisfare bisogni collettivi ritenuti indispensabili in un determinato contesto sociale, come nel caso della gestione di impianti sportivi comunali*»[11]), sulla scorta di costante indirizzo secondo il quale "*sono servizi pubblici non solo i servizi specificamente denominati tali dalla legge e riservati ai comuni e*

[9] Il tema della distinzione fra servizi pubblici principali e servizi pubblici aggiuntivi ha impegnato in più occasioni il giudice regolatore della giurisdizione, che da ultimo ha, anche con riguardo ai secondi, dato conferma della soggezione del concessionario alla giurisdizione contabile (persino nella più densa qualità di agente contabile): così, Cass., SS.UU., ord. 20.2.2020, n. 4314, <<*E', infatti, principio consolidato nella giurisprudenza di questa Corte quello secondo cui: "In tema di azione di responsabilità per danno erariale, sussiste il rapporto di servizio, costituente il presupposto per l'attribuzione della controversia alla giurisdizione alla Corte dei conti, allorchè un ente privato esterno all'Amministrazione venga incaricato di svolgere, nell'interesse e con le risorse di quest'ultima, un'attività o un servizio pubblico in sua vece, inserendosi in tal modo nell'apparato organizzativo della P.A, mentre è irrilevante il titolo in base al quale la gestione è svolta, che può consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, in una concessione amministrativa, in un contratto e perfino mancare del tutto, potendo il relativo rapporto modellarsi secondo gli schemi generali previsti e disciplinati dalla legge, ovvero discostarsene in tutto o in parte." (da ultimo, Cass., Sez. Un., n. 21871 del 2019). Principio che riprende quello (enunciato a proposito della vecchia disciplina del giudizio contabile), secondo cui: "Elementi essenziali e sufficienti perchè un soggetto rivesta la qualifica di agente contabile, ai fini della sussistenza della giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità contabile (R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, art. 74 ed R.D. 23 maggio 1924, n. 827, artt. 178 e 610), sono soltanto il carattere pubblico dell'ente per il quale tale soggetto agisca e del denaro o del bene oggetto della sua gestione, mentre resta irrilevante, oltre che l'eventuale assenza, da parte di quel soggetto, di contestazione della responsabilità stessa, il titolo in base al quale la gestione è svolta, che può consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, in una concessione amministrativa, in un contratto e perfino mancare del tutto, potendo il relativo rapporto modellarsi indifferentemente secondo gli schemi generali, previsti e disciplinati dalla legge, ovvero discostarsene in tutto od in parte." (Cass., Sez. Un., (ord.) n. 13330 del 2010).*>>. In dottrina, v. per tutti G.Piperata, *Natura e funzione dei servizi aggiuntivi nei luoghi di cultura (nota a margine dell'ordinanza 27 maggio 2009, n. 12252 della Suprema Corte)*, in AEDON, 2010, n. 1; ID, *Sub art. 117*, in *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. Cammelli, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 469 ss. Si v. anche AA.VV., *Sistemi innovativi di gestione dei beni culturali : modelli e prospettive per lo sviluppo del territorio*, a cura di G. De Giorgi e F. Natale, Lecce, 2008, p. 23 ss.; M. Dugato, *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e servizio privato di utilità sociale*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2008, 1-2, p. 99 ss.

[10] La bibliografia in materia di servizi pubblici è sconfinata. Essenziali sono ancora G. Caia, *I servizi pubblici ("Funzione pubblica e servizio pubblico"; "La disciplina dei servizi pubblici"; "L'organizzazione dei servizi pubblici")*, in *"Diritto amministrativo"*, IV edizione, L. Mazzarolli e altri (a cura di), Bologna, Monduzzi ed., 2005, p. 131 ss.; S. Cattaneo, *Servizi pubblici*, in *Enc. Dir*, XLII, p. 362 ss.; A. Pioggia, *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio*, in *Quaderni del pluralismo*, 1998, p. 175 ss.; G. Corso, *Servizi pubblici e Costituzione*, in G .Marongiu- G.C. Da Martin (a cura di), *Democrazia e amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Milano, Giuffré, 1992 e ID, *La gestione dei servizi fra pubblico e privato*, in AA.VV. *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997, pag. 30 e segg.; F. Merusi, *Servizio pubblico*, in *Noviss. Dig. It*., XVII, p. 217 ss..; U. Potoschnig, *I servizi pubblici*, Padova, Cedam, 1964; D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. Pubbl*., 1999, p. 371 ss.; M.Dugato, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, «MUNUS», 2012, 3, p. 505 ss.

[11] Così, Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 6325/2000; e sez. VI, sent. n. 1514/2001.

ISSN 2036-7821

alle province, ma tutte le attività di produzione di servizi rispondenti a fini di utilità e di promozione sociale. Un centro sportivo strutturato in una piscina, di proprietà comunale, è un bene che per sua natura è destinata ad essere adibita ad un uso pubblico. L'attività ad essa inerente, pertanto, ha tutte le caratteristiche per essere qualificata come un servizio pubblico»[12].

Peraltro, di "*servizi essenziali alla collettività*", con riguardo a quelli erogabili all'utenza attraverso la gestione di impianti sportivi comunali e di strutture e impianti turistico-culturali, parla anche la giurisprudenza contabile[13].

Muovendo da questo assunto, è dunque possibile porsi il tema della qualificazione della mancata resa, in tutto o in parte, del servizio pubblico locale erogabile all'utenza attraverso la gestione di un complesso sportivo affidato da un concedente pubblico ad un concessionario. Più in particolare, l'interrogativo è se una figura come quella del "danno da disservizio" - creata e sviluppata nel presupposto della mancata resa di prestazioni a un avente diritto personificato in uno dei plessi dello Stato-persona – riesca ad adattarsi a schemi nei quali, viceversa, l'elemento centrale stia nella fornitura, alla moltitudine indifferenziata degli utenti, del servizio pubblico erogabile tenendo aperto e funzionante un impianto sportivo di proprietà pubblica.

In senso affermativo, è da dire che sarebbe per vero arduo, già sul piano logico, considerare estranea all'area del danno erariale risarcibile quella mancata resa agli utenti (*rectius*, alla loro moltitudine indifferenziata) delle utilità ordinariamente ritraibili dal complesso sportivo di che trattasi e cioè del servizio pubblico in funzione della quale unicamente la gestione del centro sportivo è stata affidata dall'ente locale[14]. Del resto, in giurisprudenza è da tempo acquisito il punto per cui lo svolgimento effettivo della concessione assicura un "*congruo corrispettivo per la parte pubblica*"[15], consistente nei servizi e nell'attività di utilità pubblica che viene erogata

[12] Così, Cons. Stato sez.V, sent. n. 4265/2008.

[13] Così, da ultimo, Corte dei conti, Sez. giur. Piemonte, sent. n. 65/2019.

[14] V. anche Corte dei conti, sez. giur. Sardegna, sent. n. 647/2005, ove si fa riferimento al "vantaggio" inteso non solo come entità pecuniaria, ma anche come migliori servizi o beni acquisiti. In dottrina, avendo riguardo in particolare all'angolazione prospettica dei servizi pubblici erogati a mezzo di società partecipate, A. Montesano Cancellara, *Il riparto di giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori delle società*, in www.moltocomuni.it..

[15] Parte della giurisprudenza dà un'interpretazione estensiva del principio di redditività dei beni pubblici, osservando che – in quanto enti a fini generali – gli enti locali non possano avere come unico obiettivo quello dell'interesse economico in senso stretto, ma devono orientarsi allo sviluppo della comunità amministrata: "*in linea generale sono ammesse deroghe (come sarebbe per l'ipotesi del comodato ad uso gratuito), ove venga perseguito un interesse pubblico equivalente o addirittura superiore rispetto a quello che viene raggiunto mediante lo sfruttamento economico dei beni*" (Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per il Molise, Deliberazione n. 1/2015/PAR e Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Sardegna, sent. n. 234/2013).

In particolare, "*la concessione in comodato di beni di proprietà dell'ente locale è da ritenersi ammissibile nei casi in cui sia perseguito un effettivo interesse pubblico equivalente o addirittura superiore rispetto a quello meramente economico ovvero nei casi in cui non sia rinvenibile alcun scopo di lucro nell'attività concretamente svolta dal soggetto utilizzatore di tali beni*" (Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 172/2014/PAR).

ISSN 2036-7821

dal concessionario, oltre a "*obblighi di gestione e di manutenzione ordinaria e straordinaria dell'immobile sicuramente comportanti oneri quantificabili anche monetariamente*"[16].
Ciò che nella specie evidentemente può assumere rilievo, nella prospettiva del danno erariale, non è la mancata fruizione individuale dell'impianto sportivo volta per volta, bensì l'impossibilità della sua fruizione da parte della moltitudine indifferenziata degli utenti per le utilità da esso ordinariamente ritraibili. In discussione, in buona sostanza, è la configurabilità di un danno di cui non risente direttamente l'ente pubblico concedente in quanto tale, bensì quel cittadino-utente che è il primo e naturale destinatario dei servizi pubblici erogati (anche indirettamente, cioè a mezzo di un concessionario) dall'amministrazione locale[17].

3. Ente territoriale, "comunità amministrata" e cittadino utente.
Figurativamente, l'idealtipo del cittadino-utente si riassume (e allo stesso si pluralizza) in quella "*comunità amministrata*" – quale soggetto legittimato a richiedere alla PA (per il tramite del concessionario) l'erogazione del servizio – che "*assume un ruolo autonomo e quasi assorbente della posizione dell'ente esponenziale danneggiato: è la comunità di riferimento dell'ente esponenziale, infatti, che fornisce le risorse per l'erogazione dei servizi e per questo - in ultima analisi - sia subisce gli effetti patrimoniali negativi delle condotte dannose, sia beneficia degli eventuali "vantaggi" conseguenti al "comportamento degli amministratori o dei dipendenti pubblici soggetti al giudizio di responsabilità*"[18].
La possibilità di impiego della categoria (concettuale ed empirica, allo stesso tempo) della "*comunità amministrata*" trova come noto un saldo ancoraggio, dal punto di

---

Secondo la Sezione regionale di controllo per il Veneto (Deliberazione n. 716/2012/PAR), una deroga al principio di redditività dei beni pubblici è ammissibile solo se giustificata "*dall'assenza di scopo di lucro dell'attività concretamente svolta dal soggetto destinatario di tali beni. (...) la sussistenza o meno dello scopo di lucro, inteso come attitudine a conseguire un potenziale profitto d'impresa, va accertata in concreto, verificando non solo lo scopo o le finalità perseguite dall'operatore, ma anche e soprattutto le modalità concrete con le quali viene svolta l'attività che coinvolge l'utilizzo del bene pubblico messo a disposizione*".

Di contro, va posto in evidenza che TAR Puglia-Lecce, sent. n. 737/2018, ha sancito che, poiché la legge non prevede a carico degli operatori alcun corrispettivo da versarsi nelle casse comunali per la realizzazione di un impianto da fonte rinnovabile, sono da ritenersi illegittime le pretese avanzate dai Comuni sotto forma dei cd. "canoni di concessione", in assenza di alcuna concessione di bene o servizi. L'attività dei Comuni deve infatti essere ispirata ai principi di legalità, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) ed improntata a favorire gli interessi della comunità amministrata ed a promuoverne lo sviluppo (art. 3, co.2, d.lgs n. 267 del 2000) e non certo può essere oggetto di "remunerazione", o di "pretesa di denaro" a cui condizionare l'espressione del parere favorevole alla realizzazione ed all'esercizio dell'impianto.

[16] Sez. giur. Sardegna, sent. n. 243/2013 e Sez. giur. Veneto, sent. n. 323/2009.

[17] Si v. Corte dei conti, sez. III centr. app., sent. n. 79/2021, ove si fa riferimento alla circostanza "*che la comunità amministrata avrebbe percepito nel tempo un'utilità per i venti anni nei quali sarebbe rimasto il vincolo di destinazione impresso all'immobile, il cui valore finanziario annuo può pertanto stimarsi – ai sensi dell'art. 1226 c.c. – in una quota annuale pari ad euro 89.510,48 (euro 1.790.209,68 : 20 anni = euro 89.510,48)*", elevando a danno l'improduttività dell'impiego di risorse pubbliche che invece "*avrebbe dovuto determinare l'utilità per la comunità di avere un "Centro di documentazione del Parco Fiume Tevere" e connessi servizi ricettivi, ricreativi e culturali, per venti anni….*".

[18] M.Smiroldo, *La dimensione di lesività del danno erariale nell'attuale dibattito sulla responsabilità amministrativa*, in *Atti dell'incontro di studi in memoria di Francesco Garri*, Roma, 2021, p. 21.

ISSN 2036-7821

vista giuscontabile, nell'art. 1, comma 1-bis, della legge 14 gennaio 1994, n. 20[19], come successivamente modificato dall'art. 17, comma 30-quater, della legge 3 agosto 2009, n. 102. E' questa norma, infatti, che impone alla Corte dei conti di tener conto, nella determinazione finale del quantum risarcibile, dei "*vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione di appartenenza, o da altra amministrazione, o dalla comunità amministrata*"[20].

Si tratta, come risulta evidente, di una categoria concettuale destinata a spiegare effetto in senso riduttivo o perfino escludente della responsabilità, ove ricorrano date circostanze. E tuttavia appare palese che se la "comunità amministrata" – perfino in alternativa ad un'amministrazione personificata – può ex lege entrare nel complesso congegno dosimetrico del giudizio di responsabilità amministrativa, qualora abbia ricavato un "vantaggio" da dati accadimenti imputabili o riconducibili a chi sia per altre ragioni sotto processo dinanzi alle corti giudicanti contabili, non è possibile eludere l'interrogativo sul se la medesima "comunità amministrata" possa - simmetricamente - avere un ruolo, nell'ambito di quel medesimo congegno, anche ove assuma la diversa veste di parte (in qualche modo, e immediatamente) lesa.

---

[19] Per una compiuta analisi della norma, C. Pinotti, *L'obbligo di tenere conto dei vantaggi conseguiti dall'amministrazione e dalla collettività amministrata*, in *Atti del Seminario su: Controllo e giurisdizione dopo la legge 20 dicembre 1996, n. 639,* in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 1997, p. 184 ss. Secondo A. Vetro (*La compensatio lucri cum damno in diritto privato: applicazione del principio della compensazione nei giudizi amministrativi e contabili*, in www.lexitalia.it), la norma non brilla per chiarezza, specie per l'indeterminatezza dell'ambito applicativo e dei parametri di riferimento, e, per quanto qui interessa, "*appare arduo comprendere quali siano i vantaggi alla "comunità amministrata" cui la norma intenda riferirsi, anche perché esistono, non una, ma numerose categorie di comunità, unite dai più disparati interessi, di natura economica, religiosa, politica, linguistica, ideologica ecc.*".

[20] Sulla portata dispositiva di questa norma si sono di recente pronunciate le SSRR della Corte dei conti (n. 24/2020/QM/SEZ), affermando che "*il principio della "compensatio" trova origine nell'art. 1223 c.c., alla luce del quale il risarcimento del danno illecito ha la funzione di porre il patrimonio del danneggiato nello stesso stato in cui si sarebbe trovato senza l'evento lesivo e, quindi, trova presupposto e limite nell'effettiva perdita subita da quel patrimonio in conseguenza del fatto stesso (Cass. Civ., sez. III, 3 giugno 1977 n. 2268 e 7 febbraio 1996, n. 978). Una prima linea di pensiero, assumendo che la disposizione regolante la responsabilità amministrativa non si discosti in modo significativo dalla disciplina civilistica della compensatio lucri cum damno, ricava dalla piana applicazione dell'art. 1223 c.c. la necessità che "danno e vantaggio siano entrambi conseguenza immediata e diretta del comportamento (…) quali suoi effetti contrapposti".*

Il secondo e divergente orientamento sottolinea che il comma 1 bis. cit., prescrive letteralmente di tener conto dei vantaggi "comunque" prodotti dal comportamento dei funzionari, non soltanto a beneficio dell'ente collegato dal rapporto di servizio, bensì a favore di ogni amministrazione e, ancor più estensivamente, dell'intera "comunità amministrata".

Al cospetto di queste evidenze testuali, si è argomentato che la disciplina pubblicistica collimi solo parzialmente con quella privatistica della compensatio e si è sostenuto che la previsione dell'art. 1 c. 1 bis debba essere "intesa con tratti assolutamente peculiari, non potendosi prescindere, nell'applicazione della norma in esame, dalla pluralità di interessi che notoriamente confluiscono in ogni azione amministrativa".

Secondo questa visuale, la norma di riferimento, più che introdurre nel nuovo regime della responsabilità amministrativa tout court il principio della compensatio lucri cum damno, riconosce la complessità degli interessi e dei fini perseguibili con l'attività amministrativa, imponendo al Giudice contabile di valutare, nei termini più ampi possibili ("comunque"), l'utilitas conseguita; in tale prospettiva, acquistano rilevanza gli interessi rispondenti alle esigenze ed alle finalità dell'Amministrazione o della collettività nell'ottica dei più generali fini dell'Amministrazione stessa correlati all'utile collettivo.".

ISSN 2036-7821

E' da dire che anche in giurisprudenza (nelle decisioni più recenti, si parla ad esempio di "*…sussistenza di vantaggi per l'amministrazione di appartenenza o per altre amministrazioni o, ancora, per la comunità amministrata, derivata dalla condotta lesiva del convenuto.*"[21]), si è colto il significato autonomo dell'espressione "*comunità amministrata*" rispetto alle altre due categorie personificate indicate nella medesima disposizione, e tuttavia si scorge ancora una certa ritrosia del giudice contabile a trarne le naturali conseguenze in punto di riconoscimento di poste di danno che abbiano come riferimento, dal punto di vista della c.d. parte lesa effettiva, una moltitudine indifferenziata di utenti di un servizio pubblico da erogarsi direttamente o anche, per quanto qui interessa, indirettamente, dall'amministrazione.
La cosa è per certi versi comprensibile, perché diversamente da un'amministrazione pubblica specificamente identificata (che attraverso la sua personificazione può essere parte in senso proprio di un rapporto sinallagmatico contrassegnato da coordinate economiche ben definite), la stessa nozione di "*comunità amministrata*" ha in effetti contorni un po' sfuggenti, rendendo ad esempio di controvertibile portata – per la possibile ampia variabilità, da caso a caso - il bacino di utenza da considerare, il che può avere intuitive conseguenze anche sui criteri di quantificazione del danno da risarcire[22]. Non soltanto, per vero, in senso ampliativo, cioè incrementale rispetto alla platea specifica rappresentata dalla popolazione residente, ma in ipotesi anche in senso inverso, laddove si tratti di un servizio pubblico per sua natura a base ristretta di utenti o con caratteristiche peculiari (stagionalità, caratterizzazione turistica, etc.).
E tuttavia appare ciononostante evidente, per ragioni elementari di ordine logico, che una opzione interpretativa è sicuramente da escludere, vale a dire quella portata a identificare questa comunità amministrata con un ambito di rappresentatività corrispondente a differenti livelli di governo. Non vi sono infatti ragioni per ritenere che nelle espressioni "amministrazione di appartenenza" o "altra amministrazione" si debba necessariamente vedere un riferimento ad amministrazioni centrali, mentre nell'espressione "comunità amministrata" si debba vedere invece il riferimento ad amministrazioni territoriali.
Al contrario, il deliberato utilizzo da parte del legislatore di una espressione chiaramente depersonificante appare spiegabile solo in una logica, all'evidenza ispirata al principio del *favor rei*, preordinata all'ammissione di tecniche di implementazione dell'*utilitas* pubblica dalle coordinate più ampie rispetto a quelle tradizionali. E tuttavia non appare seriamente pensabile che, una volta valorizzata questa entità non personificata in funzione della possibile riduzione o elisione di

[21] Così, Sez. giur. regione siciliana, sent. n. 164/2020.
[22] Nell'ipotesi, ad esempio, di un impianto sportivo sito in un Comune di dimensioni medio-piccole a forte vocazione turistica stagionale, vi è la possibilità che la nozione di comunità amministrata si debba ragionevolmente allargare anche all'ampia fascia di presenze (costituite evidentemente da non residenti) riscontrabili nella sola stagione di maggiore afflusso.

ISSN 2036-7821

responsabilità amministrative contestate a singoli, ciò possa rimanere senza alcun effetto agli opposti fini della stessa configurabilità come illecito amministrativo di condotte ridondanti a pregiudizio di quella medesima entità.
Da questo punto di vista, l'introduzione nel tessuto normativo dell'espressione "*comunità amministrata*" dà, quindi, l'impressione di poter essere una via di ingresso, all'interno del complesso congegno del giudizio per danno erariale (al di là degli aspetti, legificati, di carattere dosimetrico), per quella generale categoria degli interessi adespoti[23] intorno alla quale per lungo tempo la dottrina più sensibile si è applicata alla ricerca di un percorso utile[24].
In questa direzione, allargando il campo visivo, si scorge, nella valorizzazione legislativa del riferimento alla "comunità amministrata", un riflesso e un'eco della teorica generale dello Stato-comunità (quale entità distinta dallo Stato-apparato)[25], che fonda un'idea di cittadinanza amministrativa come cittadinanza attiva[26], trovando tuttavia occasione di evidenza per l'interesse popolare che vi è sotteso nel solo momento, post-patologico, dell'emersione di effetti utili inattesi da computare in riduzione dell'entità del danno erariale prodottosi. Detta comunità assume dunque piena rilevanza giuridica, agli specifici fini anzidetti, ma non ha e non è "potere".

4. "Comunità amministrata" e quantificazione del danno.

[23] Sugli interessi adespoti, v. fra gli altri S.Pugliatti, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, Milano, XII, 1964, p. 696 ss.; R. Ferrara, *Interessi collettivi e diffusi*, in *Dig. pub.*, VIII, Torino, 1993, p. 482 ss.; G. Alpa, *Interessi diffusi*, in *Dig. civ.*, IX, Torino, p. 611 ss.; AA.VV., *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Padova, 1976; AA.VV., *Rilevanza e tutela degli interessi diffusi: modi e forme di individuazione e protezione degli interessi della collettività*, Milano, 1978; L.Paladin., *Azione popolare*, in *Nss. D. I.*, II, Torino, 1958, p. 91 ss.; S.Cassese, *Gli interessi diffusi e la loro tutela*, in Lanfranchi, L. (a cura di), *La tutela degli interessi collettivi e diffusi*, Torino, 2003, p. 569 ss.; M.Nigro., *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, V, p. 9 ss.; Berti, G., *Il giudizio amministrativo e l'interesse diffuso*, in *Jus*, 1982, p. 68 ss.; Id., *Interessi senza struttura (i cd. interessi diffusi)*, in AA.VV., *Studi in onore di A. Amorth*, I, Milano, 1982, p. 80 ss.; V.Spagnuolo Vigorita, *Interesse pubblico e azione popolare nella "legge ponte" per l'urbanistica*, in *Riv. giur. edil.*, 1967, II, p. 387 ss.; P.Maddalena, *Giurisdizione contabile e tutela degli interessi diffusi*, in Cons. St., 1982, p. 291 ss.; B.Caravita., *Interessi diffusi e collettivi*, in *Dir. soc.*, 1982, p. 187 ss.; R. Lombardi, *La tutela delle posizioni meta-individuali nel processo amministrativo*, Torino, 2008; R. Villata, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 202 ss.

[24] Del resto, anche altri frammenti del sistema ordinamentale restituiscono la sensazione di un legislatore sempre più attento ad attribuire spazi di rilevanza inediti ai cittadini. Basti pensare, in tema di partecipate, all'art. 5, c. 2, secondo periodo, del D.lgs. n. 175/2016 ("Gli enti locali sottopongono lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate"), che concerne ogni atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche nei casi di cui all'art. 17, o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite. Per ciascuno di essi, non basta dunque che venga assolto il penetrante obbligo di motivazione analitica di cui alla medesima norma, ma occorre altresì (il predicato è declinato all'indicativo) un momento di espressione del giudizio popolare.

[25] Per tutti, V.Crisafulli, *Stato e popolo nella Costituzione italiana*, in *Studi sulla Costituzione*, II, Milano, 1958, 141 s.

[26] Si v. R. Cavallo Perin, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, fasc.1, 2004, pag. 201 ss. e C.E. Gallo, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa, Intervento al Convegno Privati e pubblica amministrazione*, Torino, luglio 2002, in *Dir. amm.*, 2002, 487.

ISSN 2036-7821

Tutto ciò premesso, resta, certo, il tema della prova della particolare forma di danno qui trattata, riconducibile, per macrocategorie, all'area dell'illecito amministrativo da disservizio.

Al riguardo, con riferimento al danno da disservizio in generale, è noto che secondo la giurisprudenza contabile esso "*non può fondarsi su prove presuntive o indiziarie poichè deve costituire un pregiudizio economico certo nell'an, e deve essere fornita prova, da parte del P.M.*," che il perseguimento di fini diversi da quelli istituzionali abbia comportato una lesione al patrimonio inteso in senso ampio, come complesso degli interessi pubblici dell'amministrazione suscettibili di valutazione economica, anche solo perché incidenti sull'efficace realizzazione dei fini pubblici a cui ineriscono[27].

In questo senso, le corti giudicanti hanno anche puntualizzato che ai fini della prova del disservizio "*occorre tener conto in concreto, da un lato, dell'inadempienza della prestazione gravante sul presunto responsabile e, dall'altro, dell'incidenza di detta omissione sull'organizzazione amministrativa che si manifesti con l'alterazione del suo ordinato sviluppo. Qualora provata, infatti, la disfunzione organizzativa che si viene a determinare non ricade solo sull'apparato amministrativo, ma sull'intera collettività cui l'amministrazione eroga i propri servizi.*"[28].

Il che è quanto può accadere, ad esempio, laddove dalla mancata realizzazione delle migliorie da apportare per contratto (con oneri a carico del gestore) all'impianto dato in concessione, derivi, a discapito della comunità indifferenziata dei corrispondenti utenti cui quel servizio pubblico è destinato, la ritrazione di utilità – in termini di servizio pubblico reso – inferiori a quelle che si sarebbero potute ordinariamente ritrarre ove le migliorie fossero state invece apportate, appare in re ipsa. *A fortiori* se, piuttosto che di semplici migliorie, si trattasse di interventi essenziali per consentirne, legalmente, la stessa apertura e, con essa, la fruizione da parte del pubblico.

Ciò detto, riguardo alla quantificazione della specifica posta di danno da disservizio qui dedotta, per come sopra specificamente individuata, atteso che la costante giurisprudenza di questa Corte è orientata nel senso che il danno da disservizio consiste nell'effetto dannoso causato all'organizzazione e allo svolgimento dell'attività allorquando l'azione dell'agente pubblico non raggiunge, sotto il profilo qualitativo, quelle utilità ordinariamente ritraibili dall'impiego di determinate risorse, così da determinare uno spreco delle stesse[29], appare necessario far ricorso al consentito criterio equitativo[30]. Assumendo, come punto di riferimento per la quantificazione estimatoria di questa (come sopra circostanziata) posta di danno,

[27] Corte dei conti, Sez. centr. III app, sent. n. 159/2020.

[28] Sez. giur. Piemonte, sent. n. 8/2021, ma v. anche – riguardo al riferimento alla collettività in alternativa all'amministrazione di appartenenza - Sez. centr. II app., sent. n. 296/2019.

[29] Corte dei conti, Sez. centr. III app., sent. nn. 301/2017 e 21/2017.

[30] Cfr. Corte dei conti sez. III centr. app., sent. n. 79/2021.

ISSN 2036-7821

l'entità degli investimenti previsti dall'offerta tecnica avanzata dall'aspirante concessionario in funzione degli impegni poi effettivamente assunti in sede di assentimento della concessione.

5. Questioni processuali.

Si pone, infine, la questione – non meno delicata - della azionabilità della peculiare forma di danno qui disaminata, anche dal punto di vista delle vigenti coordinate prescrizionali.

Prima ancora, è però da dire che la non personificabilità della "comunità amministrata" ne rende anzitutto strutturalmente impossibile la presenza nel giudizio di responsabilità amministrativa, anche come semplice interventore[31]. Attesa la non configurabilità di un ente esponenziale di una moltitudine indifferenziata di fruitori di servizi pubblici erogati a mezzo di concessionario, per un verso, e, per altro verso, la mancata previsione espressa di una legittimazione ad causam come entità non personificata, per immediato riflesso non potrà esservi – in capo a detta comunità - alcuna pretesa processualmente azionabile [32]. Si scorge, più propriamente, nel vantaggio eventualmente arrecato alla "comunità amministrata", il riflesso o, se si preferisce, l'eco della presenza di un interesse diffuso, e come tale adespota[33].

Anche in questa prospettiva, ad ogni modo, va evidenziato che la categoria generale degli interessi adespoti, pur quando abbia un identico punto di caduta materiale, tende più spesso a svilupparsi per cerchi concentrici, come del resto non ha mancato di sottolineare la giurisprudenza più attenta ("*il "vantaggio" – inteso, non solo come entità pecuniaria, ma anche come migliori servizi o beni acquisiti – è circoscritto alla "collettività amministrata" e non esteso alla collettività indifferenziata dei cittadini.*") [34].

Se questo è vero, non va trascurato, però, il significato sottinteso all'aggettivazione "amministrata" adoperata dal legislatore, nel senso che l'azionabilità da parte delle

[31] Premesso che l''intervento di terzi nel giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti è stato ammesso sin dall'art. 47 R.D. n. 1038/1933 ("Chiunque abbia interesse nella controversia può intervenire in causa con atto notificato alle parti e depositato nella segreteria della Sezione"), è da dire, in riferimento ai casi di intervento volontario, che la giurisprudenza contabile ha più volte chiarito che vanno ritenuti generalmente inammissibili sia l'intervento adesivo principale da parte dell'Ente di appartenenza del convenuto (che cioè pretenda di escludere una concorrente responsabilità con l'agente), sia l'intervento adesivo autonomo (Sez. II, n. 164/1992), nella considerazione che in tali casi si introdurrebbe un elemento nuovo nel giudizio. È stato, invece, ritenuto ammissibile l'intervento adesivo dipendente, giacché esso non amplia il "thema decidendum (*ex multis*, v. Sez. giur. Lombardia, sent. n. 426/2012), in presenza di un interesse qualificato e concreto.

[32] In tema, P. Santoro, *Gli interessi adespoti dal giudice delle leggi ai giudici contabili*, in http://www.giuristidiamministrazione.com.

[33] Per P. Santoro, cit., "L'interesse diffuso si coglie solo nell'appartenenza dell'individuo a un gruppo, e non in relazione all'individuo in sé, singolarmente considerato con la conseguenza che esso è adespota, perché non è qualificato sulla base dei requisiti di appartenenza al gruppo, né trae forza dal gruppo, eppure solo nel gruppo esso si può individuare, e perciò vive allo stato fluido e magmatico all'interno della collettività e, quindi, quasi per definizione, è pre-giuridico e, come tale, non tutelabile in sede giurisdizionale.".

[34] Corte dei conti, sez. giur. Sardegna, sent. n. 647/2005, cit.

ISSN 2036-7821

procure erariali, nel giudizio di responsabilità amministrativa, della pretesa nei confronti del concessionario, potrà ridondare a vantaggio, sul piano risarcitorio, unicamente dell'ente pubblico concedente, in quanto ente pubblico che "amministra" le risorse (per restare all'esempio fatto, l'impianto sportivo) attraverso cui il servizio pubblico è erogabile a una moltitudine indifferenziata di utenti. Nelle situazioni di cui si discorre, infatti, alla luce della espressione utilizzata dal legislatore non può non esservi un ente pubblico amministrante il bene dato in concessione, nella qualità di soggetto concedente.

Questo aspetto introdurrebbe un elemento di innovazione all'interno del sistema della responsabilità amministrativa, finendo con l'individuare una serie di fattispecie nelle quali - se resta ferma, anche agli effetti processuali, la identificabilità in un organo dello Stato-persona dell'avente diritto al risarcimento (ove riconosciuto dal collegio giudicante) - a questo piano si aggiungerebbe però quello, distinto, della cosiddetta parte lesa, che diversamente dalla generalità degli altri casi sarebbe qui rappresentata non da una (assolutamente) generica moltitudine indifferenziata dei cittadini, ma da una parte più ristretta di essi, identificabile attraverso un criterio discretivo più puntuale.

Quanto agli aspetti più strettamente processuali, e ai profili prescrizionali in particolare, nella giurisprudenza più recente è stato osservato che "*la lesione patrimoniale conseguente al mancato uso di un bene idoneo ha certamente il suo esordio sin dal momento in cui il bene è disponibile per l'uso per il quale è stato realizzato (….), ma manca l'effettività della sua destinazione. Ma, oltre a ciò, occorre anche considerare che il valore patrimoniale perduto che consegue al suo mancato utilizzo, e quindi il mancato verificarsi delle utilità che si sarebbero dovute conseguire nel tempo per il mezzo delle risorse finanziarie impiegate, permane fintantochè il bene non venga effettivamente destinato alle finalità per le quali era stato restaurato*…."[35].

In simili situazioni, sempre ad avviso di questo orientamento, "*viene quindi in rilievo un'ipotesi di danno permanente, nell'ambito della quale la verificazione dell'evento lesivo si protrae in ogni momento della durata del danno e della condotta che lo produce; è, infatti, il perdurare della mancata destinazione dell'immobile, e quindi della condotta violativa degli obblighi di servizio imposti dal programma del finanziamento, che determina il perdurare della perdita di valore delle somme impiegate inutilmente che concretizza il danno erariale*.".

Da qui, la conclusione nel senso che, in punto di prescrizione, "*in ipotesi di illecito permanente, protraendosi la verificazione dell'evento per la durata del danno e della condotta che lo produce, essa ricomincia ogni giorno successivo a quello in cui il danno si è manifestato per la prima volta, fino alla cessazione della predetta condotta dannosa, sicché il diritto al risarcimento sorge in modo continuo via via che il danno si produce e si verifica, e in modo*

[35] Nuovamente, Corte dei conti sez. III centr. app., sent. n. 79/2021.

ISSN 2036-7821

continuo si prescrive se non esercitato entro cinque anni dal momento in cui si realizza (SU 23763 del 2011; Sez. III, 3314 del 2020)."[36].

Si tratta di una impostazione pretoria che appare per vero condivisibile, atteso che l'assenza di fruibilità (o la più ridotta fruibilità dell'impianto), per gli utenti del servizio pubblico erogabile per il tramite di esso, rappresenta certamente un costante fattore di inammissibile improduttività o sottoproduttività del bene pubblico dato in concessione. Insuscettibile, come tale, di storicizzarsi (esaurendovisi) in un momento puntuale, cioè di eternarsi – sul piano prescrizionale, con ciò che ne consegue[37] - come evento congiunturale circoscritto ad un dato singolo istante.

Agli effetti processuali, ne consegue pertanto la permanenza del danno erariale derivante dal deficit funzionale colpevolmente (quando, s'intende, ricorrano i presupposti per l'imputabilità almeno a titolo di colpa grave, a normativa vigente) attribuibile al concessionario, in punto di mancanza o ridotta fruibilità, da parte della moltitudine indifferenziata degli utenti, dei servizi che attraverso il bene dato in gestione il concedente intendeva erogare in via indiretta.

[36] Ancora Corte dei conti sez. III centr. app., sent. n. 79/2021, ove si evidenzia fra l'altro che "*In un caso analogo, del resto, Sez. II n. 73 del 2020 ha avuto modo di affermare che "il risarcimento può essere chiesto giorno per giorno dalla data di inizio della inutilizzazione connessa a condotte gravemente colpose e rimane colpito dalla prescrizione per il periodo anteriore al quinquennio precedente alla proposizione dell'atto interruttivo della prescrizione. In tal senso milita la giurisprudenza contabile secondo cui, in caso di mancata utilizzazione di un bene, "se tale preclusione di utilizzo deriva da inerzie e omissioni nel suo iter di completamento, ancora in corso, e non v'è alcuna certezza sul fatto che il bene non potrà più essere reso fruibile dalla comunità amministrata, il danno non è affatto correlato ai pagamenti già effettuati, ma deriva proprio da tali condotte - anche successive ai pagamenti - omissive o comunque inadeguate a realizzare il fine del completamento dell'opera pubblica, e sorge e matura nella sua certezza, concretezza e attualità man mano che tale condotta viene perpetrata nel tempo" (Corte dei conti, Sez. III, 14 maggio 2014, n. 295)*".

[37] V. anche V.Tenore, La responsabilità amministrativo-contabile. Profili sostanziali, in AA.VV., La nuova Corte dei conti, Responsabilità, pensioni, controlli, a cura di V. tenore, Milano, 2018, p. 395 ss.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Sports facilities taxation : Italian legislation and proposals of reform under an European approach.

di Giuliana Michela Cartanese

(Avvocato)

Summary

1. Introductive aspects. – 1.1 Sport and sport facilities. – 1.2 The exemption of the rental of immovable property for VAT purposes between European and national jurisprudence. – 1.3 The application of the reduced VAT rate in the construction of neighbourhood sports facilities as secondary urbanization works. - 2. Derogations from the State aid framework for the construction and maintenance of sports infrastructure. – 3. The exemption of sports facilities for the purposes of municipal taxation on buildings. – 3.1 Exemption from municipal tax on advertising and public billboard entitlement for advertising carried out in installations. – 3.2 New preliminary aspects concerning the Italian Sport´s reform. - 4. Legal form of sports bodies. – 5. Sports facilities. – 6. The relationship with the Third Sector Code. – 7. Taxation of Third Sector Entities. – 8. A brief overview to Europe. VAT in sport: European law. – 9. Conclusion.

Abstract

The paper analyses the Italian sport facilities taxation with a general overview of the European economy system and offers suggestions with regard of taxation proposals embracing a common European approach. A brief introduction into the German Federal System concerning the taxation of sport facilities will be highlighted. Furthermore the European relevance concerning the important function of sport should be strengthened at European level.

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

ISSN 2036-7821

1. Introductive aspects.

Sport is a large and fast-growing sector of the economy that already accounts for more than 2% of Europe's total Gross domestic product (GDP) and almost 3% of employment in the European Union (EU). Within the sports economy, football, as the world's leading, most commercialised, and mediatised sport, takes the most prominent place and continuous to grow. In Europe, football's key actors are active on the EU internal market. The internal market and the Treaty freedoms require levelled regulatory and supervisory fields for professional football's actors. In practice, however, regulatory, and supervisory playing fields in professional football are unlevelled. As regards professional football clubs and football agents, the rules to approach the internal market and to provide their respective services within the internal market, as well as supervisory practices, can differ from Member State to Member State, arguably hindering access to the internal market dependent on the place of entry, and thereby hindering the establishment and functioning of a true internal market. To address this issue, it is advocated that the legislator should level the regulatory and supervisory playing field and introduce uniform harmonised high-standard good governance rules for football agents and professional football clubs, through a EU license system (including anti-money laundering legislation), in addition to an adequate monitoring system and appropriate sanctions in case of non-compliance. Also, the tax and social security treatment of professional football players' remuneration contributes to unlevelled playing fields in Europe: throughout the EU there are various approaches towards the taxation and social security position of professional football. Nevertheless, a common thread, that becomes apparent throughout this study, is that all in scope countries are united in diversity, whilst pursuing a common aim: Member States take a different approach to players 'taxation, but most realise the importance of an attractive tax regime for a continuously growing industry.

1.1 Sport and sport facilities.

The report in concern has been presented at the conference "public policies in Europe in the field of Sport and sports facilities", held in Rome, University of Rome Foro Italico, on 3 October 2014. The action plan includes, among other proposals, the development of guidelines on physical activity and the creation of a European network for the promotion of sport as a health benefit; greater coordination of the fight against doping at European level; the attribution of a European label to schools encouraging the practice of physical activities; the launch of a study on volunteering in sport; improving social inclusion and integration through sport through European programmes and funds; promoting the exchange of information, experience and good practices on the prevention of racist and violent incidents between repressive services and sports organisations; strengthening the use of sport as an instrument of

European development policy; the creation of statistics to quantify the economic impact of sport; the carrying out of a study on the public and private financing of sport; an impact assessment on the activities of players' agents and an assessment of the added value of possible Community intervention in this field; better structuring of the dialogue on sport at Community level, in particular through the organisation of an annual forum on sport; stepping up intergovernmental cooperation on sport; promoting the creation of social dialogue committees in the field of sport and support for employers and employees. As you know, sport as a human practice exercised for pleasure, health, competitive and professional educational purposes, is a particularly important economic sector, producing more than 2% of the European Union's gross domestic product and employing more than 7 million professional figures (3.5% of total employment). Starting from this premise, the European Commission (document of 19 April 2014) has identified some concrete actions to be implemented to promote the use of sport practices sports also through financial and tax measures through which to promote the construction of sports facilities and guarantee access and social use. The need, long felt and taken up by the recent European Union document, to define a sort of decalogue of incentive measures for sports infrastructure and for the promotion of physical activities, is still unmet. More than in other areas, the fiscal discipline in the field of sports facilities and organization appears very fragmentary and above all devoid of a coherent inspiring design. The attempt at analysis, which is being conducted here, fully highlights the inability of Community and internal legislation to deal with the various issues that are gathering in the matter between value added taxation and local taxation. Nevertheless, the effort made can offer interpretative solutions pending a more mature awareness of the promotional function that tax legislation can perform.

1.2 The exemption of the rental of immovable property for VAT purposes between European and national jurisprudence.

Among the provisions, also sectoral, favourable in terms of spaces to encourage and allow the practice of sports, we must recall those dictated by the European directives on VAT concerning the exclusion from application in case of lease. In this regard, it should be noted that the tax treatment of the rental of immovable property for VAT purposes has been repeatedly brought to the attention of the European courts in order to establish, through the reference for a preliminary ruling to the EU Court of Justice, a common and uniform interpretation of the applicable provisions. More specifically, the requests for a preliminary ruling referred for a preliminary ruling concern the interpretation of art. Article 13(B)(b) of the Sixth Directive 77/388/EEC on the harmonisation of the laws of the Member States relating to turnover taxes – Common system of value added tax: uniform basis of assessment subsequently replaced by Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax. Under

ISSN 2036-7821

this provision, Member States exempt from VAT "the rental and rental of immovable property", under the conditions established by them to ensure the correct and simple application of the exemptions and to prevent any possible fraud, evasion and abuse. According to settled case-law, the fundamental characteristic of the concept of "letting of immovable property" lies in the conferral on the contractual partner, for an agreed duration and for consideration, of the right to occupy a property as owner and to exclude any other person from the benefit of that right. In order to assess whether a given contract can be subsumed in that definition, it is necessary to take into account all the characteristics of the transaction and the circumstances in which it takes place by adopting a substance over form approach, that is, by bringing out the objective nature of the transaction, irrespective of the classification that the parties give it. Art. Article 13(B)(b) of the Sixth Directive constitutes a derogation from the general principle that VAT is levied on all services supplied for consideration by a taxable person and as such requires a strict interpretation. Therefore, if even one requirement of the concept of "letting of immovable property" fails, the provision cannot be applied by analogy or extensively. A case-by-case analysis is therefore necessary to assess the circumstances, characteristics and essential elements of each rental transaction in order to qualify it in the light of the Sixth Directive. However, as stated in settled European case-law, this rule of restrictive interpretation does not mean that the terms used to specify the exemptions referred to in art. 13 must be interpreted in a way that would deprive those exemptions of their effects. They must be interpreted in the light of the context in which they form part and of the purpose and structure of the Sixth Directive, taking particular account of the ratio legis of the exemption at question. The Court of Justice, in its judgment of 18 January 2001 in Case C-150/99 Stockholm Lindöpark, was called upon to rule on a lease of a golf course reserved for undertakings: the only tenants were only undertakings which allowed their staff or customers to play golf on the ground so equipped. In their judgment, the European courts ruled that the activity of managing a golf course generally involves not only the passive provision of land, but also a large number of commercial activities, such as supervision, management and constant assistance by the provider, the provision of other facilities, and so on. Finally, the judges state that, in the absence of very special circumstances, the rental of the golf course does not constitute the main supply and, therefore, the tax exemption cannot be applied. The Court of Justice has also recently been concerned with a similar question concerning the exemption from VAT of a lease of immovable property and, more precisely, the provision of facilities of a sports facility used exclusively for football purposes, including the right to use and exploit on certain occasions the playing area of the football stadium (the ground), as well as changing rooms for players and referees up to a maximum of 18 days per single sports season. The judgment of the Court of Justice of 22 January 2015, Case C-55/14, Régie

ISSN 2036-7821

communale autonome du stade Luc Varenne, concerns once again the exegesis of art. In order to determine whether the granting for consideration of the availability of a football stadium on the basis of a contract reserving certain rights and prerogatives to the owner and providing for the provision by the owner of a series of services, in particular maintenance, cleaning and standardisation services, is granted for consideration by the owner, representing 80% of the contractually provided consideration, constitutes a "lease of immovable property" under the aforementioned directive. In this judgment, too, the Court ruled that the use of the football field does not constitute the predominant performance of the operation, characterising it as the lease of immovable property: the service rendered concerns, in fact, a more complex service of access to sports facilities, which also includes the supervision, management, maintenance and cleaning of sports facilities. The activity carried out is, therefore, to be framed more properly in the provision of a complex service of access to sports facilities and not in the simple provision of land. The sixth directive recognizes a sort of favour with reference to the provision of services related to the sports universe: art. Article 13A(1)(1)(.m) provides for an exemption from tax for the supply of services linked to the practice of sport and physical education provided by non-profit-making organisations. This exemption is expressly limited to services provided by non-profit-making organisations: such services which are provided by profit-making entities do not fall within the scope of the exemption. More generally, art. Article 13 seeks to exempt from VAT certain activities in the public interest, including those relating to the practice of sport and physical education, in order to encourage that type of activity. The exemption granted is not general in the case of all supplies of services linked to those supplies of services but is subject to the occurrence of certain conditions. First, the provision of services closely linked to the practice of sport and physical education must be provided by a non-profit-making organisation. Secondly, the supply of services by those bodies may be exempted as transactions in the public interest, provided that they are provided to persons engaged in sport or physical education: they are therefore services which are essential for the performance of the practice of sport or physical education . In the wake of the consolidated orientation of European jurisprudence, there are also some rulings of the Supreme Italian Assembly that address the complex issue of the subjectivity to VAT of the management of sports institutions. The Court of Cassation has been called to rule on the subjection to VAT of the lease of the municipal stadium to the city football club . That leasing activity was carried out by a territorial public body (municipality of Perugia) using assets from its assets: the service would have had to escape from tax in the absence of the subjective requirement of the tax consisting in the exercise of business by the local authority. In other words, the lease in question should not have constituted a business activity relevant to the effects of the application of VAT as it is carried out by a public body that uses its

ISSN 2036-7821

administrative offices for the management of the contract and not already of an organization in the form of an enterprise. The Court confirmed this argument by pointing out that the activity in question was not carried out by the Municipality as a public authority : art. 4, paragraph 4 of Presidential Decree no. 633/1972 which establishes with regard to the subjective assumption of application of the tax that for entities which do not have as their exclusive or main object the exercise of commercial activity, which include local authorities, are considered to be carried out in the exercise of businesses, and as such are included in the scope of vat, only the supply of goods and services carried out in the course of commercial activities. In adherence to an important italian doctrine if a facility is intended for the community, or rather if it can be by an unspecified number of persons, it would certainly be intended for a public service (promotion of sport) and would therefore be service (promotion of sporting activity) and, consequently, would fall within the category of assets which are not available, whereas, in my opinion, if a sports facility is not for general use but only for the particular use of a given sports club (or a specific club), it would be considered a public asset. However, in my opinion, if a sports facility is not for general use but only for the particular use of a given sports club (or a multi-purpose and diversified use as a venue for congresses or concerts), since it is the venue for competitions by its own members or card-carrying members, it is difficult to believe that it is intended for a public service as defined above and, consequently, can be classified as a non-disposable asset, but rather its allocation among the available assets of a municipality seems more natural. Therefore, in the first case, it is necessary to ascertain whether, in carrying out its activities, the local authority has authoritative powers, or rather acts in accordance with its own public-law regime through administrative acts and measures and/or through regulations; that hypothesis constitutes an authoritative activity, within the meaning of Community case-law, and as such is excluded from the scope of VAT due to the lack of subjective requirements, provided that, clearly, the activity is in clear competition with the same activity carried out by private operators. On the other hand, in the second case, the same entity, in view of the nature of the property (available assets) is required to use, in any event, a purely private legal regime and, consequently, by carrying out an activity in a manner similar to that of private operators, it will exercise the same with entrepreneurial criteria and therefore it would be subject to VAT for all purposes, since the subjective requirement, as well as the objective one, would be met. Therefore, as can be seen, in order to arrive at a correct VAT treatment, public bodies, in the management of their own assets, must ascertain the manner in which the activity is carried out and only then must they establish whether or not it is relevant for the purposes of the tax, in accordance with the above considerations. The administrative activity of the municipal offices consisting in the management of the lease (collection of rents and the issuance of invoices), therefore, can not configure a

ISSN 2036-7821

business activity but falls within the activity of disposal of its assets to be qualified as an exempt operation or "out of the FIELD VAT" for non-existence of the subjective assumption.

1.3 The application of the reduced VAT rate in the construction of neighbourhood sports facilities as secondary urbanization works.

No. 127-quinquies of Table A, part three, attached to Presidential Decree no. 633/1972, provides for the application of the VAT rate of 10%, inter alia, to the primary and secondary urbanization works listed in art. 4 of Law no. 847 of 29 September 1964, supplemented by art. 44 of Law no. 865 of 22 October 1971. By virtue of this provision, the "neighborhood sports facilities" are also secondary urbanization works. Even in this case, since it is a special and derogatory rule of the ordinary regime, it must be interpreted restrictively and exhaustively so that only the works identified by art. 4 of Law no. 847/1964 through the aforementioned no. 127-quinquies) can take advantage of the reduced VAT rate. The concept of neighbourhood sports facilities, however, has not yet been fully defined, leading to uncertainty in its application and doubts about the tax treatment of urbanisation works. Ministerial Circular No 14 of 17 April 1981 limited itself to establishing that, in order to qualify real estate works as secondary urbanisation works, they must be carried out in function, that is to say, at the service of, urbanised areas or to be urbanized. These works are therefore intended to produce services of collective interest, in the fields of economy, education, culture and leisure, within a town, in order to improve the quality of life of its inhabitants. These are, therefore, works that, although not necessary for the satisfaction of the primary needs of man (needs satisfied by the primary urbanization works), are indispensable to increase the standard of living of residents in the inhabited center concerned, and that are encouraged by the Legislator using a facilitative rule that provides for the applicability of the reduced VAT rate. Regarding the concept of neighbourhood, it was clarified by Ministerial Resolutions No 320947 of 10 June 1985 and No 399623 of 3 October 1985 that this term used by the legislature also referring to sports facilities cannot be interpreted only literally by minimising its scope of application but it is necessary to provide a logical-evolutionary exegesis, taking into account the current urban reality. Secondary urbanization works must be qualified as "neighborhood" not only if they are intended to be used by the inhabitants of a given urban area, but also when they are made available to the entire population of a small town. So much so as not to limit the application of the tax benefit only to works carried out in those municipalities that expressly provide for the division of their territory into neighbourhoods. In order for the construction of a neighbourhood sports facility to be considered facilitated, it is necessary that such a facility be intended for public use or be made available to the whole community, even if against payment of a fee, and is not intended to be used exclusively or mainly by particular categories of subjects,

ISSN 2036-7821

such as members of sports clubs or municipal employees. In light of these considerations, the Financial Administration has qualified as a neighbourhood sports facility that enjoys the facilitated VAT rate the construction of an outdoor swimming pool built in project financing in which the private subject, based on a concession, will have the management for thirty years of the entire sports facility. The plant, in fact, is to be considered of public utility and intended for the community, even if built and managed with a thirty-year concession by a private company; moreover, with regard to the possible performance of a competitive activity, as clarified in Ministerial Resolution No 361922 of 4 November 1986, it is sufficient that that activity be, as in the present case, completely secondary and residual. Conversely, a neighborhood sports facility used exclusively or mainly by subjects enrolled in sports federations dependent on bodies or built above all for the performance of competitive activities cannot be considered intended for the community. The Financial Administration has further pronounced itself in a case concerning the construction of a multi-sports facility by a municipality, usable in a multi-purpose way, at the service of the entire provincial, resident and tourist users, to be allocated also to the performance of sporting events and structured with stands and parking lots to accommodate the presence of the public sanctioning the application of ordinary VAT . Similarly, Resolution No. 362270 of October 2, 1986 established that the construction of an ice stadium primarily intended as a federal training center for ice sports, built from an Olympic speed plate and a hockey field intended to serve a large catchment area, is not subject to the subsidized rate.

More recently, the Revenue Agency has returned to deal with the matter by denying the application of the reduced rate to the construction of snow-growing systems by applying a strict reading of the provision in comment. These facilities built on the occasion of the XX Winter Olympic Games "Turin 2006", can not benefit from the reduced VAT rate because they are not among the works governed by Law no. 847/1964. So much so because a broad interpretation of the qualification of "neighbourhood" sports facilities that also includes the facilities in question for the application of the 10 percent VAT rate provided for by no. 127-quinquies of Table A, part III, annexed to Presidential Decree no. 633 of 1972, is not admissible. These facilities, in fact, cannot be configured as neighborhood sports facilities and, consequently, cannot be counted among the secondary urbanization works identified by the aforementioned art. 4 of Law No 847/1964. The work of sports facilities in question, in fact, was not carried out pursuant to and with the procedures referred to in Legislative Decree 3 January 1987, n. 2 converted, with amendments, into Law 6 March 1987, n. 65 containing urgent measures for the construction or modernization of sports facilities, for the construction or completion of basic sports facilities and for the use of additional funding in favor of activities of tourist interest. Art. 1, paragraph 1 of the decree defines the subjects, procedures and methods of financing

ISSN 2036-7821

for the implementation of extraordinary programs of interventions for sports facilities aimed at the construction, expansion, rehabilitation, restructuring, completion, improvement, arrangement of parking and service areas and adaptation to safety standards of sports facilities intended to host the matches of the 1990 World Cup according to the indication of CONI, to meet the needs of the championships of the various sports disciplines with multifunctional structures as well as to promote the exercise of sports activity through the construction of multifunctional structures. Art. 3-bis of Legislative Decree no. 2/1987 provides that the works carried out for the pursuit of the purposes identified in the decree "... are regulated in accordance with Part Two, no. 22) of Table A) annexed to the Decree of the President of the Republic of 26 October 1972, n. 633". The aforementioned n. 22) of Table A, part II, has been replaced by n. 127- quinquies of Table A, Part III, attached to Presidential Decree no. 633 of 1972, pursuant to which the primary and secondary urbanization works listed by art. 4 of Law No 847 of 1964. The works carried out on the basis of the rules laid down by Legislative Decree no. 2/1987, therefore, were expressly subject to a VAT rate of 10 percent . The snow-covered systems in question, on the other hand, are made as part of the "Works accompanying the XX Winter Olympic Games Turin 2006", for which there is a special and distinct planning and public allocation procedure governed by Law 9 October 2000, n. 285 as well as by the subsequent Law 1 August 2002, n. 166, art. 21.
In the absence of an express regulatory provision that assimilated the work in question to the neighborhood sports facilities or that established the application of the subsidized VAT rate, the ordinary VAT rate must be applied.

2. Derogations from the State aid framework for the construction and maintenance of sports infrastructure.
The instruments that can be used by the State and local authorities to support the construction or maintenance of sports facilities are certainly numerous; these may include direct subsidies, purpose taxes , subsidised tax loans, etc.
This public intervention in the sports sector and, more generally, in the free market is carefully viewed by the Community institutions, which carefully evaluate direct or indirect financing measures by economic agents.
Article 107 TFEU (ex Article 87 of the Treaty) defines for State aid those favourable measures granted by States, or through State resources, in whatever form, which, by favouring certain undertakings or the production of certain goods, distort or threaten to distort competition.
This prohibition is not absolute but relative, thus allowing derogations from the strict European framework on State aid.
Among these exceptions, paragraph 2 of art. Article 107 TFEU refers to aid of a social nature granted to individual consumers, provided that it is granted without

ISSN 2036-7821

discrimination on grounds of the origin of the products; aid to make up for damage caused by natural disasters or other exceptional occurrences; aid granted to the economy of certain regions of Germany affected by the division of the State, in so far as it is necessary to compensate for the economic disadvantages caused by that division.

To these are added, pursuant to paragraph 3 below, aid intended to promote the economic development of regions where the standard of living is abnormally low, or where there is a serious form of underemployment; aid to promote the implementation of an important project of common European interest or to remedy a serious disturbance in the economy of a Member State; aid to facilitate the development of certain economic activities or regions, provided that it does not adversely affect trading conditions to an extent contrary to the common interest; aid to promote culture and heritage conservation, where it does not adversely affect trading conditions and competition in the Union to an extent contrary to the common interest; the other categories of aid, determined by a Council Decision on a proposal from the Commission. Public intervention through the various modes of direct contribution (e.g. transfers, public subsidies) or indirect contribution (e.g. tax breaks), therefore, could constitute undue State aid that risks distorting competition and, consequently, the proper functioning of the European single market.

However, as demonstrated by regulation no. 651 of 17 June 2014, the European Commission's approach to public intervention appears less rigorous, declaring certain categories of aid, including those for sports infrastructure, compatible with the common market in application of the exemption clause contained in Articles.

107 and 108 TFEU. In this way, "horizontal" State aid, i.e. aid of general application and not limited to a specific sector of activity or to specific categories of undertakings, was exempted from the obligation to give prior notification. Both in light of the growing importance of the promotion of aspects related to sport in Europe, taking into account the specificity of sport, its structures based on volunteering and its social and educational function as provided for by art. 165 TFEU.

Moreover, as stated in the 2007 White Paper on Sport, the European Commission "... understands the importance of public aid to basic sport, and is in favour of such support, if provided in accordance with Community law." As stated in recital 74 of Regulation No 651/2014, investment aid for sports infrastructure benefits from the block exemption provided that it fulfils specific conditions. In the field of sport, various measures taken by Member States may not constitute State aid because the beneficiary does not carry out an economic activity or because the measures do not affect trade between Member States.

This could be, in certain circumstances, the case for aid measures which are purely local in nature or relating to amateur sporting activities. The compatibility conditions

ISSN 2036-7821

for aid for sports infrastructure should ensure, in particular, open and non-discriminatory access to infrastructure and a fair process of awarding concessions to a third party for the construction, modernisation and/or management of the infrastructure.

Art. Article 55 of the Regulation precisely identifies the conditions to be respected so that aid for sports infrastructure is compatible with the internal market and is exempt from the notification obligation.

First of all, it is necessary that the use of the sports infrastructure is not reserved for a single professional sportsman; the time of use by other sportsmen, professional or not, must annually represent at least 20% of the total time; if the infrastructure is used simultaneously by several users, the corresponding fractions of usage time are calculated. Access to sports infrastructure must also be open to multiple users and granted in a transparent and non-discriminatory manner. Similar disclosure is required with reference to the concession, or other act of conferment, in favour of a third party for the construction, modernization and / or management of the sports infrastructure. Where these conditions are verified, state aid may be granted without prior notification, which may take the form of investment aid, including aid for the creation or modernisation of sports infrastructure or operating aid for sports infrastructure.

In the latter case, reference shall be made to the costs of the provision of services by the infrastructure which include the costs of personnel, materials, contracted services, communications, energy, maintenance, rent, administration, etc., but exclude depreciation and financing costs if these have been included in the investment aid.

Recently, the European Commission considered that some support measures in favour of skiable areas of local interest in Tuscany 16 do not qualify as State aid.

In order to avoid an adverse judgment by the European Commission and the consequent recovery of the aid granted, the Italian authorities have notified the Community institution of the provision of financing in favour of ski areas. So much in compliance with art. 45 of Law no. 234 of 24 December 2012 which lays down general rules on the participation of Italy in the formation and implementation of European Union legislation and policies, which has better defined the procedures for such notification to the Community Executive in order to ensure the unity of direction necessary for the protection of national interests in the field of State aid.

The aid was conceived as a "double-track" support as the beneficiaries are both SMEs and local public authorities that manage ski resorts and their sports centres.

More precisely, the aid to local public authorities is aimed at the purchase, adaptation, upgrading, safety and construction of ski lifts and artificial snow, as well as tracks and related facilities. The aid provided for public and medium-sized enterprises granted through specific public tenders concerns investments, the

ISSN 2036-7821

adjustment, modernisation and safety of cable cars and related structures, including the provision of control systems, as well as other expenses, such as rescue, safety, energy, amortisation of mortgage payments, leasing fees and track beating, which are necessary for the maintenance of cable cars or their facilities and collateral to eligible activities.

In the Decision in question, the European Commission acknowledged that facilities intended for sports activities in locations poorly equipped for the practice of winter sports and with limited tourist capacities tend to have a purely local catchment area and are not able to attract users who have the alternative of opting for facilities located in other Member States.

It follows that such aid is generally not capable of affecting intra-Community trade and therefore does not constitute State aid within the meaning of European State aid law.

Specifically, the Commission argued that cableway installations of local interest are those built in winter sports resorts with a number of installations less than or equal to three, for a total length not exceeding 3 km or those with a number of available hotel beds of less than or equal to 2,000 or with a number of weekly passes sold not exceeding 15% of the total number of passes sold. The recent decision of the Community Executive is in line with previous pronouncements of the same institution concerning similar cases of State aid which Italy has implemented in favour of cableway installations.

3. The exemption of sports facilities for the purposes of municipal taxation on buildings.

The sports facilities are exempt for the purposes of the ICI pursuant to art. 7, paragraph 1, letter i) of Legislative Decree 30 December 1992, n. 504 which exempts from the payment of the tax the properties used by the subjects referred to in art. 87, paragraph 1, letter .c), of the TUIR and intended exclusively for the performance of "meritorious" activities including sports. This exemption has also been confirmed by the IMU regulations that recall the regime of exemptions referred to in art. 7 of Legislative Decree no. 504/199218.

Buildings used by public and private bodies, other than companies, resident in the territory of the State and not having as their exclusive or main object the exercise of commercial activities if intended exclusively for the performance of sports activities are ope legis exempt from tax. The following art. 91-bis of Legislative Decree no. 1 of 24 January 2012, converted with amendments by Law no. 27 of 24 March 2012, also required that the exclusive use of properties for sports activities must take place in a non-commercial manner.

This legislative amendment has transposed the orientation of the jurisprudence of legitimacy that has constantly limited the scope of the exemption from the tax to the

ISSN 2036-7821

presence of non-commercial methods through which the activity by the non-commercial entity is carried out in the property.

As specified by art. 1, paragraph 1, letter .m) of Legislative Decree no. 200 of 19 November 2012 implementing the aforementioned art. 91-bis and which defines the modalities and procedures for the proportional application of the exemption from the IMU for real estate units intended for mixed use, in cases where it is not possible to proceed with the separate stacking of buildings or their portions used exclusively for the performance of institutional activities in a non-commercial manner, sports activities are those "activities falling within the disciplines recognized by the Olympic Committee Italian National (CONI) carried out by sports associations and their non-profit sections, affiliated to national sports federations or national sports promotion bodies recognized pursuant to Article 90 of Law no. 289 of 27 December 2002" .

Also in this case the legislative provision is derogating from the general principle of subjection to taxation of real estate so that it is necessary to provide a restrictive interpretation of the aforementioned art. 7. It is therefore necessary to assess the existence of both the conditions established by art. 7 to recognize the exemption from tax of a sports facility. It is, in fact, necessary to verify on the one hand the direct use of the buildings by the entity that has the possession (subjective condition) and on the other hand their exclusive destination to sports activities that are not productive of income (objective condition).

The Court of Cassation has repeatedly intervened in the matter specifying conditions and limits to enjoy the exemption in question.

The case-law of settled legality, in fact, has established that the exclusion from the tax can be granted if both the subjective and the objective condition are fulfilled. The exemption, therefore, is granted upon the occurrence of the objective requirement inherent in the performance of sports activities in the property as well as the subjective one identified in the belonging of the owner of the building to the category of art. 87 of the TUIR.

The objective condition exists when the properties are intended exclusively for the performance of "meritorious" activities identified by art. 7, paragraph 1, letter i) of Legislative Decree 504/199222. The jurisprudence of legitimacy, in fact, on several occasions has established that to enjoy the exemption the property must be used directly by the owner23: to benefit from the exemption the property must be used directly by the subjects referred to in art. 87, co. 1, lett.c) of the TUIR and that they have the "possession".

This interpretation, constitutionally oriented, received the endorsement of the Constitutional Court which, with two separate rulings, offered a reading of art. 7, paragraph 1, letter i) of Legislative Decree no. 504/1992 systematic and consistent with the tax system as well as with the principle of ability to pay. From a subjective

ISSN 2036-7821

point of view, the properties must be owned by the non-commercial entity as a user in order to make the owner entity that falls within the category referred to in the aforementioned art. 87, paragraph 1, letter .c), of the TUIR with the entity that uses the property itself. M Legislative Decree no. 200/2012 specifies that "the performance of sports activities is considered to be carried out in a non-commercial manner if the same activities are carried out free of charge, or upon payment of a symbolic fee and, in any case, not exceeding half of the average fees provided for similar activities carried out with competitive methods in the same territorial area, also taking into account the absence of relationship with the actual cost of the service". In an interesting jurisprudential arrest, the Court of Cassation ruled on the exemption for the purposes of the ICI of properties owned by the company Federcalcio srl by the Italian Football Federation (F.I.G.C.).

In this specific case, there has been a formal distinction between the owner (a limited liability company) and the user entity (a public body) although the FIGC is the owner of all the shares in the company so that the corporate form is nothing more than "... a legal form given to what is - in substantial reality - a mere organizational articulation of the public body, which, therefore, would exert de facto possession on the property using the company created by itself for this purpose.". The Court, however, does not go into more detail on the subjective profile by limiting itself to analysing only the objective requirement of the case in question. The buildings, in fact, were not intended exclusively and effectively for a consistent sporting activity, directly and not mediated, in the practice of a sport but in them instrumental activities, of an organizational or managerial type, were carried out. In the absence of the objective requirement, therefore, such real estate must be attracted to taxation. As, in fact, also clarified by ministerial practice, the exemption from the tax of real estate dedicated to sports activities must be granted only where "... sports activities falling within the disciplines recognized by CONI are exercised, provided that they are carried out by sports associations and their non-profit sections, affiliated to national sports federations or national sports promotion bodies recognized pursuant to art. 90 of Law no. 289 of 2002."

The practice document also specifies that for the granting of the exemption it is necessary that the owner of the property carries out in the building exclusively competitive sports activities organized directly (e.g. championship matches, organization of courses, tournaments) and does not limit itself to making the building available for the individual exercise of sport (for example: rental of tennis courts, management of swimming pools with paid entrances, rental of football fields to individuals or groups). It follows that the exemption must not be recognized to sports halls, fields and sports facilities in which the activity carried out by the institution is not directly "sports", but to rent spaces.

ISSN 2036-7821

In a further jurisprudential arrest, the Court of Cassation was called upon to rule on an invoked exemption of a sports complex comprising a football field, a covered soccer field with related services and the headquarters of the Regional Committee of the FIGC necessary to meet the needs of local amateur sports clubs.

The properties, although used for the exclusive performance of sports activities by the Committee as a private law association without legal personality, were owned by the company Federcalcio srl.

The Supreme Assembly considered that there was no exemption from tax in the absence of the subjective requirement: the taxable person of the tax is the company as the owner of the buildings which cannot enjoy the tax exemption as it is a commercial entity lacking, therefore, the quality of subject referred to in art. 87 of the TUIR.

The company, in fact, carries out a necessarily economic activity as it has the role of a capital company, also removing relevance to the use of the property for sporting activities.

3.1 Exemption from municipal tax on advertising and public billboard entitlement for advertising carried out in installations.

A further intervention of favour related to the tax area concerns the municipal tax on advertising that affects the availability of the plant through which the advertising message is disseminated.

The tax is governed by Legislative Decree no. 507 of 15 November 1993 and attracts the dissemination of advertising messages "in public places or open to the public or that it is perceptible from such places" that takes place in the municipal territory.

Such dissemination is subject to taxation only if it is carried out in the exercise of an economic activity, with the main purpose of promoting the demand for goods or services, or aimed at improving the image of the advertised subject.

The facilitation provision was introduced by art. 1, paragraph 128, of Law no. 266 of 23 December 2005 (2006 Finance Law) which provides for the exemption from the advertising tax of advertising activities carried out in facilities used for amateur sports events with a capacity of less than three thousand seats, carried out by associations amateur sports clubs and amateur sports clubs incorporated into non-profit corporations. This is an interpretative provision of art. 90, paragraph 11-bis of Law no. 289 of 27 December 2002 (2003 Finance Law) containing a favourable provision for amateur sports activity, aimed at exempting from tax amateur sports clubs that regularly display advertising space in sports facilities on the occasion of amateur sports events.

In the face of this provision, the attitude of the municipalities has often been fragmented and uneven since some local authorities have established limits to the application of the facilitation considering that the exemption did not operate when

ISSN 2036-7821

the advertising was carried out by commercial subjects who advertised their name, brand or product within the sports facility. By way of example, advertising made by the sponsor was therefore not considered exempt.

Anci also expressed its opinion in this sense, considering that an extension of the exemptions to commercial advertisements of the sponsors of the same companies is not legitimate, since the rationale of the exemption rule would refer subjectively only to the direct activities of amateur sports clubs.

The Tax Administration took the opposite view, which with a note of 3 April 2007, n. 1576 / DPF provided important clarifications regarding exemption from the municipal tax in question for advertising made in the facilities used for amateur sports events with a capacity of less than three thousand seats. The ministerial interpretation of the provision states that the exemption from the payment of the tax must be applied to any advertising exhibition aimed at sports facilities, carried out by the subjects identified by art. 90, paragraph 1, of Law no. 289 of 27 December 2002, i.e. amateur sports associations and amateur sports clubs incorporated into non-profit corporations. The mens legis is, therefore, to encourage advertising "in any way realized" by subjects who use modest facilities for the performance of amateur sports events.

It follows that the exemption must also be extended to cases in which advertising messages are displayed which do not specifically concern the companies using the sports facilities, but third parties. It is not relevant, therefore, that advertising is recognisable outside the sports facility since it is sufficient for the exemption to be applicable for advertising messages to be displayed on structures inside the sports facility. For the purposes of granting the exemption, it is therefore sufficient that the advertising messages are displayed on the internal structures of the sports facility, their possible visibility even outside the facility itself being irrelevant.

3.2 New preliminary aspects concerning the Italian Sport´s reform.

It seems now useful to briefly introduce the new approved reforms affecting the sports sector, which will be applied in the following years. The "Reform of the Third Sector" denotes to the set of rules that has re-regulated the non-profit and the social enterprise. To date, the legislative intervention has not yet been completed, as not all the acts provided for by the legislative decrees implementing the delegated law 106/2016 have been issued. At the beginning of the XVIII Legislature, the schemes of the supplementary and corrective decrees of the Third Sector Code and the Decree of revision of the social enterprise were examined by the competent parliamentary committees. Of specific interest to the Third Sector, also the changes introduced to the Code by the so-called Tax Decree which, among other things, provided a new criterion for determining the commercial or non-commercial nature of Third Sector

ISSN 2036-7821

entities and intervened on the discipline for deductions provided for those who make liberal disbursements in favour of Third Sector entities.

It should also be noted the changes to the sector legislation introduced by the Simplification Decree which, after the increase provided for by the 2019 Budget Law, restored the IRES rate to 12% for Third Sector activities and included private law associations or foundations originating from the transformation of public assistance and charitable institutions (so-called "IRES" "ex IPAB") among the Entities of the Third Sector. Finally, given the measures put in place in the COVID-19 emergency period, the deadline by which non-profit organizations, voluntary organizations (ODV) and Associations of social promotion (ASP) must adapt their statutes to the provisions contained in the Third Sector Code has been postponed from 30 June to 31 March 2021. Within the same period, social enterprises may amend their statutes in the manner and majorities provided for the resolutions of the ordinary shareholders' meeting. Below some of the most salient points of the new reference legislation of Italian sport will be highlighted. Between 2 and 3 April 2021, indeed, the provisions that constitute the so-called "Reform of Sport" came into force. In fact, previously, on 18 and 19 March 2021, the decrees implementing articles 5, 6, 7, 8, 9 of the Delegated Law of 8 August 2019 no. 89 were published in the Official Gazette (no. 67 and 68). The Legislative Decrees are as follows:

- Legislative Decree no. 36 of 28 February 2021 "Reorganization and reform of the provisions on professional and amateur sports bodies as well as sports work";
- Legislative Decree no. 37 of 28 February 2021 "measures regarding the relationships of representation of athletes and sports clubs and access to and exercise of the profession of sports agent";
- Legislative Decree no. 38 of 28 February 2021 "measures regarding the reorganization and reform of safety rules for the construction and operation of sports facilities and legislation on the modernization or construction of sports facilities";
- Legislative Decree no. 39 of 28 February 2021 "simplification of obligations relating to sports bodies";
- Legislative Decree no. 40 of 28 February 2021 "safety measures in winter sports".

However, the approval of Legislative Decree no. 73 of 25 May 2021 "Decreto sostegni bis" has anticipated, in large part, in fact, the entry into force of the sports reform on 1 January 2023 compared to 31 December 2023, the date initially provided for by Legislative Decree no. 41 of 22 March 2021 "Support Decree". In particular, the legislative decrees concerning the work and form of amateur sports bodies anticipate the entry into force on 1 January 2023: Article 25 (Sports worker), 26 (Discipline of the sports employment relationship), 27 (Sports employment relationship in professional sectors), 28 (Race Director), 29 (Amateur sports performance), 30 (Training of young athletes), 32 (Health checks for sports workers), 33 (Safety of sports workers and minors), 34 (Accident insurance), 35 (Pension treatment), 36 (Tax treatment), 37

ISSN 2036-7821

(Coordinated and continuous collaboration relationships of an administrative-managerial nature). On 31 August 2022 (compared to the previous provision of 31 December 2023 of the Support Decree) the provisions of Legislative Decree no. 39 on simplifications (containing the important rules on how to register with the new National Register of amateur sports activities and on the purchase of the legal personality of amateur sports associations) will come into force, while on 1 January 2022 Legislative Decree no. 40 will come into force (containing the safety measures in winter sports). The reform therefore saves the entire current season (now closing) and most, if not all, of the 2021/2022 season. Specifically, the entry into force of all the aforementioned decrees with the exception of Decree 36 has been postponed to 31 December 2023.

The latter, in fact, will come into force in two stages. In fact, on 1 January 2022, the entry into force of all the provisions except those on sports work contained in Articles 25 to 37 remains unchanged. In order to summarize it can be concluded that the provisions relating to sports work run from 1 July 2022; all other provisions from 1 January 2022. What has just been said underlines, firstly, the acknowledgment, by the Government, of many critical issues of the reform expressed by all the subjects involved in the various hearings of the competent parliamentary committees and, secondly, the need to mitigate these critical issues with the desire not to definitively stall the reform itself, risking, inevitably, to nullify all the work done.

4. Legal form of sports bodies.

One of the main novelties of the Reform concerns, first of all, the choice of the legal form that sports bodies will be able to assume. Since, according to art. 6 of Legislative Decree no. 36/2021 "... sports bodies may take one of the following legal forms: a) sports association without legal personality governed by articles 36 et seq. of the Civil Code; b) sports association with legal personality under private law; c) companies referred to in Book V, Title V, of the Civil Code". The innovation of this provision is constituted by the fact that even for these entities the possibility of constituting themselves in all the corporate forms provided for in the title V book of the Civil Code is allowed, therefore sports clubs both of capital (as already currently envisaged) and of persons. Despite these openings, it is conceivable that most amateur sports associations will continue to maintain the forms of the association, with or without legal personality, due to the lower costs and (already high) costs and burdens of management and administration.

Among the critical issues and doubts raised by this article, the lack of foresight of the cooperative societies stands out. There is nothing in that regard to Article 6. Whether it is an oversight or an error, it will be better for the legislator to remedy it in a short time, because, to date, there are many sports cooperatives existing on our national sports scene. Article 7(7)(.b) of D.l.gs No 36, provides that the corporate

ISSN 2036-7821

purpose must provide for 'the stable and principal exercise of the organisation and management of amateur sports activities, including training, teaching, preparation and assistance for amateur sporting activity'. The reference to the stable and main activity must be read in conjunction with Article 9 below, according to which 'amateur sports associations and clubs may carry out activities other than the main ones referred to in Article 2(1)(b), provided that the articles of association or articles of association so permit and are secondary and instrumental to institutional activities, according to criteria and limits defined by decree of the Competent Government Authority in the field of sport, in agreement with the Minister for the Economy and Finance'. In summary, the main activity of amateur associations must, in fact, be the organization and management of amateur sports activities; while, the performance of secondary and instrumental activities will be allowed only in a subsidiary way respecting the criteria and limits established by a presidential decree, whose timing is difficult to predict. It is clear, therefore, that the financing of solidarity activities is delegated to the self-financing capacity of each sports club through membership fees for finding funds on the solidarity market. It should also be stated that the performance of secondary activities to support the institutional one is relevant in relation to covering the costs of general sporting activity. In fact, the latter, representing a rather high burden, is based on three pillars: membership fees and related specifications, the performance of secondary activities to support sports activity and sponsorships. Another point on which to focus attention is the new concept of non-profit. In fact, it has been reformulated through the provision that sports bodies with a corporate nature can distribute, partially, the profits and repay the share of capital paid.

5. Sports facilities.

Legislative Decree no. 38/2021 is entirely dedicated to the "Measures regarding the reorganization and reform of safety rules for the construction and operation of sports facilities and the legislation on the modernization or construction of sports facilities". Article 5, pillar of legislative decree in question, reads as follows: "Non-profit Sports Associations and Clubs may submit to the local authority, on whose territory the sports facility to be regenerated, redeveloped or modernized insists, a preliminary project accompanied by an economic and financial feasibility plan for regeneration, redevelopment and modernization and for subsequent management with the provision of a use aimed at promoting aggregation and inclusion social and youth". This is an attempt to reorganize the technical standards aimed at simplifying the administrative procedures for the construction and maintenance of sports facilities, including school facilities. The objectives of this forecast are:

1. ensure an effective redevelopment and modernization of sports facilities, especially in terms of accessibility, energy efficiency and safety;

ISSN 2036-7821

2. transform sports facilities into points of social and youth inclusion, perhaps with the birth of new sports realities that through this aggregation find their foundations.
Continuing with the reading of paragraph 2, it is established the gratuitousness of the assignment in the management of the facility to non-profit Sports Clubs and Associations if "the local authority recognizes the public interest of the project, directly entrusts the free management of the facility to the association or sports club for a duration proportionally corresponding to the value of the intervention and in any case not less than five years ". Therefore, if the modernization and redevelopment project is successful, the local authority entrusts the management of the facility itself free of charge to the Sports Authority, the use of which must be "open to all citizens and must be guaranteed, on the basis of objective criteria, to all sports clubs and associations".
Finally, it is established that "in cases where the territorial public body does not intend to directly manage the sports facilities, the management is entrusted preferentially to amateur sports clubs and associations, sports promotion bodies, associated sports disciplines and national sports federations, on the basis of agreements that establish the criteria for use and after determining general criteria and objectives for the identification of the entrusted subjects".

6. *The relationship with the Third Sector Code.*
Another important novelty that has emerged from the reform of sport concerns the possibility, for associations (ASD) or amateur sports clubs (SSD) to maintain or assume the status of Third Sector entity (ETS) or social enterprise. The sports reform, in fact, seems to want to grant sports associations and clubs a status like third sector bodies. In particular, art. 6, paragraph 2, of D.L.gs no. 36 provided that 'amateur sports bodies, if the conditions are met, may assume the status of third sector entities, pursuant to Article 5, paragraph 1, letter t), of Legislative Decree 3 July 2017, n. 117, and of social enterprise, pursuant to Article 2, paragraph 1, letter u), of Legislative Decree 3 July 2017, No 122. In such a case, the provisions of this Decree shall apply only in so far as they are compatible.'
This clearly entails several benefits that WILL benefit ASDs and SSDs including:
the decommercialization of the fees of the members and members referred to in art. 148 of the T.U.I.R.; the application of the flat-rate scheme pursuant to Law no. 389 of 1991 for commercial activity; the qualification ex lege as "advertising" of the expenses incurred by the sponsor for an annual amount not exceeding, overall, 200,000 euros;the possibility of applying art. 149 of the T.U.I.R. In addition to the benefits listed above, there are others specifically indicated by the reform: simplified procedures for the modernization and construction of sports facilities; facilitated procedure for the recognition of legal personality; preferential procedure for the use and management of sports facilities of local authorities. One also wonders what

ISSN 2036-7821

specific activities can be carried out by an ASD or SSD that is also an ETS or social enterprise.

In this sense, the choice of the double qualification is encouraging for those associations that promote multiple purposes such as amateur sports associations that also carry out music courses or services such as after-school activities. If sports associations wish to enter the Register of the Third Sector as entities that carry out social promotion, they must follow the rules to which the other associations are subject. In other words, amateur sports associations and clubs already registered in the CONI registers will have to make a choice: to remain sports or to become an association or society of social promotion registered in two registers. A clear question therefore arises: how convenient it is for these entities to register in the Register of the Third Sector and enter this system. Of course, much will depend on their ability to coordinate and find a mechanism of representation among themselves. The decree, in these situations, has introduced the constraint of the secondary nature of activities other than sports, not contemplating, specifically, a derogation for third sector entities with regard to activities other than sports that qualify as of general interest. Another question to pay attention to concerns the possibility, for ASD and SSD, to provide sports compensation.

The answer is affirmative, as this is not prohibited by the Third Sector Code. According to a doctrine, in fact, "the wording of Article 16 of the Third Sector Code is not considered an obstacle to recourse to such collaboration, where it provides that "workers of Third Sector entities have the right to an economic and regulatory treatment not lower than that provided for by the collective agreements referred to in Article 51 of Legislative Decree of 15 June 2015, No 81", since it is not conceivable that the same regulatory treatment of an employee as that accorded to a worker in a relationship of continuous coordinated collaboration, occasional autonomous collaboration or professional collaboration is conceivable. 'It is clear that a series of critical issues will arise for the ASD that will intend to cumulate the double qualification of sports body and the Third Sector.

First of all, the ASD and the SSD to be considered as such will have to carry out, primarily, the activity of organization and management of amateur sports activities, including training, teaching, preparation and assistance to sports activity, pursuant to art. 7 of D.l.gs No 36. The other activities can only be carried out secondarily within the limits established by the President of the Council of Ministers. It is clear, therefore, that the ASDs that will access the Third Sector will not be able to carry out the activities provided by it, except for sports. The definition of amateur sports activity in the Third Sector is still open.

In fact, it would seem that in the Third Sector the entities capable of carrying out the organization and management of amateur sports activities are only the ASD and the SSDs registered in the National Register of Amateur Sports Activities. In any case,

ISSN 2036-7821

there remains the need to circumscribe a precise regulatory framework to prevent sports bodies in the Third Sector from facing a non-homogeneous path. In conclusion, sport is an integral part of the Third Sector: the connection between the two worlds is realized through amateur sports associations and clubs.

7. Taxation of Third Sector Entities.

After the increase in the IRES rate for Third Sector entities that carry out non-commercial activities that achieve social purposes (increase provided for by the 2019 Budget Law - Article 1, paragraph 52, of Law 145/2018), the Simplification Decree (Article 1, paragraphs 8-bis and 8-ter of Decree-Law 135/2018) postponed the repeal of the reduction in half of the IRES for some Third Sector entities; this reduction is in fact no longer applied from 1 January 2019, but starting from the tax period of first application of further favourable measures (to be issued, with measures compatible with European Union law, against subjects who carry out activities with a social purpose). Therefore, the reduction to half of the IRES for those entities (to 12%) remains until those measures are enacting.

8. A brief overview to Europe. VAT in sport: European law.

Transactions that an entrepreneur carries out in Germany are subject to German VAT law. First and foremost, the Value Added Tax Act, but also the VAT Application Decree should be mentioned here. In the course of the design of the European internal market, there was a need to harmonise the turnover taxation of cross-border trade in goods and services. The so-called Value Added Tax System Directive (VAT Directive) is intended to contribute to this. The VAT Directive also contains important regulations for sports clubs. They deviate in part from German VAT law. If the European requirements are more favourable to the association than the German regulations, the association can rely on the higher-ranking European law.

Example: Individual lessons for athletes (e.B. golf, horseback riding, tennis, air sports)

A sports club employs a physical education teacher who gives individual lessons to members and non-members. According to German VAT law, this would only be tax-free if the fee is either a participation fee for a sporting event or a consideration for an event of an instructive nature of a non-profit organization (cf. § 4 No. 22 a) or b) UStG). The tax authorities are of the opinion that individual training is not a sporting event. According to German VAT law, the remuneration for individual lessons is therefore taxable. Under European law, transactions in respect of certain services closely linked to sport and physical education provided by non-profit-making entities to persons practising sport or physical education are exempt from tax (see Article 132(1) of the VAT Directive). The highest German tax court has confirmed that the individual lessons that a non-profit sports club provides to sports enthusiasts

ISSN 2036-7821

constitute such a service (see BFH, judgment of 02.03.2011, Az: XI R 21/09). As example the Provision of sports facilities to members and non-members should be mentioned. The situation is similar when sports facilities are made available to members or non-members for a fee. According to German tax law, they are subject to VAT. In the case of short-term rental to members, the income in the special purpose operation is taxable at 7 percent, in the case of transfer to non-members in the context of an economic business operation at 19 percent.

9. Conclusion.

Sports facilities are supported by some measures of favour of the tax legislator that recognizes tax breaks and exemptions for individual taxes that could affect these infrastructures. These benefits are particularly present at the local level considering that municipal taxation is mainly focused on the taxation of real estate. Consider, for example, the benefits granted under the Single Municipal Tax and the municipal tax on advertising that involve considerable tax savings for taxable persons to protect and promote the use of sports facilities. This protection of sports infrastructure is also reflected in detail at European level where, with the entry into force of the Treaty of Lisbon in December 2009, the European Union has acquired for the first time specific competence in the field of sport. Tax breaks based on VAT and exemptions from the field of State aid represent tangible interventions by the European institutions in favour of sports facilities. In order to clearly recognize the social function of sport and to promote, with the introduction of new and more effective tools, a territorial development of the facilities also for basic sports disciplines, a present proposal for a law of parliamentary initiative has recently been presented concerning the increase and maintenance of the sports facilities through state incentives and financial and tax benefits for companies and associations amateur sports. In conclusion, one can only hope for the prompt definition of a discipline that is very urgent and opportune.

Furthermore, sport is an important means of promoting positive social values, such as the ideal of team spirit or fair competition. It also leads to the integration of socially disadvantaged people (e.g. immigrants) into society. An example of this is the "Homeless World Cup", which took place in South Africa in September 2006. The social role of sport in the EU was particularly emphasised in the White Paper on the policy field "Sport" of the EU Commission (EU Commission 2007a). The White Paper aims to achieve a new accentuation of EU sport policy in order to increase the visibility of sport in EU policy and to sensitise the public to the needs and special features of the sport sector. The White Paper underlines the important social and economic role of sport while respecting EU law. The White Paper is the result of extensive consultations with sports organisations (e.g. Olympic Committees and sports federations), Member States and other stakeholders over the last two years, including an online consultation launched in February 2007.

ISSN 2036-7821

The White Paper proposes a detailed action plan with concrete measures, addressing in particular the social and economic aspects of sport, such as public health, education, social inclusion, volunteering, external relations and sport funding. The overall aim of the initiative is to clarify important issues such as the application of EU law in the field of sport and to specify further sport-related measures at EU level. Concrete proposals for further EU action are summarised in the action plan named after Pierre de Coubertin, which includes measures that should be implemented or supported by the Commission. Improved cooperation with member states is also proposed. So far, cooperation between Member States in the field of sport has taken place at EU level through informal ministerial meetings and at administrative level through meetings of the Directors of Sport. To this end, the EU Ministers of Sport set out in 2004 a rolling agenda of priority topics for discussion between Member States. To this end, the Commission proposes to expand the already existing cooperation between the Member States and the Commission (EU Commission 2007: 20).
The European Parliament has also been involved in sport policy activities. The European Parliament has closely followed the various challenges facing sport in Europe and has regularly addressed sport issues over the past years. The European Parliament considers that it is necessary for the European Union to address sport issues in strict compliance with the principle of subsidiarity and has therefore supported the inclusion of an explicit reference to sport in the Treaties (the Committee on Culture and Education is responsible for sport policy issues). The complex European sporting landscape with its multiple dimensions has overall points of contact with many EU policies and is confronted with new social and economic challenges. Therefore, any initiative to meet the expectations of sport stakeholders must be based on a new holistic policy approach, taking into account the underlying legal framework on the one hand and the need to respect sport autonomy and subsidiarity on the other.
+The basis for cooperation is the "open method of coordination" (OMC), which has already been used for the cooperation of the member states and the
EU in the areas of employment, education, youth and social protection - but also for innovation policy within the framework of the Lisbon Strategy. After the entry into force of the Lisbon Treaty, improved conditions for anchoring further sport policy initiatives of the European Commission will probably arise - analogous to the development that has already occurred in the field of culture. The anchoring of the "specific characteristics of sport" (ex-Art. 149 TEC) in the European treaties should make it possible for the European Union to take better account of this specificity in the future. Last but not least, it will be a question of the concrete design of a "sport" funding programme of the European Union.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Difensore civico per il digitale e codice dell'amministrazione digitale.

di Alessandro Chiappini

(Dottore di ricerca in Diritto e Economia presso l'Università LUISS Guido Carli)

Sommario

1. Introduzione. 2. Evoluzione normativa del difensore civico digitale. 3. Ambito di applicazione e procedura. 4. Prassi applicativa e codice dell'amministrazione digitale. 5. Conclusioni.

Abstract

After having followed the evolution of the legislation on the digital ombudsman, this contribution, having briefly clarified the scope and procedure, examines the calls actually adopted by the aforementioned guarantee figure starting from its centralization at the agency for the 'digital italy (infra agid), with particular reference to the provisions of the legislative decree 7 March 2005, n. 82, bearing the digital administration code (infra cad); the purpose of the study, through the analysis of the application practice, is to identify any weaknesses in the regulatory framework, while evaluating possible solutions also in light of the recent reform that ultimately involved the analysis of the calls adopted by the general manager of the agid

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

Dopo aver percorso l'evoluzione della normativa sul difensore civico digitale, il presente contributo, chiarito brevemente l'ambito di applicazione e la procedura, esamina gli inviti adottati in concreto dalla predetta figura di garanzia a partire dalla sua centralizzazione presso l'agenzia per l'italia digitale (*infra* agid), con particolare riferimento alle norme del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante il codice dell'amministrazione digitale (*infra* cad); la finalità dello studio, attraverso l'analisi della prassi applicativa, è l'individuazione di eventuali punti di debolezza della disciplina normativa, valutando, al contempo, le possibili soluzioni anche alla luce della recente riforma che ha comportato da ultimo l'analisi degli inviti adottati dal direttore generale dell'agid.

2. Evoluzione normativa del difensore civico digitale.

La figura del difensore civico digitale si inquadra nell'ambito dell'organizzazione predisposta dalla sezione iii ("organizzazione delle pubbliche amministrazioni. Rapporti fra stato, regioni e autonomie locali") del cad per garantire l'effettività dei diritti di cittadinanza digitali[1].

L'attuale art. 17 ("responsabile per la transizione digitale e difensore civico digitale") del cad è il frutto di un percorso iniziato con l'art. 1 ("carta della cittadinanza digitale") della legge 7 agosto 2015, n. 124, recante le deleghe al governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche. In attuazione della predetta delega, il decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 179, prevedeva modifiche ed integrazioni al cad; in particolare, all'art. 17 all'epoca rubricato "strutture per l'organizzazione, l'innovazione e le tecnologie" si aggiungeva il c. 1-*quater* in base al quale "le pubbliche amministrazioni, fermo restando il numero complessivo degli uffici, individuano, di norma tra i dirigenti di ruolo in servizio, un difensore civico per il digitale in possesso di adeguati requisiti di terzietà, autonomia e imparzialità […]"[2].

[1] F. FAINI, *Il volto dell'amministrazione digitale nel quadro della rinnovata fisionomia dei diritti in rete*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica* (Il), fasc. 4, 1 ottobre 2019, pag. 1099, distingue le figure sia a livello di singola amministrazione (responsabile per la transizione digitale) che a livello nazionale (difensore civico digitale, AGID e Commissario straordinario per l'attuazione dell'Agenda digitale). Successivamente, i poteri conferiti a quest'ultima figura sono stati attribuiti al Presidente del Consiglio dei ministri o al Ministro delegato (Ministro per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale) che li esercita per il tramite delle strutture della Presidenza del Consiglio dei ministri (Dipartimento per la trasformazione digitale).

Si rappresenta inoltre che il Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione 2020-2022 (https://www.agid.gov.it/it/agenzia/piano-triennale) approvato con D. P. C. M. 17 luglio 2020 afferma che "la linea LA88 - Interazione della figura del Difensore Civico per il Digitale con la rete dei Responsabili per la transizione al digitale costituisce un'attività di rete ormai divenuta istituzionale", sebbene poi, come più avanti esplicato, la maggior parte degli inviti del difensore civico digitale riguardino il mancato rispetto della disciplina sulla nomina del responsabile per la transizione digitale da parte delle pubbliche amministrazioni.

[2] M. L. MADDALENA, *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, in *Foro Amministrativo* (Il), fasc.10, 2016, pag. 2535, affermava che "la digitalizzazione […] esige anche un processo di riorganizzazione

ISSN 2036-7821

In conformità a quanto disposto dall'art. 1, c. 3 della succitata l. Delega n. 124/2015 che prevedeva la facoltà del governo di adottare, entro dodici mesi, decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive, il decreto legislativo 13 dicembre 2017, n. 217, modificava il predetto c. 1-*quater* prevedendo la centralizzazione presso l'agid dell'ufficio del difensore civico digitale che, in caso di segnalazione fondata, invitava il responsabile della violazione a porvi rimedio non oltre trenta giorni, segnalando, al contempo, le inadempienze all'ufficio competente per i procedimenti disciplinari di ciascuna amministrazione[3].

Di seguito, il c. 1-*quater* veniva modificato dall'art. 31 del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, recante misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, che aggiungeva dopo l'ultimo periodo il seguente: "il mancato avvio delle attività necessarie a porre rimedio e il mancato rispetto del termine perentorio per la loro conclusione rileva ai fini della misurazione e della valutazione della performance individuale dei dirigenti responsabili e comporta responsabilità dirigenziale e disciplinare ai sensi degli articoli 21 e 55 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165". Pertanto, in caso di fondatezza della contestazione rilevata dal difensore civico digitale, le relative decisioni che invitavano il soggetto responsabile a terminare la violazione entro trenta giorni avrebbero comportato i primi, seppur limitati, effetti vincolanti[4].

---

all'interno delle singole amministrazioni", citando al riguardo l'istituzione presso le amministrazioni di un difensore civico digitale. S. SETTE, *Difensore Civico Digitale, storia di un flop annunciato: i problemi da risolvere*, in *Agenda digitale,* 16 ottobre 2020, rilevava che "La PA, secondo questa prima formulazione, sarebbe stata quindi contemporaneamente imputata ed avvocato difensore della controparte. Difficile garantire i requisiti di terzietà in questa situazione. Ma come abbondantemente prevedibile, le PA, che già non nominano il RTD, non hanno provveduto nemmeno ad individuare un DCD, per altro, come sopra evidenziato, in conflitto di interessi con loro stesse".

[3] Con riferimento all'accentramento delle competenze del difensore civico digitale presso l'AGID, Consiglio di Stato comm. spec., 10 ottobre 2017, n. 2122, precisava che la scelta "appare conforme al criterio di delega recato dall'art. 1, comma 1, lett. l) della legge n. 124 del 2015, nella parte in cui dispone che il presente decreto debba essere volto anche a « razionalizzare i meccanismi e le strutture deputati alla governance in materia di digitalizzazione, al fine di semplificare i processi decisionali », con la conseguenza che, in termini generali, la Commissione non ha rilievi da formulare al riguardo". Inoltre, considerato che l'accentramento per la tutela dei cosiddetti diritti digitali richiedeva una dotazione organica adeguata, il Consiglio di Stato valutava "favorevolmente la scelta, operata dall'Amministrazione, di prevedere l'assegnazione all'AgID, di ulteriori 40 unità di personale, ai sensi dell'art. 62, comma 2 del decreto legislativo in esame, allo specifico fine di implementare compiutamente l'Ufficio del difensore civico".

B. CAROTTI, *Il correttivo al codice dell'amministrazione digitale: una meta - riforma - il commento,* in *Giornale Dir. Amm.*, 2018, 2, 131, rilevava che "In ogni caso, è l'amministrazione interessata a valutare i rilievi del difensore civico digitale: mancano, dunque, conseguenze dirette sul piano della vincolatività della decisione". Allo stesso modo, G. SCORZA, *Cos'è il difensore civico digitale e a che servirà*, in *Agenda digitale*, 30 gennaio 2018, affermava che il difensore civico digitale "qualora la contestazione risulti fondata intervenga per convincere – con le sole armi dell'autorevolezza e della moral suasion – l'amministrazione o il concessionario del servizio pubblico a rispettare i suoi doveri digitali".

[4] In effetti, i provvedimenti del difensore civico digitale successivi alla modifica legislativa in esame prevedono, anche con riferimento alla normativa in materia di accessibilità, che "il mancato avvio delle attività necessarie a porre rimedio e il mancato rispetto del termine perentorio per la loro conclusione rileva ai fini della misurazione

ISSN 2036-7821

Infine, il decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, recante la governance del piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, modificava da ultimo il c. 1-*quater* che allo stato attuale dispone che "e' istituito presso l'agid l'ufficio del difensore civico per il digitale, a cui è preposto un soggetto in possesso di adeguati requisiti di terzietà, autonomia e imparzialità. Chiunque può presentare al difensore civico per il digitale, attraverso apposita area presente sul sito istituzionale dell'agid, segnalazioni relative a presunte violazioni del presente codice e di ogni altra norma in materia di digitalizzazione ed innovazione della pubblica amministrazione da parte dei soggetti di cui all'articolo 2, comma 2. Il difensore civico, accertata la non manifesta infondatezza della segnalazione, la trasmette al direttore generale dell'agid per l'esercizio dei poteri di cui all'articolo 18-bis".

Pertanto, allo stato dell'arte il ruolo del difensore civico digitale è stato pesantemente ridimensionato, riducendosi alla verifica della non manifesta infondatezza della segnalazione ed alla conseguente trasmissione della stessa al direttore generale dell'ente presso il quale è incardinato; in sostanza, al termine dell'*excursus* normativo si assiste al passaggio della figura del difensore civico digitale da una funzione di garanzia dei diritti di cittadinanza digitali a mero filtro delle segnalazioni a favore dell'agid che procederà all'accertamento delle violazioni anche d'ufficio[5].

Al contempo, si attribuiscono i poteri prima appartenenti al difensore civico digitale, in aggiunta a poteri sanzionatori, ad agid, poteri di diffida alla struttura della presidenza del consiglio dei ministri competente per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale (dipartimento per la trasformazione digitale) e poteri sostitutivi al presidente del consiglio dei ministri o al ministro delegato (ministro per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale) anche tramite commissario *ad acta*[6].

In proposito, a seguito della riforma, il primo invito del direttore generale dell'agid al posto del difensore civico digitale afferma che "la nuova normativa (art.17 comma 1 quater come modificato dall'art 41 dl 77 e art 18 bis cad), si ritiene applicabile per le segnalazioni pervenute dall'entrata in vigore del richiamato decreto (1

---

e della valutazione della performance individuale dei dirigenti responsabili e comporta responsabilità dirigenziale e disciplinare ai sensi degli articoli 21 e 55 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165". Conseguentemente, in caso di omessa attivazione nei termini previsti dalla legge, l'invito del difensore civico digitale, contestuale segnalazione dell'inadempienza, sembrava vincolare l'Ufficio competente per i procedimenti disciplinari dell'amministrazione.

[5] Prima della riforma in esame G. SCORZA, *Cos'è il difensore civico digitale e a che servirà,* cit., riteneva che "Cittadini e imprese si trasformeranno in sentinelle di cittadinanza digitale e, dal basso, segnaleranno ciò che non funziona perché il difensore civico possa, al posto loro, farsi carico di dar forma e sostanza ai diritti dimenticati, violati o ignorati".

[6] In questo senso il nuovo art. 18-*bis* ("Violazione degli obblighi di transizione digitale") del CAD, inserito dal medesimo d. l. n. 77/2021, che ha modificato contestualmente, come visto, il c. 1-*quater* dell'art. 17 del CAD.

ISSN 2036-7821

giugno 2021) e le sanzioni amministrative risultano applicabili solo alle violazioni commesse dal 1 giugno 2021"[7].

3. Ambito di applicazione e procedura.

Come accennato, il punto di arrivo dell'evoluzione normativa prevede che chiunque possa presentare al difensore civico digitale segnalazioni relative a presunte violazioni del cad e di ogni altra norma in materia di digitalizzazione ed innovazione della pubblica amministrazione da parte dei soggetti di cui all'art. 2, c. 2 del medesimo cad (art. 17, c. 1-*quater*).

In modo corrispondente all'attribuzione della titolarità del diritto all'uso delle tecnologie da parte del cad (art. 3), il segnalante è potenzialmente "chiunque", rilevando in proposito sia le persone fisiche che giuridiche[8].

L'oggetto della segnalazione al difensore civico digitale è rappresentato dalle presunte violazioni del cad e di ogni altra norma in materia di digitalizzazione ed innovazione della pubblica amministrazione da parte dei medesimi soggetti rientranti nell'ambito di applicazione del cad (art. 2, c. 2); a quest'ultimo proposito, il riferimento è in linea generale alle pubbliche amministrazioni, alle autorità indipendenti (lett. A), ai gestori di servizi pubblici (lett. B) e alle società a controllo pubblico di cui alla lett. C (*infra* amministrazioni)[9].

Sebbene si riferisca ai nuovi poteri di vigilanza, verifica, controllo e monitoraggio dell'agid, l'art. 18-*bis* ("violazione degli obblighi di transizione digitale"), oltre a

[7] Invito n. 525-2021 del 7 settembre 2021 del direttore generale dell'AGID alla fondazione per lo sport del Comune di Reggio Emilia.

[8] Non c'era alcuna specificazione utile all'interno della determinazione dell'AGID, 12 febbraio 2018, n. 37, recante il regolamento per il difensore civico digitale, il cui art. 2 ("Oggetto del Regolamento") affermava che "1. Il presente Regolamento disciplina, nella fase di prima applicazione, le procedure interne dell'Ufficio del difensore civico per il digitale […] avviate a seguito della presentazione da parte di chiunque, attraverso apposita area del sito istituzionale dell'Agenzia, di una segnalazione […]". Allo stesso modo la determinazione dell'AGID n. 610/2021 del 29 novembre 2021 sul regolamento recante le procedure finalizzate allo svolgimento dei compiti previsti dall'articolo 17, comma 1-*quater*, del CAD, che abroga il predetto regolamento.

[9] L'invito n. 404-2021 dell'8 aprile 2021 all'Ente di previdenza dei periti industriali e dei periti industriali laureati riteneva che quest'ultimo ente rientrasse all'interno dei gestori di pubblici servizi di cui all'art. 2, c. 2., lett.b), del CAD, richiamando Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 8 marzo 2021, n. 1931, secondo cui "(…) le Casse e gli Enti previdenziali, in relazione alle loro funzioni istituzionali che trovano anche una rispondenza nell'art. 38 della Costituzione, pur non rientrando nella definizione di "Pubblica Amministrazione" dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 (norma dettata con riferimento alla disciplina del pubblico impiego), sono attratti nella sfera dei soggetti che gestiscono un servizio di rilievo pubblicistico: chiari indici di ciò sono il potere di vigilanza ministeriale ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. 30 giugno 1994 n. 509 nonché la sottoposizione al controllo della Corte dei conti sulla gestione al fine di assicurarne la legalità e l'efficacia".

L'invito n. 557-2021 dell'8 settembre 2021 del direttore generale dell'AGID alla fondazione consiglio nazionale ingegneri affermava che in istruttoria si è verificato che "la Scuola Superiore di formazione per l'Ingegneria è un Dipartimento della Fondazione Consiglio Nazionale Ingegneri che gestisce l'intero sistema di formazione continua degli ingegneri. La Fondazione è censita in iPA tra i Gestori di Pubblici Servizi e, quindi, rientra tra i soggetti di cui all'art. 2, co. 2, del C.A.D., in particolare alla lett. b)".

ISSN 2036-7821

riferirsi alle disposizioni del cad, considera espressamente all'interno "di ogni altra norma in materia di innovazione tecnologica e digitalizzazione della pubblica amministrazione" quelle contenute sia nelle linee guida che nel piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione (c. 1)[10]; si ritiene che la specificazione sia utilizzabile altresì nell'interpretazione dell'art. 17, c. 1-*quater*, del cad, anche considerato il filo conduttore che lega le due figure derivante dal fatto che l'agid procede all'accertamento delle violazioni in base alle segnalazioni del difensore civico digitale, oltre che d'ufficio.

Inoltre, il medesimo art. 18-*bis* affianca i poteri sanzionatori dell'agid alla violazione di norme che, sebbene per la maggior parte appartengano al cad, in due ipotesi si riferiscono a disposizioni appartenenti a plessi normativi differenti (c. 5)[11]; si ritiene che anche le predette ipotesi siano riconducibili ad "ogni altra norma in materia di digitalizzazione ed innovazione della pubblica amministrazione".

A quest'ultimo proposito rileva altresì il decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 106, recante attuazione della direttiva (ue) 2016/2102 relativa all'accessibilità dei siti web e delle applicazioni mobili degli enti pubblici, che modificava la legge 9 gennaio 2004,

[10] Con riferimento alle linee guida si veda https://www.agid.gov.it/it/linee-guida. Sotto il profilo normativo, l'art. 14-*bis* ("Agenzia per l'Italia digitale") del CAD afferma che l'AGID emana linee guida contenenti "regole, standard e guide tecniche, nonché di indirizzo, vigilanza e controllo sull'attuazione e sul rispetto delle norme di cui al presente Codice, anche attraverso l'adozione di atti amministrativi generali, in materia di agenda digitale, digitalizzazione della pubblica amministrazione, sicurezza informatica, interoperabilità e cooperazione applicativa tra sistemi informatici pubblici e quelli dell'Unione europea" (c. 2); al contempo, l'art. 71 ("Regole tecniche") del CAD dispone che l'AGID adotta le linee guida contenenti le regole tecniche e di indirizzo per l'attuazione del CAD "previa consultazione pubblica da svolgersi entro il termine di trenta giorni, sentiti le amministrazioni competenti e il Garante per la protezione dei dati personali nelle materie di competenza, nonché acquisito il parere della Conferenza unificata", divenendo efficaci a seguito della pubblicazione nel sito internet dell'AGID. In proposito, si veda AGID, determinazione 17 maggio 2018, n. 160, recante il regolamento per l'adozione di linee guida per l'attuazione del CAD.

Come ricordato dal Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 8 marzo 2021, n. 1931, le linee guida costituiscono "un atto di regolazione di natura tecnica e hanno una valenza erga omnes e un carattere di vincolatività", richiamando Consiglio di Stato, Commissione Speciale, parere n. 2122 del 10 ottobre 2017 sullo schema di d. lgs. recante disposizioni integrative e correttive al d. lgs. n. 179/2016, che riteneva le linee guida "pienamente giustiziabili dinanzi al giudice amministrativo, così come, peraltro, già statuito da questo Consiglio di Stato con il parere n. 855 del 2016 in relazione alle linee guida vincolanti adottate dall'ANAC".

[11] Come più avanti meglio esplicato, il riferimento è sia all'obbligo delle amministrazioni di far accedere ai servizi *on-line* tramite l'identità digitale ed il punto di accesso telematico a decorrere dal 1° gennaio 2018 (art. 65, c. 1, d. lgs. n. 217/2017) che di garantire livelli minimi di sicurezza, capacità elaborativa, risparmio energetico e affidabilità delle infrastrutture digitali per la pubblica amministrazione, caratteristiche di qualità, sicurezza, performance e scalabilità, interoperabilità, portabilità dei servizi *cloud* per la pubblica amministrazione, i termini e le modalità per effettuare le migrazioni dei centri per l'elaborazione delle informazioni (CED) delle pubbliche amministrazioni e le modalità del procedimento di qualificazione dei servizi *cloud* per la pubblica amministrazione (art. 33-*septies*, c. 4, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, che rinvia ad un regolamento dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale, temporaneamente emanato dall'AGID con determinazione n. 628/2021 del 15 dicembre 2021 ai sensi dell'art. 17, c. 6, del decreto legge 14 giugno 2021, n. 82, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2021, n. 109, d'intesa con la competente struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri).

ISSN 2036-7821

n. 4, recante disposizioni per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici, inserendo tra le altre cose sia l'art. 3-*quater* che 3-*quinquies*[12].

In particolare, l'art. 3-*quinquies*, c. 3, prevede che il difensore civico digitale, su segnalazione dell'utente, decida i ricorsi per risposta insoddisfacente o mancata risposta dei soggetti erogatori sia alla notifica di eventuali difetti di conformità ai principi di accessibilità di cui all'art. 3-*bis* e alle linee guida di cui all'art. 11[13], che alla richiesta di informazioni non accessibili e adeguamento dei sistemi informatici ai sensi dell'art. 3-*quater* ("dichiarazione di accessibilità"), c. 2, lett. *C*); in proposito, il difensore civico digitale dispone eventuali misure correttive, informando al contempo l'agid[14].

Invece, l'art. 3-*quinquies*, c. 2, prevede che in caso di contestazione sulla dichiarazione di accessibilità ovvero in caso di esito insoddisfacente del monitoraggio di agid nei confronti dei soggetti erogatori sia sull'attuazione della legge che sulla conformità dei siti web e delle applicazioni mobili in materia di accessibilità ai sensi dell'art. 7, c. 1, lett. *A*) e *a-bis*), il difensore civico digitale decide in merito alla corretta attuazione della legge disponendo eventuali misure correttive[15].

Chiarito l'ambito di applicazione della normativa in esame, con riferimento alla procedura è necessario distinguere temporalmente.

Prima dell'ultima evoluzione normativa, fatte salve le segnalazioni immediatamente archiviate non concernenti *prima facie* le funzioni del difensore civico digitale, il responsabile del competente ufficio dell'agid effettuava una preistruttoria tecnica, anche sentendo l'amministrazione coinvolta, al fine di valutare sia la coerenza che la fondatezza della segnalazione[16].

---

[12] Al riguardo, l'AGID emanava la determinazione 3 dicembre 2019, n. 357, recante il regolamento per il difensore civico digitale in materia di accessibilità, che distingueva in base all'art. 3-*quinquies* le segnalazioni da parte degli utenti per reclami formulati in relazione alle risposte dei soggetti erogatori ritenute insoddisfacenti o in caso di mancata risposta e le contestazioni formulate dall'ufficio di AGID competente in materia di accessibilità.

[13] Si veda AGID, determinazione 23 luglio 2020, recante le linee guida sull'accessibilità degli strumenti informatici.

[14] S. SETTE, *Difensore Civico Digitale, storia di un flop annunciato: i problemi da risolvere*, cit., rilevava che "Successivamente il DCD è stato investito in modo esplicito della verifica delle procedure di attuazione della L. 4/2004, art. 3-*quinques* (dichiarazione di accessibilità), che vengono trattate dal DCD con un iter differente rispetto a quelle più generali previste dall'art. 17, comma 1-*quater* del CAD, tramite un apposito link presente nella dichiarazione di accessibilità stessa che ogni PA deve pubblicare in calce ad ogni pagina del sito. Differenziazione intervenuta, probabilmente, perché nel primo anno di attività del DCD, la quasi totalità delle segnalazioni pervenute erano relative a questo aspetto".

[15] M. CAPORALE, *L'accessibilità ai siti web e alle applicazioni mobili delle pubbliche amministrazioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 3, 357, afferma in proposito che "Per quanto concerne la dichiarazione di accessibilità, nei casi in cui risulti contestata o carente, sia che una eventuale criticità sia riscontrata nelle ordinarie attività di monitoraggio svolte dall'AgID, sia a seguito di contestazione da parte di un utente, sono previste eventuali misure correttive che devono essere disposte dal neo-istituito difensore civico digitale".

[16] In questi termini la determinazione n. 37/2018 dell'AGID che prevedeva la trattazione delle segnalazioni in base ad una classificazione predeterminata (diritto all'uso delle tecnologie, identità digitale, domicilio digitale,

ISSN 2036-7821

L'avvio del procedimento ad opera del difensore civico digitale avveniva solo in caso di probabile fondatezza della segnalazione; sentita anche l'amministrazione interessata, qualora la segnalazione, a seguito di conclusione dell'istruttoria, si rivelasse fondata, il difensore civico digitale invitava l'amministrazione, preferibilmente nella persona del responsabile per la transizione al digitale, a porre rimedio alla violazione entro trenta giorni[17].

A quest'ultimo proposito, in assenza di riscontro nei termini da parte del responsabile per la transizione digitale o in caso di inadempimento, il difensore civico digitale trasmetteva al direttore generale dell'agid la segnalazione dell'inadempienza, che successivamente la restituiva ai fini dell'invio all'ufficio dell'amministrazione competente per i procedimenti disciplinari[18]; tuttavia, nella prassi applicativa si riportava che "in caso di mancato riscontro, il presente invito è da considerare anche quale segnalazione dell'inadempienza all'ufficio competente per i procedimenti disciplinari di codesta amministrazione", evitando gli ulteriori passaggi burocratici previsti dalla determinazione n. 37/2018 dell'agid[19].

Attualmente, a seguito della riforma del 2021, il difensore civico digitale accerta solo la non manifesta infondatezza, trasmettendo, se l'esito è positivo, la segnalazione al direttore generale dell'agid per l'esercizio dei poteri di cui all'art. 18-*bis*; in sostanza, il difensore civico digitale svolgerà una funzione di filtro a favore dell'agid che

---

pagamenti con modalità informatiche, comunicazione mediante le tecnologie dell'informazione ed altro) che segue per lo più i diritti di cittadinanza digitali enucleati dal CAD all'interno della Sezione II ("Carta della cittadinanza digitale").

Con riferimento alla trattazione dei reclami in materia di accessibilità, la determinazione n. 357/2019 dell'AGID dispone altresì l'archiviazione qualora a seguito dell'esame preliminare emerga la carenza di elementi informativi necessari all'avvio dell'istruttoria (omessa allegazione della risposta del soggetto erogatore ritenuta insoddisfacente, omessa allegazione della notifica del reclamante ai soggetti erogatori rispetto alle problematiche di accessibilità rilevate); per quanto riguarda, invece, la trattazione delle contestazioni, l'ufficio del difensore civico digitale riscontra la completezza della documentazione fornita, richiedendo, se del caso, un'integrazione all'ufficio segnalante all'interno di AGID.

[17] Così ancora la determinazione n. 37/2018 dell'AGID. Con riferimento alla trattazione dei reclami in materia di accessibilità, la determinazione n. 357/2019 dell'AGID dispone, a seguito dell'esame preliminare, l'avvio del procedimento da parte del difensore civico digitale, sentendo, oltre al responsabile per la transizione al digitale dell'amministrazione interessata, l'ufficio di AGID competente in materia di accessibilità ed il reclamante; qualora a seguito dell'istruttoria il reclamo risulti fondato, il difensore civico digitale invita l'amministrazione interessata ad adottare le iniziative atte a superare le criticità segnalate o a fornire la risposta al reclamante. Per quanto riguarda la trattazione delle contestazioni, a seguito dell'esame preliminare è previsto l'avvio del procedimento da parte del difensore civico digitale, svolgendo l'istruttoria anche acquisendo ulteriori elementi dagli uffici dell'AGID o dal responsabile per la transizione al digitale dell'amministrazione interessata; la decisione contiene le soluzioni anche al fine di garantire la corretta attuazione della legge sull'accessibilità, indicando eventuali misure correttive per risolvere le criticità emerse in sede di analisi della dichiarazione di accessibilità o in fase di monitoraggio.

[18] In questi termini la determinazione n. 37/2018 dell'AGID.

[19] Tra i numerosi esempi si veda l'invito n. 524-2021 del 21 aprile 2021 al Ministero del lavoro.

ISSN 2036-7821

procederà all'accertamento delle violazioni, oltre che d'ufficio, anche su segnalazione dello stesso difensore civico digitale[20].

Sembra pertanto evidente che da un lato il regolamento dell'agid sul difensore civico digitale non sia più aderente all'attuale disciplina normativa, dall'altro che, come previsto espressamente da quest'ultima, l'agid debba disciplinare mediante apposito regolamento "le procedure di contestazione, accertamento, segnalazione e irrogazione delle sanzioni per le violazioni" (art. 18-*bis*, c. 7). In questo senso l'agid ha recentemente adottato sia il regolamento recante le procedure finalizzate allo svolgimento dei compiti previsti dall'art. 17, c. 1-*quater*, del cad, che il regolamento recante le procedure di contestazione, accertamento, segnalazione delle violazioni in materia di transizione digitale e di esercizio del potere sanzionatorio ai sensi dell'art. 18-*bis*, del cad[21].

Il primo regolamento, fatta salva una preistruttoria diretta a valutare la ricevibilità della segnalazione (art. 5)[22], prevede che il difensore civico digitale avvii un procedimento istruttorio che si conclude con un provvedimento di archiviazione per manifesta infondatezza o irrilevanza della segnalazione o con la trasmissione degli atti al direttore generale dell'agid per l'esercizio dei poteri di cui all'art. 18-*bis* del cad.

Con riferimento al secondo regolamento, si precisa in via preliminare che l'art. 18-*bis* del cad dispone che l'agid nell'esercizio delle sue funzioni possa acquisire "dati, documenti e ogni altra informazione strumentale e necessaria", applicando sanzioni sia in caso di inottemperanza che di trasmissione di informazioni parziali o non veritiere (c. 1).

Qualora a seguito delle informazioni emerga una violazione, l'agid effettua una contestazione assegnando al destinatario un termine per difendersi sia per iscritto (scritti difensivi e documentazione) che oralmente (c. 2)[23].

---

[20] In questo senso, con riferimento alle segnalazioni già pendenti alla data del 1° giugno 2021, l'invito n. 557-2021 dell'8 settembre 2021 del direttore generale dell'AGID alla fondazione consiglio nazionale ingegneri affermava che "Agid, e per essa il Direttore Generale, alla quale è ora attribuito il potere di adottare i provvedimenti in caso di accertamento delle violazioni, applica la disciplina previgente con il relativo regolamento, rispetto al quale il riferimento al Difensore Civico per il Digitale si intende sostituito da Agid quando relativo a poteri e attività che ora la legge attribuisce a quest'ultima; per l'effetto, Agid, e per essa il Direttore generale, a conclusione dei procedimenti relativi a segnalazioni ritenute fondate, adotta gli inviti in precedenza rimessi al Difensore Civico per il Digitale".

[21] Il riferimento è rispettivamente alla determinazione n. 610/2021 del 29 novembre 2021 che abroga il precedente regolamento adottato con determinazione n. 37/2018 e alla determinazione n. 611/2021 del 29 novembre 2021, pubblicate nella gazzetta ufficiale n. 295 del 13 dicembre 2021. Quest'ultima determinazione dell'AGID è stata modificata dalla determina n. 650/2021 del 28 dicembre 2021 recante rettifiche ad errori materiali, pubblicata nella gazzetta ufficiale n. 17 del 22 gennaio 2022.

[22] Si rileva come uno dei motivi di irricevibilità sia l'identità della segnalazione con altra precedente oggetto di provvedimento.

[23] Al riguardo, il regolamento prevede che il responsabile del procedimento trasmetta un atto di accertamento che indichi eventuali osservazioni o la non conformità, informando il soggetto vigilato della facoltà di inviare

ISSN 2036-7821

Laddove l'esercizio del "*right to be heard*" non modifichi la sussistenza della violazione contestata, l'agid, dopo aver accertato la violazione, assegna un termine al trasgressore per conformarsi alla disciplina violata, segnalando al contempo le violazioni all'ufficio competente per i procedimenti disciplinari e agli organismi indipendenti di valutazione (c. 3)[24]; l'accertamento delle violazioni da parte di agid determina conseguenze sia in materia di valutazione della performance individuale che di responsabilità dirigenziale e disciplinare (c. 4), a differenza della vecchia formulazione dell'art. 17, c. 1-*quater*, del cad, che collegava le predette conseguenze alle ipotesi di omesso avvio delle attività riparatorie e di mancato rispetto del termine perentorio indicato all'interno dell'avviso del difensore civico digitale.
Ove le amministrazioni non ottemperino all'obbligo di conformare la condotta nel termine previsto, la disciplina prevede poteri sanzionatori dell'agid[25] seppur limitati alla violazione di specifici obblighi (c. 5)[26]. Il riferimento è nello specifico all'obbligo delle amministrazioni:
- di accettare i pagamenti con modalità informatiche (art. 5);
- di consentire agli utenti di esprimere la soddisfazione della qualità del servizio e pubblicizzare i relativi dati sui siti (art. 7, c. 3);
- di raccogliere gli atti procedimentali all'interno di un fascicolo informatico direttamente consultato ed alimentato dalle amministrazioni coinvolte e dagli interessati attraverso il sistema pubblico di ricerca documentale e il punto di accesso telematico ai servizi in rete (art. 41, c. 2 e 2-*bis*)[27];
- di rendere disponibili i documenti attraverso servizi *on-line* accessibili previa identificazione con l'identità digitale, integrati con il sistema pubblico di ricerca documentale ed il punto di accesso telematico ai servizi in rete (art. 43, c. 1-*bis*);
- di rendere disponibili i dati (art. 50, c. 3-*ter*)[28];

---

scritti difensivi e chiedere di essere sentito entro un termine perentorio non superiore a quindici giorni (artt. 11 e 12).

[24] Nella fattispecie il regolamento prevede che il responsabile della direzione diffidi il soggetto vigilato a conformare la propria condotta agli obblighi previsti dalla disciplina vigente (art. 15), archiviando nel caso di ottemperanza alla diffida nei termini (art. 16).

[25] L'AGID irroga la sanzione amministrativa pecuniaria nel minimo di euro 10.000 e nel massimo di euro 100.000, applicando, per quanto non espressamente previsto, la disciplina della legge 24 novembre 1981, n. 689.

[26] Il regolamento si riferisce all'inottemperanza agli obblighi di transizione digitale (art. 20), prevedendo che il procedimento sanzionatorio si concluda, fatta salva la facoltà di presentare documentazione o scritti difensivi o di essere sentiti, con un'archiviazione o una sanzione amministrativa pecuniaria pagabile anche in misura ridotta.

[27] Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 24 gennaio 2019, n. 590, affermava che si deve tener conto delle previsioni "di cui agli artt. 40 e ss. del Codice, che complessivamente orientano l'azione dei pubblici poteri: a) alla formazione degli originali dei documenti con mezzi informatici (art. 40); b) alla gestione dei relativi procedimenti con le risorse delle tecnologie informatiche e telematiche (art. 41); c) alla utilizzazione di modalità di "conservazione" e "riproduzione" secondo le medesime regole tecniche, con pari validità e rilevanza legale certativa (artt. 42 e 43) …".

[28] Nel confermare l'accesso civico ai dati contenuti nell'Anagrafe dell'edilizia scolastica, Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 4 gennaio 2018, n. 47, precisava che "l'obbligo di rendere disponibili in via generale i dati acquisiti da una pubblica amministrazione e coagulati in una "banca dati"" discende dall'art. 50, c. 1, del CAD, che così

ISSN 2036-7821

- di rendere accessibili le basi dati (art. 50-*ter*, c. 5)[29];
- di utilizzare esclusivamente le identità digitali spid, la carta di identità elettronica e la carta nazionale dei servizi ai fini dell'identificazione dei "cittadini" che accedono ai servizi in rete delle "pubbliche amministrazioni"[30], rinviando ad appositi decreti per stabilire sia la data dalla quale le "pubbliche amministrazioni" utilizzano esclusivamente le identità digitali spid, la carta di identità elettronica e la carta nazionale dei servizi per l'accesso delle "imprese e dei professionisti" che la data dalla quale tutti gli altri soggetti destinatari del cad utilizzano esclusivamente le identità digitali spid, la carta di identità elettronica e la carta nazionale dei servizi ai fini dell'identificazione degli "utenti" dei propri servizi *on-line* (art. 64, c. 3-*bis*);
- di permettere la fruizione dei servizi in rete tramite punto di accesso telematico attivato presso la presidenza del consiglio dei ministri e applicazione su dispositivi mobili (art. 64-*bis*)[31];

---

dispone: "I dati delle pubbliche amministrazioni sono formati, raccolti, conservati, resi disponibili e accessibili con l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione che ne consentano la fruizione e riutilizzazione, alle condizioni fissate dall'ordinamento, da parte delle altre pubbliche amministrazioni e dai privati; restano salvi i limiti alla conoscibilità dei dati previsti dalle leggi e dai regolamenti, le norme in materia di protezione dei dati personali ed il rispetto della normativa comunitaria in materia di riutilizzo delle informazioni del settore pubblico"; la sentenza sottolineava che l'art. 52, c. 4, del CAD "a conferma della rilevanza dell'obbligo imposto dal legislatore alle amministrazioni pubbliche di mettere a disposizione, pubblicandole sul sito web dell'ente, le banche dati dalle stesse gestite, dispone che "Le attività volte a garantire l'accesso telematico e il riutilizzo dei dati delle pubbliche amministrazioni rientrano tra i parametri di valutazione della performance dirigenziale ai sensi dell'articolo 11, comma 9, del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150"". Al riguardo, l'attuale art. 50, c. 3-*ter*, precisa che l'inadempimento dell'obbligo di rendere disponibili i dati comporta il mancato raggiungimento di uno specifico risultato e di un rilevante obiettivo da parte dei dirigenti responsabili delle strutture competenti, determinando "la riduzione, non inferiore al 30 per cento, della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei dirigenti competenti, oltre al divieto di attribuire premi o incentivi nell'ambito delle medesime strutture".

[29] La piattaforma digitale nazionale dati (PDND) è caratterizzata da un'infrastruttura che permette l'interoperabilità delle basi di dati in conformità con le linee guida emanate dall'AGID il 15 dicembre 2021 (c. 2); la piattaforma è diretta ad agevolare la conoscenza e l'utilizzo del patrimonio informativo detenuto dalle amministrazioni nonché la condivisione dei dati con i soggetti che hanno il diritto di accesso ex art. 50 (c. 1), escludendo i dati attinenti a ordine e sicurezza pubblici, difesa e sicurezza nazionale, polizia giudiziaria e polizia economico-finanziaria (c. 3).

Anche nella fattispecie l'inadempimento dell'obbligo di rendere disponibili e accessibili le basi dati ovvero i dati aggregati e anonimizzati costituisce mancato raggiungimento di uno specifico risultato e di un rilevante obiettivo da parte dei dirigenti responsabili delle strutture, determinando "la riduzione, non inferiore al 30 per cento, della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei dirigenti competenti, oltre al divieto di attribuire premi o incentivi nell'ambito delle medesime strutture" (c. 5).

[30] In base all'art. 24, c. 4, d. l. n. 76/2020, dal 28 febbraio 2021 è vietato alle "pubbliche amministrazioni" di rilasciare o rinnovare credenziali per l'identificazione e l'accesso dei cittadini ai propri servizi in rete diverse da SPID, CIE o CNS, fermo restando l'utilizzo di quelle già rilasciate fino alla scadenza e, comunque, non oltre il 30 settembre 2021.

[31] La disposizione in esame precisa che la violazione determina il mancato raggiungimento di uno specifico risultato e di un rilevante obiettivo da parte dei dirigenti responsabili delle strutture competenti, comportando "la riduzione, non inferiore al 30 per cento della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei dirigenti competenti, oltre al divieto di attribuire premi o incentivi nell'ambito delle medesime strutture" (c. 1-*quinquies)*.

ISSN 2036-7821

- di far accedere ai servizi *on-line* tramite identità digitale e punto di accesso telematico attivato presso la presidenza del consiglio dei ministri a decorrere dal 1° gennaio 2018 (art. 65, c. 1, d. Lgs. N. 217/2017);
- di garantire livelli minimi di sicurezza, capacità elaborativa, risparmio energetico e affidabilità delle infrastrutture digitali, caratteristiche di qualità, sicurezza, performance e scalabilità, interoperabilità, portabilità dei servizi *cloud*, i termini e le modalità per effettuare le migrazioni dei centri per l'elaborazione delle informazioni (ced) e le modalità del procedimento di qualificazione dei servizi *cloud* (art. 33-*septies*, c. 4, d. L. N. 179/2012).

Infine, oltre ai predetti poteri sanzionatori in capo all'agid, il dipartimento per la trasformazione digitale della presidenza del consiglio dei ministri, informato dall'agid circa la violazione delle specifiche norme causa delle sanzioni, diffida il trasgressore a conformarsi alla disciplina violata entro determinati termini, pena l'esercizio dei poteri sostitutivi da parte del ministro per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale anche tramite un commissario *ad acta* (c. 6)[32].

4. Prassi applicativa e codice dell'amministrazione digitale.

Come inizialmente accennato, il presente contributo esamina le decisioni amministrative del difensore civico digitale a partire dalla sua centralizzazione presso l'agid, focalizzandosi in particolare sulle segnalazioni aventi ad oggetto il cad; tuttavia, a seguito dell'ultima riforma, l'analisi ha coinvolto anche gli inviti emessi dal direttore generale dell'agid.

Lo studio delle segnalazioni concluse dal difensore civico digitale delinea un numero di procedimenti crescente nel tempo, correlato ad un contestuale incremento degli inviti alle amministrazioni; da ultimo, nel 2021, il dato degli inviti, al 21 aprile, coincide con i procedimenti aperti, non emergendo alcuna archiviazione da parte del difensore civico digitale.

In particolare, nel 2018 il difensore civico digitale ha effettuato 8 inviti su 94 segnalazioni, nel 2019 10 inviti su 95 segnalazioni, nel 2020 70 inviti su 238 segnalazioni e nel 2021, come detto, si rilevano tanti inviti quanto sono le segnalazioni (circa 500)[33].

---

[32] In proposito, il regolamento prevede solo che "Contestualmente all'irrogazione della sanzione, nei casi indicati dall'articolo 18 bis comma 6 del CAD il Direttore Generale segnala la violazione alla struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri competente per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale".

[33] Un'analisi specifica di tutti gli inviti pubblicati nel 2021 fino al 21 aprile mostra come la quasi totalità delle ipotesi riguardi l'omessa pubblicazione nell'indice delle pubbliche amministrazioni (*infra* IPA) del responsabile per la transizione al digitale; i predetti inviti contengono medesimo oggetto, sebbene siano riferiti a differenti amministrazioni (aziende sanitarie locali, aziende ospedaliere, Ministeri, Regioni, Comuni, Città metropolitane, ordini degli ingegneri, degli avvocati, dei dottori commercialisti ed esperti contabili, dei medici chirurghi e degli odontoiatri, dei medici veterinari, dei giornalisti, dei farmacisti, degli assistenti sociali, collegi dei geometri e geometri laureati, Università, Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, uffici di commissari

ISSN 2036-7821

In precedenza, oltre a constatare il ridotto numero delle segnalazioni, si evidenziava che solo il 10% confluiva in decisioni contenenti inviti alle amministrazioni coinvolte, individuando le cause nell'assenza di informazione sulla figura in esame, nelle procedure complesse e nell'unicità del difensore[34].
Attualmente, come emerge dai sopra menzionati dati, la situazione è cambiata in modo netto; si rileva, infatti, un incremento consistente sia delle segnalazioni che degli inviti del difensore civico digitale.
Quanto al periodo successivo all'ultima riforma del 2021, l'attuale normativa è stata ritenuta applicabile, come visto, alle segnalazioni pervenute dall'entrata in vigore del 1° giugno 2021, irrogando le sanzioni solo alle violazioni effettivamente commesse dopo quella data; con riferimento, invece, alle segnalazioni già pendenti alla predetta data, l'agid applicava la disciplina previgente con il relativo regolamento, sostituendo, al termine dei procedimenti sulle segnalazioni fondate, gli inviti del direttore generale (titolare dei nuovi poteri di cui all'art. 18-*bis*) a quelli emanati dal difensore civico digitale[35].
Ciò premesso, successivamente alla data del 21 aprile 2021 che era stata utilizzata per l'analisi degli inviti effettuati dal difensore civico digitale, l'agid ha pubblicato 45 inviti, posteriori alla riforma, effettuati dal direttore generale; ebbene, anche i predetti provvedimenti amministrativi, come evidente nel prosieguo, sono stati analizzati al fine di perseguire gli scopi del presente lavoro.

Artt. 3-*bis* e 6 del cad sul domicilio digitale.
Nel 2020 il primo invito, così come numerosi altri, richiedeva all'amministrazione la notificazione dei verbali di contestazione delle violazioni e delle eventuali sanzioni accessorie al domicilio digitale ini-pec del destinatario piuttosto che in modalità tradizionale[36]; in effetti, a giustificazione dell'invito, il difensore civico digitale

straordinari, autorità indipendenti ecc.). A titolo esemplificativo si veda l'invito n. 523-2021 del 16 aprile 2021 all'ordine dei medici veterinari della Provincia di Catanzaro.

[34] In questo senso S. SETTE, *Difensore Civico Digitale, storia di un flop annunciato: i problemi da risolvere, cit.*, il quale precisava che "fra un DCD in ogni PA ed un unico DCD per tutte le PA, c'è probabilmente una via intermedia (forse quella di istituire il DCD su base regionale, come avviene per i DC ordinari)"; l'autore conclude affermando la positività della figura quale arma per difendere i diritti all'uso del digitale nei confronti dell'amministrazione pubblica, auspicando sia una profonda riforma che la pubblicità della figura.

[35] Si veda per esempio l'invito n. 525-2021 del 7 settembre 2021 del direttore generale dell'AGID alla fondazione per lo sport del Comune di Reggio Emilia.

[36] L'invito n.1-2020 del 30 marzo 2020 alla polizia provinciale di Vercelli prendeva in esame la circolare 300/A/1500/18/127/9 del 20 febbraio /2018, emanata dal Dipartimento di Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno sulla "Notificazione a mezzo posta elettronica certificata delle sanzioni amministrative per violazioni del Codice della Strada" la quale afferma che "La notificazione a mezzo PEC diventa, infatti, obbligatoria nel caso in cui l'autore della violazione, il proprietario o altro obbligato in solido ai sensi dell'art. 196 CdS abbiano fornito un valido indirizzo PEC all''organo di polizia procedente, in occasione dell'attività di accertamento dell'illecito, ovvero abbiano un domicilio digitale ai sensi dell'art. 3-bis CAD e delle relative disposizioni attuative."

ISSN 2036-7821

rilevava che da un lato l'art. 3 *bis* ("identità digitale e domicilio digitale"), c. 1, prevede che i professionisti tenuti all'iscrizione in albi ed elenchi e i soggetti tenuti all'iscrizione nel registro delle imprese abbiano l'obbligo di dotarsi di un domicilio digitale iscritto nell'elenco di cui all'art. 6-*bis* ("indice nazionale dei domicili digitali delle imprese e dei professionisti"), dall'altro l'art. 6 ("utilizzo del domicilio digitale"), c. 1-*quater*, del cad prevede che le amministrazioni notifichino "presso i domicili digitali di cui all'articolo 3-*bis* i propri atti, compresi i verbali relativi alle sanzioni amministrative, gli atti impositivi di accertamento e di riscossione e le ingiunzioni di cui all'articolo 2 del regio decreto 14 aprile 1910, n. 639, fatte salve le specifiche disposizioni in ambito tributario".
Per completezza, si precisa inoltre che in base all'art. 3-*bis*, c. 1, del cad, anche le amministrazioni hanno l'obbligo di dotarsi di un domicilio digitale, seppur iscritto nell'elenco di cui all'art. 6-*ter* ("indice dei domicili digitali delle pubbliche amministrazioni e dei gestori di pubblici servizi").

Infine, secondo il medesimo art. 3-*bis*, c. 1-*bis*, chiunque ha facoltà di eleggere o modificare il proprio domicilio digitale da iscrivere nell'elenco di cui all'art. 6-*quater* ("indice nazionale dei domicili digitali delle persone fisiche, dei professionisti e degli altri enti di diritto privato, non tenuti all'iscrizione in albi, elenchi o registri professionali o nel registro delle imprese")[37]; premesso che nella fattispecie emerge una facoltà piuttosto che un obbligo, è utile precisare che recentemente l'agid ha pubblicato al riguardo apposite linee guida[38]. Ebbene, anche nella fattispecie è applicabile il menzionato obbligo di notifica degli atti presso i domicili digitali da parte delle amministrazioni (art. 6, c. 1-*quater*).

Art. 5 del cad ed effettuazione di pagamenti con modalità informatiche

[37] L'invito n. 251-2021 del 25 febbraio 2021 alla polizia locale del Comune di Bologna precisava che nel decreto interministeriale 18/12/2017 recante la "disciplina delle procedure per la notificazione dei verbali di accertamento delle violazioni del codice della strada, tramite posta elettronica certificata" fosse stabilito "l'obbligo per l'ufficio da cui dipende l'organo accertatore o che ha redatto il verbale di contestazione di ricercare l'indirizzo PEC del proprietario del veicolo o di altro soggetto, nei pubblici elenchi per notificazioni e comunicazioni elettroniche a cui abbia accesso", riferendosi sia all'indice nazionale dei domicili digitali delle imprese e dei professionisti (INI-PEC, gestito dal MISE) che all'indice delle pubbliche amministrazioni e dei gestori di pubblici servizi (IPA, gestito da AGID); inoltre, il difensore civico digitale richiamava la citata circolare del 20 febbraio 2018 secondo cui "in presenza di un valido indirizzo di posta elettronica certificata comunicato dall'interessato o reperito presso l'indice di cui agli artt. 6-*bis* e 6-*ter* CAD - e, quando sarà disponibile, presso l'indice di cui all'art. 6-*quater* CAD - l'ufficio da cui dipende l'organo accertatore ha l'obbligo di effettuare la notifica del verbale di contestazione della violazione, e delle eventuali sanzioni accessorie connesse, in forma elettronica (…)".

[38] Determinazione n. 529/2021 del 15 settembre 2021 dell'AGID recante le linee guida dell'Indice nazionale dei domicili digitali delle persone fisiche, dei professionisti e degli altri enti di diritto privato non tenuti all'iscrizione in albi, elenchi o registri professionali o nel registro delle imprese; in particolare, si specifica che il c. d. INAD è gestito da AGID tramite InfoCamere, struttura informatica delle Camere di commercio già deputata alla gestione dell'INI-PEC.

ISSN 2036-7821

Al fine della ricezione dei pagamenti spettanti a qualsiasi titolo, le amministrazioni devono accettare, tramite apposita piattaforma, i pagamenti attraverso sistemi elettronici, restando ferma la possibilità di accettare anche altre forme di pagamento elettronico (c. 1).
Ciò premesso, ai fini dell'attuazione della predetta disposizione, la presidenza del consiglio dei ministri mette a disposizione una piattaforma tecnologica per l'interconnessione e l'interoperabilità tra le amministrazioni e i prestatori di servizi di pagamento abilitati, assicurando, attraverso gli strumenti di cui al sistema pubblico per la gestione delle identità digitali, l'autenticazione dei soggetti interessati (c. 2).
Di recente, un invito del direttore generale dell'agid rilevava che sulla base degli elementi istruttori emergeva una violazione dell'obbligo di accettazione dei pagamenti elettronici previsto dal cad, affermando che l'amministrazione non avesse ancora ultimato le attività per consentire ai cittadini i pagamenti con modalità informatiche alla scadenza del 28 febbraio 2021 prevista dall'art. 24 del d. L. N. 76/2020[39].

Art. 17 del cad e responsabile della transizione digitale.
Un invito del difensore civico digitale richiamava un'amministrazione all'applicazione della disciplina sul responsabile per la transizione digitale, menzionando in proposito sia l'art. 17 del cad che la circolare 1° ottobre 2018, n. 3, del ministro per la pubblica amministrazione[40].
In particolare, emerge che le amministrazioni siano tenute ad affidare la transizione alla modalità operativa digitale ad un unico ufficio dirigenziale generale (o fuori dallo stato ad un ufficio dirigenziale o in assenza ad una posizione apicale) il cui responsabile sia dotato di adeguate competenze tecnologiche, di informatica giuridica e manageriali, rispondendo direttamente all'organo di vertice politico o in assenza a quello amministrativo (art. 17, c. 1, 1-*ter* e 1-*sexies*).
Oltre all'individuazione del responsabile per la transizione digitale, la predetta circolare richiamava le amministrazioni a provvedere "alla relativa registrazione sull'indice delle pubbliche amministrazioni (ipa - www.indicepa.gov.it)"[41].

Art. 23-*ter*, c. 5-*bis* del cad e accessibilità.

[39] Invito n. 565-2021 dell'8 settembre 2021 al Comune di Santa Maria Capua Vetere.
[40] Invito n. 5-2020 del 26 maggio 2020 al Comune di Manfredonia in cui il segnalante evidenziava il mancato rispetto della disciplina riguardante la nomina del responsabile per la transizione digitale di cui all'art. 17, c. 1 del CAD; il predetto invito, come accennato, è stato poi seguito da numerosissimi altri aventi contenuto analogo, sebbene riferiti a differenti amministrazioni.
[41] In questi termini la citata circolare del Ministro per la pubblica amministrazione, dopo aver rilevato che "dalla data di entrata in vigore di tale obbligo (14 settembre 2016) ad oggi, risulta che soltanto un numero limitato di amministrazioni ha provveduto ad individuare tale figura, essenziale per la digitalizzazione coordinata del Paese".

ISSN 2036-7821

Soprattutto nella fase iniziale, un discreto numero di inviti riguardava la non adeguata accessibilità a persone con disabilità degli atti amministrativi pubblicati in formato pdf scansioni come documenti immagine piuttosto che come pdf accessibili[42]; al riguardo, il difensore civico digitale si riferiva alla violazione dell'art. 23-*ter*, c. 5-*bis*, del cad in base al quale i documenti "devono essere fruibili indipendentemente dalla condizione di disabilità personale, applicando i criteri di accessibilità definiti dai requisiti tecnici di cui all'articolo 11 della legge 9 gennaio 2004, n. 4" che rinvia a sua volta alle linee guida dell'agid[43].

Secondo un autore, la rilevanza numerica delle segnalazioni riferite all'attuazione della l. N. 4/2004 inizialmente trattate *ex* art. 17, c. 1-*quater*, del cad, è stata causa del successivo inserimento degli artt. 3-*quater* e *quinquies* all'interno della l. N. 4/2004 da parte dell'art. 1, c. 4, del d. Lgs. N. 106/2018, comportando, a seguito dell'entrata in vigore, un iter differente tramite link nella dichiarazione di accessibilità che l'amministrazione pubblica in calce ad ogni pagina del sito[44].

A causa dell'assenza della dichiarazione di accessibilità, di recente alcuni inviti del direttore generale dell'agid rilevavano violazioni delle disposizioni della legge n. 4/2004 e delle linee guida dell'agid "sull'accessibilità degli strumenti informatici", evidenziando anche numerosi dettagli pratici[45].

---

[42] L'invito n. 28-2020 del 25 novembre 2020 al Comune di Chiusaforte precisava che non si consentiva in tal modo al cittadino sia la ricerca per parole chiave che l'evidenziazione.

[43] Al riguardo, si veda la determinazione 23 luglio 2020 dell'AGID recante le linee guida sull'accessibilità degli strumenti informatici.

[44] In questi termini S. SETTE, *Difensore Civico Digitale, storia di un flop annunciato: i problemi da risolvere*, *cit.*. Si rammenta inoltre che in base all'art. 2 ("Norme transitorie e abrogazioni") del d. lgs. n. 106/2018 le nuove disposizioni inserite si applicano come segue:

a) ai siti web non pubblicati prima del 23 settembre 2018: a decorrere dal 23 settembre 2019;
b) ai siti web non contemplati dalla lettera a): a decorrere dal 23 settembre 2020;
c) alle applicazioni mobili: a decorrere dal 23 giugno 2021.

[45] Invito n. 567-2021 dell'8 settembre 2021 al Ministero della cultura. Più in dettaglio si veda l'invito n. 569-2021 dell'8 settembre 2021 alla Società vicentina trasporti in cui si rilevava:

- un non corretto contrasto tra testo e sfondo del sito, sia sulla *home page* che sulle pagine interne;
- la mancanza di testi alternativi su numerose immagini;
- la presenza di frasi sottolineate, pur non essendo dei link;
- l'assenza nel sito della dichiarazione di accessibilità e quindi anche di relativo modulo di *feedback*;
- che il form di reclamo, a cui punta il sito, ha un *captcha* senza alternative testuali, tutti i campi non sono associati alle rispettive etichette, non ha chiare indicazioni sulla *privacy* (assenza del responsabile trattamento e dell'informativa);
- un'omessa strutturazione della pagina (es. titoli) con conseguente difficoltoso orientamento in violazione di WCAG 1.3.1;
- in *home page* alcuni elementi sono in movimento, non consentendo la visualizzazione statica come previsto da WCAG 2.2.2;
- non riconoscimento dei link, se non per colore, in violazione di WCAG 1.4.1;
- non visione del focus, in particolare sulle voci principali di menu, in violazione di WCAG 2.4.7;
-che i documenti pdf utilizzabili per richieste particolari (es. rimborsi covid) non sono perfettamente chiari e compilabili, avendo ad esempio problemi sulle etichette in violazione di WCAG 1.3.1;

ISSN 2036-7821

Art. 40-*bis* del cad sul protocollo informatico e linee guida.
In linea generale, *ex* articolo 53 ("registrazione di protocollo") del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445, recante il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, sono obbligatoriamente registrati "i documenti ricevuti e spediti dall'amministrazione e tutti i documenti informatici" (c. 5).
Si precisa altresì nell'art. 40-*bis* ("protocollo informatico") del cad che in conformità alle linee guida "formano comunque oggetto di registrazione di protocollo" sia le comunicazioni provenienti o inviate a domicili digitali eletti secondo l'art. 3-*bis*, che le istanze e le dichiarazioni presentate alle amministrazioni per via telematica *ex* art. 65.
Ciò premesso, un invito del 2018 del difensore civico digitale rilevava l'assenza dal sito dell'amministrazione del manuale di gestione del protocollo informatico come richiesto dall'art. 5, c. 3, del d. P. C. M. 3 dicembre 2013 recante "regole tecniche per il protocollo informatico ai sensi degli articoli 40-*bis*, 41, 47, 57-*bis* e 71" del cad secondo cui "3. Il manuale di gestione è reso pubblico dalle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 2, comma 2, del codice mediante la pubblicazione sul proprio sito istituzionale"[46].

Art. 64 del cad su spid e servizi in rete.
Ulteriori decisioni amministrative del difensore civico digitale invitavano le amministrazioni a conformarsi alla disciplina di cui all'art. 64 ("sistema pubblico per la gestione delle identità digitali e modalità di accesso ai servizi erogati in rete dalle pubbliche amministrazioni "), c. 2-*quater*, del cad in base alla quale "l'accesso ai servizi in rete erogati dalle pubbliche amministrazioni che richiedono identificazione informatica avviene tramite spid, nonché tramite la carta di identità elettronica", fermo restando quanto previsto dall'art. 3-*bis* ("identità digitale e domicilio digitale"), c. 01, secondo cui "chiunque ha il diritto di accedere ai servizi on-line […]

- l'esistenza di pdf scansioni piuttosto che pdf accessibili all'interno di amministrazione trasparente, non emergendo un sistema per richiedere le versioni accessibili.

[46] Così l'invito n. 4-2018 dell'8 agosto 2018 al Comune di Cisterna di Latina. Per l'abrogazione del d.P.C.M. citato a decorrere dal 1° gennaio 2022, ad eccezione degli artt. 2, c. 1, 6, 9, 18, c. 1 e 5, 20 e 21, si veda la determinazione 18 maggio 2021, n. 371, dell'AGID, recante l'adozione delle linee guida sulla formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici, la quale precisa che "La Pubblica Amministrazione è tenuta a redigere, adottare con provvedimento formale e pubblicare sul proprio sito istituzionale il Manuale di gestione documentale. La pubblicazione è realizzata in una parte chiaramente identificabile dell'area "Amministrazione trasparente" prevista dall'art. 9 del d.lgs. 33/2013"; quest'ultimo atto sostituiva la precedente determinazione 9 settembre 2020, n. 407, dell'AGID, avente medesimo oggetto.

ISSN 2036-7821

tramite la propria identità digitale e anche attraverso il punto di accesso telematico di cui all'articolo 64-*bis*"[47].
Si rammenta altresì che in base all'art. 64 del cad l'accesso ai servizi in rete che richiedono l'identificazione informatica "può avvenire anche con la carta nazionale dei servizi" (c. 2-*nonies*)[48].

Art. 65 del cad sulle istanze alle pubbliche amministrazioni.
In base all'articolo 38 ("modalità di invio e sottoscrizione delle istanze") del citato d.p.r. n. 445/2000 "1. Tutte le istanze e le dichiarazioni da presentare alla pubblica amministrazione o ai gestori o esercenti di pubblici servizi possono essere inviate anche per fax e via telematica" (c. 1)[49]; a quest'ultimo proposito, il medesimo plesso

[47] Si riporta in ordine temporale la prima decisione amministrativa contenente l'invito n. 11-2020 del 27 maggio 2020 al Comune di Aosta in cui il segnalante si lamentava che l'ente pubblico mettesse a disposizione il servizio *on-line* per la gestione della mensa scolastica tramite un sito web di terze parti che permetteva l'accesso solo con credenziali (*user-name* e *password*) diverse da SPID, richiedendo pertanto all'amministrazione di adeguare la procedura di accesso all'area riservata per il servizio *on-line* di gestione della mensa scolastica.
Si segnala altresì un ulteriore invito n. 22-2020 del 25 novembre 2020 alla ASL RM 2 in cui si evidenziava l'impossibilità di prenotare le visite domiciliari per soggetti invalidi tramite accesso con identità digitale (o mediante invio di PEC o *e-mail)*, emergendo dall'istruttoria che era possibile esclusivamente una modalità di prenotazione telefonica. Pertanto, si rilevava la violazione, oltre che dell'art. 65, c. 1, sulle istanze telematiche, anche dell'art. 3 ("Diritto all'uso delle tecnologie"), c. 1, secondo cui chiunque ha il diritto di utilizzare gli strumenti del CAD in combinato disposto con l'art. 3-*bis* ("Identità digitale e Domicilio digitale"), c. 01, in base al quale chiunque ha il diritto di accedere ai servizi *on-line* offerti dalle amministrazioni tramite la propria identità digitale; di conseguenza, il difensore civico digitale invitava l'amministrazione a fornire un canale telematico (prenotazione *on-line* tramite identità digitale o invio di istanza telematica).
[48] L'invito n. 404-2021 dell'8 aprile 2021 all'Ente di previdenza dei periti industriali e dei periti industriali laureati rilevava che "il riconoscimento del diritto di accedere ai servizi erogati dai soggetti di cui all'art. 2, co.2, del CAD tramite le identità digitali (SPID, CIE e CNS) alternativamente alla modalità già prevista dal Vs. Ente mediante credenziali di accesso (Username e password) si ritiene si basi sul combinato disposto degli artt. 3 bis co.01, art. 64 co.2 quater e co.2 – nonies del CAD, nonché dell'art. 65 co.1 del D.lgs 217/17". Il difensore civico digitale proseguiva affermando che "Mentre per le pubbliche amministrazioni (art. 2, comma 2, lettera a) del CAD) è stata prevista, dall'art. 64, co. 3-bis del CAD, l'esclusività dell'accesso ai servizi offerti in rete tramite identità digitali a partire dalla data del 28 febbraio u.s., per i restanti soggetti di cui all'art. 2, comma 2, tra i quali quelli di cui alla lettera b), ove si ritiene rientri codesto Ente, restano ferme le richiamate disposizioni le quali prevedono che oltre alle modalità di identificazione scelte dall'Amministrazione sia comunque reso disponibile l'accesso tramite identità digitali (SPID, CIE e CNS)" (come esplicato in precedenza, l'attuale versione del c. 3-*bis* dell'art. 64 del CAD è differente, aggiunto da ultimo dall'art. 10, c. 7, del d.l. 10 settembre 2021, n. 121, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 novembre 2021, n. 156).
[49] T.A.R. Lazio Roma, sez. III-*bis*, 27 maggio 2008, n. 5113, precisa che sotto il versante giurisprudenziale "il fax rappresenta uno dei modi in cui può concretamente svolgersi la cooperazione tra i soggetti, in quanto essa viene attuata mediante l'utilizzo di un sistema basato su linee di trasmissione di dati ed apparecchiature che consentono di poter documentare sia la partenza del messaggio dall'apparato trasmittente che, attraverso il cosiddetto rapporto di trasmissione, la ricezione del medesimo in quello ricevente", cosicché "tali modalità, garantite da protocolli universalmente accettati, ne fanno uno strumento idoneo a garantire l'effettività della comunicazione" (cfr. CdS, VI, 4 giugno 2007, n. 2951, cui *adde*: Tar Lazio, III-*quater*, 13 febbraio 2008, n. 1254; Tar Sicilia, Palermo, II, 7 febbraio 2008, n. 197; Tar Lazio, III-*bis*, 4 gennaio 2008, n. 238; Tar Lazio, I-*bis*, 27 ottobre 2004, n. 17353; Tar Piemonte, 10 giugno 2002, n. 1190). Il giudice amministrativo di primo grado aggiunge poi che "un fax deve presumersi giunto al destinatario quando il rapporto di trasmissione indica che questa è avvenuta regolarmente,

ISSN 2036-7821

normativo dispone la validità delle istanze e dichiarazioni inviate per "via telematica" qualora siano effettuate in base all'art. 65 del cad (c. 2)[50].
In modo corrispondente, la predetta disposizione del cad prevede che le istanze e le dichiarazioni presentate per via telematica alle amministrazioni siano valide se effettuate secondo determinate modalità (c. 1):
A) se sottoscritte mediante una delle forme (firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o firma elettronica avanzata) di cui all'art. 20 ("validità ed efficacia probatoria dei documenti informatici")[51]; un invito del difensore civico digitale rilevava l'omessa attuazione del cad da parte dell'amministrazione segnalata che aveva richiesto la doppia copia cartacea della domanda (e degli allegati), nonostante l'inoltro della domanda telematica all'amministrazione sottoscritta digitalmente[52];
B) se l'identificazione sia avvenuta tramite il sistema pubblico di identità digitale (spid), la carta di identità elettronica o la carta nazionale dei servizi[53];

---

senza che colui che ha inviato il messaggio debba fornire alcuna ulteriore prova. Semmai la prova contraria può solo concernere la funzionalità dell'apparecchio ricevente; ma questa non può che essere fornita da chi afferma la mancata ricezione del messaggio" (cit. sent. CdS n. 2951/2007, che fa riferimento a una precedente decisione della Sez. V, 24 aprile 2002, n. 2202; nonché Tar Lazio, III, 11 febbraio 2006, n. 1066) ... E' evidente - per incidens - che di tale mancata funzionalità deve essere offerta prova rigorosa non potendo evidentemente darsi campo e giustificazione a circostanze impeditive opposte in modo generico e non seriamente documentate".

[50] Lo stesso articolo del d.P.R. n. 445/2000 precisa poi che le istanze e le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà "sono sottoscritte dall'interessato in presenza del dipendente addetto ovvero sottoscritte e presentate unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore […] La copia dell'istanza sottoscritta dall'interessato e la copia del documento di identità possono essere inviate per via telematica" (c. 3).

[51] L'invito n. 249-2021 del 24 febbraio 2021 al Comune di Salisano, accertate le modalità di sottoscrizione (con firma digitale) e di presentazione (via PEC) adottate per la domanda al concorso dal segnalante, richiamava la sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 16 aprile 2019, n. 2493, la quale precisava che "... come statuito da Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 4676 del 20 settembre 2013, "dal combinato disposto dell'articolo 65, comma 1, lettera a) del Codice dell'amministrazione digitale e dell'articolo 77, comma 6, lettera b) del Codice dei contratti deriva che l'apposizione della firma digitale, a cagione del particolare grado di sicurezza e di certezza nell'imputabilità soggettiva che la caratterizza, sia di per sé idoneo a soddisfare i requisiti dichiarativi di cui al comma 3 dell'articolo 38 del D.P.R. 445 del 2000, anche in assenza dell'allegazione in atti di copia del documento di identità del dichiarante". In questo senso da ultimo T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 4 dicembre 2020, n. 2395.
Aggiunge T.A.R. Lazio Roma, sez. III *quater*, 2 luglio 2019, n. 8605, che "mentre la marcatura temporale "è un servizio specificamente volto ad associare data e ora certe e legalmente valide ad un documento informatico ... peraltro, può essere utilizzato anche su files non firmati digitalmente, parimenti garantendone una collocazione temporale certa e legalmente valida ..." (Cass. Civ. sez. I, 13 febbraio 2019, n. 4251), solo la firma digitale è idonea al diverso ed ulteriore scopo di "rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico" (art. 1 comma 1 lett. s) D.Lgs. n. 82 del 2005), così che è palese la diversità delle funzioni attribuite a ciascuna di esse".

[52] Così l'invito n. 2-2020 del 20 aprile 2020 alla Regione Sicilia.

[53] L'invito n. 564-2021 dell'8 settembre 2021 del direttore generale dell'AGID al Consiglio nazionale delle ricerche rilevava che il rifiuto dell'istanza, in formato PDF, digitalmente firmata con la CIE, inviata via posta elettronica certificata, non fosse conforme sia all'art. 65 del CAD che all'art. 61 del d.P.C.M. 22/02/2013 recante "Regole tecniche in materia di generazione, apposizione e verifica delle firme elettroniche avanzate, qualificate e digitali, ai sensi degli articoli 20, comma 3, 24, comma 4, 28, comma 3, 32, comma 3, lettera b), 35, comma 2, 36,

ISSN 2036-7821

B-*bis*) se formate tramite il punto di accesso telematico per i dispositivi mobili di cui all'art. 64-*bis*[54];
C) se sottoscritte e presentate per via telematica unitamente alla copia del documento d'identità[55];
C-*bis*) se trasmesse dal domicilio digitale iscritto in uno degli elenchi di cui all'art. 6-*bis*, 6-*ter* o 6-*quater* ovvero, in assenza di un'iscrizione, da un indirizzo presso un servizio di posta elettronica certificata[56] o di recapito certificato qualificato come

---

comma 2, e 71"; con riferimento al predetto art. 61, da un lato il c. 1 prevede che l'invio tramite posta elettronica certificata di cui all'art. 65, c. 1, lett. c-*bis*) del CAD, effettuato richiedendo la ricevuta completa di avvenuta consegna, sostituisce, nei confronti della pubblica amministrazione, la firma elettronica avanzata, dall'altro il c. 2 dispone che l'utilizzo della carta d'identità elettronica, della carta nazionale dei servizi, del documento d'identità dei pubblici dipendenti (Mod. ATe), del passaporto elettronico e degli altri strumenti ad essi conformi sostituisce, nei confronti della pubblica amministrazione, la firma elettronica avanzata per i servizi e le attività di cui agli artt. 64 e 65 del CAD.

[54] Al riguardo, si rammenta che *ex* art. 64-*bis* le amministrazioni sono tenute a rendere fruibili i servizi in rete tramite applicazione su dispositivi mobili anche attraverso il punto di accesso telematico attivato presso la Presidenza del Consiglio dei ministri in conformità alle linee guida (c. 1 e 1-*ter*); queste ultime sono state emanate di recente dall'AGID con determinazione 8 novembre 2021, n. 598, affermando che la messa in esercizio dei servizi in rete sul punto di accesso telematico avvenga nel rispetto del principio *mobile-first* (art. 64-*bis*, c. 1-*ter*), includendo come *front-end* multicanale per gli utenti finali del punto di accesso telematico almeno un'applicazione per dispositivi mobili e tablet ("App IO") e una versione web.

[55] Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 19 febbraio 2021, n. 1497, dopo aver rigettato l'assunto motivazionale della sentenza di prime cure secondo cui "trattandosi di una gara gestita su supporto informatico è naturale che la documentazione che i concorrenti devono produrre deve possedere formato digitale", precisava che "l'art. 65 del CAD al quale fa rinvio l'art. 38 del D.P.R. n. 445 del 2000, prevede che le istanze e le dichiarazioni presentate per via telematica alle pubbliche amministrazioni sono valide, tra l'altro, ove sottoscritte e presentate unitamente alla copia del documento d'identità". Al riguardo, Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 22 settembre 2017, n. 4414, sottolineava che "L'art. 65, comma 1, lett. c), del CAD dispone che, per essere valida, un'istanza presentata per via telematica alle pubbliche amministrazioni e ai gestori dei servizi pubblici, se non proveniente dalla pec dell'interessato, deve essere non solo accompagnata da un documento di identità dell'interessato medesimo, ma anche da questi sottoscritta".

[56] Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 24 ottobre 2018, n. 6042, affermava che "5. Per quanto riguarda la conoscibilità degli atti comunicati via PEC, deve ricordarsi che l'art. 48 D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale) equipara la trasmissione del documento informatico per via telematica alla notificazione per mezzo della posta. Come ha affermato, per quanto riguarda il versante processuale, ma con considerazioni estensibili per ogni comunicazione via PEC, Cons. Stato, Ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 33, l'inoltro ad una PEC assicura "l'assoluta affidabilità, in ordine all'indirizzo del mittente, a quello del destinatario, al contenuto della comunicazione e all'avvenuto recapito del messaggio". Pertanto, è confermata l'assoluta equivalenza tra notificazione cartacea e comunicazione via PEC (digitale)". T.A.R. Umbria Perugia, sez. I, 9 maggio 2018, n. 300, precisa poi che come affermato dalla giurisprudenza "il servizio di posta elettronica certificata presenta delle caratteristiche peculiari tali da garantire agli utenti certezza e valore legale dell'invio e della consegna o della mancata consegna del messaggio al destinatario. Detto sistema, infatti, grazie ai protocolli di sicurezza utilizzati, è in grado di garantire la certezza del documento, non rendendo possibili modifiche al messaggio, sia per quanto riguarda i contenuti che eventuali allegati. In caso di contenzioso, la pec garantisce l'opponibilità a terzi del messaggio, dal momento che la ricevuta rilasciata al mittente del gestore costituisce prova legale dell'avvenuta spedizione del messaggio e di eventuali messaggi, così come il gestore della casella pec invia al mittente la ricevuta consegna, così certificando che il messaggio che è stato spedito, è stato consegnato e non è stato alterato in fase di trasmissione, con l'attestazione di data ed ora di ciascuna delle operazioni descritte o, in caso contrario, di eventuali errori verificatisi in fase di trasmissione, in modo che non possano esserci dubbi

ISSN 2036-7821

definito dal regolamento (ue) n. 910/2014 del 23 luglio 2014, in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/ce)[57]; diversi inviti del difensore civico digitale e da ultimo del direttore generale dell'agid rilevavano l'inottemperanza al cad da parte delle amministrazioni segnalate per omessa indicazione della posta elettronica certificata ai fini dell'inoltro dell'istanza in modalità telematica, prevedendo talvolta esclusivamente la trasmissione a mano o a mezzo posta[58].

Ad ogni modo, le istanze e le dichiarazioni presentate per via telematica in base alle predette modalità, secondo la giurisprudenza amministrativa costituiscono "documenti informatici" al pari delle eventuali correlate domande di cancellazione,

---

sullo stato della spedizione di un messaggio (da ultimo T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 30 maggio 2017, n. 2864)".

[57] Il medesimo art. 65 del CAD prevede che "in assenza di un domicilio digitale iscritto, la trasmissione costituisce elezione di domicilio digitale speciale, ai sensi dell'articolo 3-bis, comma 4-quinquies, per gli atti e le comunicazioni a cui è riferita l'istanza o la dichiarazione" (c. 1, lett. c-*bis*); in effetti, in base all'art. 3-*bis* ("Identità digitale e Domicilio digitale"), c. 1-*ter*, del CAD, i domicili digitali sono anche quelli di cui al c. 4-*quinquies* in base al quale è sempre possibile eleggere anche un domicilio digitale speciale per determinati atti, procedimenti o affari.

Si richiama in proposito T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 10 febbraio 2020, n. 117, il quale afferma che "Come recentemente evidenziato dal giudice d'appello... "... a fronte dell'onere della p.a. di utilizzare la piattaforma per tutte le comunicazioni relative alla procedura, sussiste in capo all'operatore economico l'onere di procedere all'attivazione di un'utenza, con elezione di domicilio speciale presso la medesima piattaforma per la corrispondenza relativa alle gare di appalto (Regolamento del Sistema di e-procurement MEF-Consip), conformemente all'art. 3-bis, comma 4-quinquies, D.Lgs. n. 82 del 2005, il quale consente di eleggere domicilio speciale ai sensi dell'art. 47 c.c. anche presso un domicilio digitale diverso dalla PEC, l'impresa "accreditata" non può legittimamente invocare l'assenza di pubblicità né lamentare il mancato invito alla procedura negoziata, nella misura in cui l'invito e la documentazione di gara siano state oggetto di comunicazioni indirizzate al suddetto domicilio e siano ivi disponibili per il destinatario tenuto ad attivarsi al fine di una loro tempestiva conoscenza." (Consiglio di Stato sez. VI, 12/11/2019, n. 7765)".

[58] Nell'invito 8-2020 del 27 maggio 2020 al Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale su una segnalazione che si lamentava che all'interno dell'avviso di selezione di un docente per il sostegno a studenti diversamente abili non venisse indicata la posta elettronica certificata per l'inoltro dell'istanza con modalità telematica, si rilevava sia la violazione dell'art. 65 che dei principi generali contenuti nell'art. 2 ("Finalità e ambito di applicazione") c. 1, art. 3 ("Diritto all'uso delle tecnologie") c. 1, art. 15 ("Digitalizzazione e riorganizzazione") del CAD che riguardano l'obbligo per le amministrazioni di utilizzare "tecnologie dell'informazione e della comunicazione". Nell'invito 14-2020 del 30 giugno 2020 al Comune di Cesena relativo all'avviso pubblico di una gara in cui il segnalante lamentava che non si prevedeva l'invio della documentazione in modalità telematica a mezzo posta elettronica certificata, il difensore civico digitale richiedeva al Comune di conformarsi alla normativa anche in caso di definitività del provvedimento, provvedendo affinché nei bandi futuri venisse prevista altresì la modalità di presentazione telematica delle istanze. Da ultimo, l'invito n. 566-2021 dell'8 settembre 2021 del direttore generale dell'AGID a Concessioni autostradali venete S. p. a. relativo all'avviso di selezione per un contratto a tempo indeterminato che permetteva l'invio delle candidature esclusivamente tramite servizio postale, corriere o *brevi manu*, escludendo mezzi di comunicazione elettronica come la posta elettronica certificata, rilevava "una violazione degli articoli 48 "Posta Elettronica Certificata" e 65 "Istanze e dichiarazioni presentate alle pubbliche amministrazioni per via telematica" del CAD in quanto il punto 4 dell'avviso di selezione segnalato dalla cittadina non permetteva la modalità di trasmissione telematica ma solo a mano o a mezzo posta".

ISSN 2036-7821

obbligando le amministrazioni alla registrazione di protocollo, alla conservazione e più in generale al rispetto dei principi generali del diritto amministrativo[59].

Fattispecie esterne al cad.
Altri inviti del difensore civico digitale rilevavano violazioni ad una "norma in materia di digitalizzazione ed innovazione della pubblica amministrazione" al di fuori del cad, riferendosi in particolare all'art. 16 ("biglietti di cancelleria, comunicazioni e notificazioni per via telematica"), c. 12, del d. L. N. 179/2012, in base al quale le amministrazioni comunicano al ministero della giustizia l'indirizzo di posta elettronica certificata a cui ricevere le comunicazioni e notificazioni il cui elenco è consultabile esclusivamente "dagli uffici giudiziari, dagli uffici notificazioni, esecuzioni e protesti e dagli avvocati"[60].

[59] T.A.R. Lazio Roma, sez. III *bis*, 25 novembre 2016, n. 11786, precisava che "l'amministrazione anche con riferimento ai procedimenti telematizzati - così come per quelli tradizionali, in forma cartacea- deve ritenersi onerata, ai sensi dell'art. 51 del D.Lgs. n. 82 del 2005, di custodire "i documenti informatici (...) con modalità tali da ridurre al minimo i rischi di distruzione, perdita, accesso non autorizzato o non consentito o non conforme alla finalità della raccolta". T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 27 giugno 2017, n. 1449, osservava che "la domanda di partecipazione presentata per via telematica deve considerarsi un vero e proprio documento informatico e tali devono essere ritenute anche le eventuali domande di "cancellazione", le cui informazioni devono essere debitamente protocollate e conservate ...Ora, nel caso di specie, a fronte di una domanda di partecipazione - da ritenersi esistente, stante la sua avvenuta protocollazione - non risulta essere stata "formata" alcuna domanda di cancellazione dell'istanza precedentemente inviata. In una fattispecie analoga è stato condivisibilmente ritenuta "la manifesta irragionevolezza, ingiustizia ed irrazionalità di un sistema di presentazione delle domande di partecipazione ad un concorso che, a causa di meri malfunzionamenti tecnici, giunga ad esercitare impersonalmente un'attività amministrativa sostanziale, disponendo esclusioni de facto riconducibili a mere anomalie informatiche" (cfr. Tar Lazio sez. III bis 4 aprile 2017 n. 4195)". In una ipotesi di esclusione da una procedura concorsuale nonostante la precedente comunicazione di perfezionamento dell'iscrizione, T.A.R. Friuli-V. Giulia Trieste, sez. I, 16 settembre 2019, n. 373, affermava che "la determinazione adottata dall'Amministrazione si pone "in aperto contrasto con i principi di imparzialità, trasparenza, semplificazione, partecipazione, uguaglianza e non discriminazione, enunciati nel novellato articolo 12 del D.Lgs. n. 82 del 2005 (Codice Amministrazione Digitale-CAD), e con i più generali principi di ragionevolezza, proporzionalità, favor partecipationis che improntano di sé l'azione amministrativa nella particolare materia concorsuale, anche se gestita in modalità telematica (T.A.R. Lazio Roma Sez. III bis,18/02/2011, n. 1546)" (T.A.R. F.V.G. n. 565 del 2016), i quali risulterebbero inevitabilmente violati allorché le eventuali disfunzioni o piuttosto le inadeguatezze della procedura possano produrre effetti pregiudizievoli a carico del soggetto che, affidandosi alla modalità di iscrizione telematica e benché obbligato ad osservarne le procedure, non è tuttavia tenuto a prevederne i malfunzionamenti né tanto meno a diffidare dalla comunicazione attestante il buon esito dell'auspicata iscrizione".

[60] Tra le tante si veda la prima decisione in ordine cronologico nell'invito n. 7-2020 del 27 maggio 2020 al Comune di Livorno in cui il difensore civico digitale rilevava che l'omessa comunicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata al Ministero della giustizia impediva le comunicazioni e le notificazioni in modalità telematica, invitando quindi l'amministrazione a provvedere. Si cita in proposito T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 20 giugno 2019, n. 868, che riprendendo quanto detto dal Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 12 dicembre 2018, n. 7026, afferma che "... vi è, inoltre, un argomento di buon senso, certamente non trascurabile perché espressivo di una regola di lealtà processuale e, più in generale, del principio di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione. Come si è sottolineato in giurisprudenza, l'Amministrazione pubblica, nel perseguire "i canoni di autoresponsabilità e legittimo affidamento cui deve ispirarsi il suo leale comportamento, non può trincerarsi - a fronte di un suo inadempimento - dietro il disposto normativo che prevede uno specifico elenco da cui trarre gli

ISSN 2036-7821

5. Conclusioni.

Pare utile ricordare che nella prassi applicativa emergono diverse decisioni amministrative in cui il difensore civico digitale, a seguito di una ulteriore segnalazione avente medesimo oggetto, invitava nuovamente la stessa amministrazione a conformarsi alla disciplina violata[61].

---

indirizzi PEC ai fini della notifica degli atti giudiziari, per trarne benefici in termini processuali, così impedendo di fatto alla controparte di effettuare la notifica nei suoi confronti con modalità telematiche" (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 12 dicembre 2018, n. 7026)". Si riporta altresì T.A.R. Calabria Reggio Calabria, 15 ottobre 2020, n. 6044, che dichiarava invece inammissibile il ricorso affermando che "1. L'indirizzo utilizzato per la notifica del ricorso non figura presente nei registri richiamati per le notificazioni per via telematica alle amministrazioni dall'art. 14, co. 2, del D.P.C.M. n. 40 del 2016 (Regolamento recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico) - che rinvia appunto agli indirizzi PEC di cui all'art. 16, co. 12, D.L. n. 179 del 2012, conv. con modificazioni dalla l. n. 221/2012 -, risultando, di contro, inserito soltanto nel c.d. registro IPA. Nel solco di un consolidato orientamento giurisprudenziale (anche di questo Tribunale: cfr. sent. n. 374/2020; n. 761/2018), cui il Collegio intende dar seguito, ai fini della validità della notifica per via telematica di un atto processuale a una amministrazione pubblica nel giudizio amministrativo, deve utilizzarsi in via esclusiva l'indirizzo PEC inserito nell'elenco tenuto dal Ministero della Giustizia, di cui all'art. 16, comma 12, D.L. n. 179 del 2012, che contiene l'indirizzo di posta elettronica certificata al quale le pubbliche amministrazioni - di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 - dotate di autonoma soggettività processuale hanno comunicato, o avrebbero dovuto comunicare entro il 30/11/2014, di voler ricevere le notificazioni per via telematica (T.A.R. Palermo, Sez. III, n. 1842/2017; T.A.R. Basilicata, n. 607/2017; T.A.R. Catania, sez. III, n. 2401/2017). Per le notifiche degli atti giudiziari all'amministrazione, in sede di giudizio amministrativo, non è quindi validamente utilizzabile, in alternativa, né l'indirizzo risultante dal registro IPA istituito dall'art. 6 ter D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, che non viene menzionato tra i pubblici elenchi validi ai fini della notifica, né tantomeno quello risultante dal sito istituzionale dell'Ente … Il comma 1 bis del successivo art. 16 ter del medesimo d.l. n. 179 estende alla giustizia amministrativa l'applicabilità del comma 1 dello stesso art. 16 ter, a tenore del quale ai fini della notificazione si intendono per pubblici elenchi "quelli previsti dagli articoli 6-bis, 6-quater e 62 del D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, dall'articolo 16, comma 12, del presente decreto, dall'articolo 16, comma 6, del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, convertito con modificazioni dalla L. 28 gennaio 2009, n. 2, nonché il registro generale degli indirizzi elettronici, gestito dal Ministero della giustizia". Non risulta quindi annoverato tra i pubblici elenchi dai quali estrarre gli indirizzi pec da utilizzare per le notificazioni e comunicazioni degli atti il registro IPA, disciplinato dall'art. 6 ter D.Lgs. n. 82 del 2005 (Codice dell'amministrazione digitale) … La notificazione del ricorso, stante la mancata comunicazione da parte dell'amministrazione intimata del proprio indirizzo di posta elettronica certificata al Ministero della Giustizia per l'annotazione nell'apposito registro, avrebbe invece dovuto perfezionarsi, indefettibilmente, con le tradizionali modalità cartacee (TAR Palermo, sez. III, n. 1842/2017). … 6. Per completezza, occorre in ultimo rilevare che le conclusioni sin qui rassegnate non risentono delle recenti e significative innovazioni intervenute nella materia che qui occupa per effetto del D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120, a mezzo del quale il legislatore, per quanto qui di specifico interesse, modificando gli artt. 16 e 16 ter del citato D.Lgs. n. 179 del 2012, ha reinserito il registro IPA tra i pubblici elenchi utilizzabili, anche nell'ambito della giustizia amministrativa, per le notifiche via pec degli atti processuali alle pubbliche amministrazioni. Ed infatti l'anzidetta modifica normativa è entrata in vigore il 17 luglio 2020, non potendo perciò spiegare effetti sulle notifiche già perfezionate prima di detto momento".

[61] In materia di accessibilità è emblematico l'invito n. 17-2020 del 7 agosto 2020 al Comune di Casarano in cui il difensore civico digitale evidenziava che il medesimo ente aveva già ricevuto l'invito n. 10/2019 del 18 novembre 2019 a seguito del quale l'amministrazione comunicava che si era proceduto ad adeguare il sito web istituzionale alle disposizioni in materia di accessibilità, informando altresì dell'avvenuta nomina del responsabile per la transizione digitale per la quale si stava provvedendo alla registrazione sull'IPA. Tuttavia, il successivo invito n. 17-2020 confermava il mancato rispetto della normativa in materia di accessibilità paventato dalla seconda segnalazione, riscontrando altresì che il nominativo del responsabile per la transizione digitale dell'amministrazione non risultava ancora registrato in IPA. Anche l'invito n. 24-2020 del 25 novembre 2020 al

ISSN 2036-7821

La predetta situazione dimostra come i poteri all'epoca attribuiti al difensore civico digitale non fossero sufficienti; il riferimento al passato non è casuale, vista l'ultima riforma, sopra descritta, che attribuisce al difensore civico digitale un mero ruolo di filtro delle segnalazioni successivamente trasmesse, se non manifestamente infondate, all'agid, nuovo garante del cad e di ogni altra norma in materia di innovazione tecnologica e digitalizzazione della pubblica amministrazione (art. 18-*bis* del cad).

Ciò premesso, si rileva preliminarmente che l'iniziativa d'ufficio sarebbe stata utile alla figura in esame per aderire maggiormente allo scopo dell'art. 17, c. 1-*quater*, che istituiva il difensore civico digitale per garantire una migliore applicazione del cad e di ogni altra norma in materia di digitalizzazione ed innovazione della pubblica amministrazione. La predetta iniziativa d'ufficio sarebbe stata altresì utile a verificare l'effettiva ottemperanza agli inviti del difensore civico digitale, non dipendendo da eventuali successive segnalazioni aventi analogo contenuto. Non a caso l'ultima riforma attribuisce all'agid il potere di procedere anche d'ufficio all'accertamento delle violazioni (art. 18-*bis*, c. 1, del cad).

Ulteriore elemento debilitante la figura del difensore civico digitale era l'assenza di apposite sanzioni in caso di omesse risposte o risposte non veritiere alle richieste di informazioni; in effetti, nell'ultimo invito citato, il difensore civico digitale rilevava che, nonostante il precedente positivo riscontro fornito dall'amministrazione a seguito del primo invito, la situazione reale non rispecchiasse ancora la disciplina normativa, paventando indirettamente che le precedenti informazioni fornite dall'amministrazione non fossero corrispondenti alla realtà[62].

La predetta questione è ancor più rilevante laddove la disciplina normativa non attribuisca contestualmente poteri ispettivi, come confermato dall'agid nei regolamenti[63]. In effetti, le ispezioni avrebbero permesso al difensore civico digitale di verificare autonomamente la situazione reale[64], sebbene in materia di

---

Comune di Cercola reiterava un precedente invito n. 9-2019 in cui il difensore civico digitale richiedeva all'amministrazione di conformarsi alla normativa in materia di accessibilità. A quest'ultimo invito l'amministrazione replicava riferendosi al "nuovo applicativo di gestione digitale integrata degli atti amministrativi", precisando, a seguito di nuova richiesta del difensore civico digitale, la tempistica prevista. Tuttavia, una successiva segnalazione che si lamentava di una situazione rimasta invariata, generava, previa constatazione della presenza di diversi documenti in formato pdf-immagine, un secondo invito del difensore civico digitale.

[62] Invito n. 24-2020 del 25 novembre 2020 al Comune di Cercola.

[63] In questi termini sia la determinazione n. 37/2018 (il cui regolamento è stato abrogato) che la determinazione n. 357/2019 dell'AGID affermando che allo stesso difensore civico per il digitale "non sono attribuite funzioni ispettive".

[64] Prima della riforma del 2021 F. NOTARI, *Il percorso della digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche: ambiti normativi mobili e nuovi modelli di governance*, in *Giornale Dir. Amm., 2020*, 1, 21, rilevava "che, se la centralizzazione del difensore civico per il digitale può favorire il processo di digitalizzazione attraverso il rafforzamento dei diritti dei cittadini, dall'altro, la mancanza in capo allo stesso soggetto di funzioni ispettive e di supporto alle amministrazioni riduce, evidentemente, l'efficacia complessiva della sua azione".

ISSN 2036-7821

amministrazione digitale sia di frequente possibile controllare l'operato attraverso la mera visione dei siti istituzionali dei soggetti coinvolti[65].

In proposito, il legislatore è intervenuto di recente prevedendo che la mancata ottemperanza alla richiesta di dati, documenti o informazioni ovvero la trasmissione di informazioni o dati parziali o non veritieri sia punita con applicazione della sanzione pecuniaria nel minimo di euro 5.000 e nel massimo di euro 50.000 (art. 18-*bis*, c. 1 e 5).

In precedenza, in assenza di poteri sostitutivi, anche l'omessa ottemperanza nei termini agli inviti del difensore civico digitale necessitava di apposite sanzioni dissuasive; in mancanza, come dimostrato dalla prassi applicativa che testimonia plurimi identici inviti, il difensore civico digitale, previa eventuale nuova analoga segnalazione, si esprimeva sullo stesso oggetto, sia disperdendo inutilmente risorse pubbliche che non raggiungendo in concreto lo scopo prefissato.

Al riguardo, in base alla nuova disciplina, l'agid, accertata la sussistenza delle violazioni contestate previa difesa scritta e orale, assegna al trasgressore un congruo termine perentorio per regolarizzare la condotta (art. 18-*bis*, c. 2 e 3). A differenza del passato, l'inottemperanza dell'amministrazione comporta l'irrogazione da parte di agid di una sanzione amministrativa pecuniaria nel minimo di euro 10.000 e nel massimo di euro 100.000[66]; tuttavia, i poteri sanzionatori, come già accennato, si limitano alla violazione di specifiche norme, non considerando tutte le altre possibili ipotesi (art. 18-*bis*, c. 5).

Ferma restando la limitazione dei poteri sanzionatori attribuiti all'agid, il legislatore affianca, previa segnalazione dell'agid, poteri di diffida al dipartimento per la trasformazione digitale della presidenza del consiglio dei ministri; tuttavia, l'inciso "contestualmente all'irrogazione della sanzione" (art. 18-*bis*, c. 5), induce a ricondurre i poteri di diffida alle sole fattispecie sanzionabili.

In caso di inottemperanza alla diffida nei termini previsti, il presidente del consiglio dei ministri o il ministro per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale "può nominare un commissario ad acta incaricato di provvedere in sostituzione" (art. 18-*bis*, c. 6)[67].

---

[65] L'invito n. 24-2020 del 25 novembre 2020 al Comune di Cercola rilevava che a seguito della nuova segnalazione dell'utente "sono state effettuate, da parte del competente Ufficio di AgID, ulteriori verifiche sul sito istituzionale di codesta Amministrazione che hanno confermato la presenza di molti documenti in formato pdf-immagine"..

[66] *Ex* art. 18-*bis*, c. 5, da un lato si applica, per quanto non espressamente previsto, la disciplina della legge 24 novembre 1981, n. 689, recante le modifiche al sistema penale, dall'altro si disciplina la destinazione dei proventi delle sanzioni a favore per il 50% dell'AGID e per l'altro 50% del Fondo per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione.

[67] Qualora siano coinvolte amministrazioni locali, il legislatore rinvia all'esercizio del potere sostitutivo di cui all'art. 120, c. 2, Cost., in base al quale "Il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni […] quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali,

ISSN 2036-7821

Tuttavia, anche i predetti poteri sostitutivi si riferiscono alle limitate ipotesi sanzionabili, evidenziando i limiti della novella legislativa che, sebbene migliorativa, non risolve l'incapacità dell'organo amministrativo di garantire il rispetto dell'intero ventaglio di norme del cad e di ogni altra in materia di digitalizzazione ed innovazione della pubblica amministrazione.

Ante riforma era prevista la pubblicazione in un'area del sito internet istituzionale di tutte le decisioni amministrative del difensore civico digitale; in proposito, l'attuale disciplina prevede che l'agid pubblichi le sole violazioni (art. 18-*bis*, c. 3), restringendo il campo della pubblicazione prima riferita anche alle archiviazioni.

Permane invece identica rispetto al passato la segnalazione delle violazioni all'ufficio dell'amministrazione competente per i procedimenti disciplinari, mutando solo l'organo amministrativo titolare dell'obbligo che se prima era il difensore civico digitale attualmente è l'agid (art. 18-*bis*, c. 3); quest'ultima disposizione aggiunge la segnalazione delle violazioni ai competenti organismi interni di valutazione.

Prima della riforma del 2021, qualora il difensore civico digitale accertasse la fondatezza della segnalazione, l'omesso avvio delle attività riparatorie ed il mancato rispetto del termine perentorio previsto all'interno dell'invito rilevava ai fini della misurazione e della valutazione della performance individuale dei dirigenti responsabili, comportando altresì responsabilità dirigenziale e disciplinare ai sensi degli artt. 21 e 55 del d. Lgs. N. 165/2001.

Sebbene anche oggi sia assegnato al trasgressore un congruo termine perentorio per conformare la condotta agli obblighi previsti dalla normativa vigente (art. 18-*bis*, c. 3), attualmente le predette conseguenze sono direttamente ricollegate all'accertamento delle violazioni da parte di agid delle norme del cad e di qualsiasi altra norma in materia di digitalizzazione ed innovazione tecnologica della pubblica amministrazione (art. 18-*bis*, c. 4).

Per concludere, si auspica un'estensione dell'attuale potere sanzionatorio dell'agid in grado di dissuadere preventivamente le amministrazioni dal commettere qualsiasi tipo di violazione del cad e di ogni altra norma in materia di digitalizzazione ed innovazione tecnologica della pubblica amministrazione, ampliando al contempo

---

prescindendo dai confini territoriali dei governi locali. La legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione"; a quest'ultimo proposito, l'art. 8 ("Attuazione dell'articolo 120 della Costituzione sul potere sostitutivo") della legge 5 giugno 2003, n. 131, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla L. Cost. 18 ottobre 2001, n. 3, precisa che "il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente per materia, anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali, assegna all'ente interessato un congruo termine per adottare i provvedimenti dovuti o necessari; decorso inutilmente tale termine, il Consiglio dei ministri, sentito l'organo interessato, su proposta del Ministro competente o del Presidente del Consiglio dei ministri, adotta i provvedimenti necessari, anche normativi, ovvero nomina un apposito commissario. Alla riunione del Consiglio dei ministri partecipa il Presidente della Giunta regionale della Regione interessata al provvedimento" (c. 1).

ISSN 2036-7821

l'ambito di applicazione dei poteri di diffida e sostitutivi al fine di ripristinare la corretta applicazione dell'intero spettro di norme oggetto di tutela.
In effetti, un'analisi delle fattispecie oggetto di potenziale sanzione, diffida e sostituzione mostra una copertura solo parziale rispetto alle ulteriori violazioni riscontrate ad oggi dal difensore civico digitale e alle altre potenzialmente rinvenibili in futuro da parte di agid.
Ad ogni modo, l'ultima riforma, sebbene non rappresenti la disciplina normativa perfetta, costituisce un netto miglioramento rispetto alla situazione precedente in cui il difensore civico digitale non aveva strumenti appropriati in grado di salvaguardare in modo efficace le norme tutelate.
Rimane ferma, seppur con i limiti citati, l'importanza del difensore civico digitale e attualmente anche dell'agid ai fini della corretta applicazione del cad nonché di qualsiasi altra norma in materia di digitalizzazione ed innovazione tecnologica della pubblica amministrazione, anche considerato che in caso di violazione del diritto all'uso delle tecnologie è possibile una tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo disciplinata dal codice del processo amministrativo con tempi e costi sproporzionati rispetto alla situazione giuridica soggettiva in rilievo (art. 3, c. 1-*ter*)[68].

[68] Prima della riforma G. SCORZA, *Cos'è il difensore civico digitale e a che servirà*, *cit.*, affermava che "Sin qui l'unica chance era scrivere una PEC direttamente all'amministrazione riottosa o, magari, rivolgersi a un avvocato perché trascinasse quell'amministrazione davanti ai Giudici amministrativi ... se si provasse a contare le volte che un cittadino o un'impresa hanno, sin qui, azionato i diritti del CAD davanti a un Giudice, portando alla sbarra un'amministrazione per deficit di digitalizzazione, ci si renderebbe conto che, probabilmente, le dita di due mani son più che sufficienti".

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Compiti dei Comuni nel sociale e limiti alla pignorabilità dei bilanci.

di Francesca Benedetto

(Dottore di ricerca in "Pubblica Amministrazione dell'economia e delle finanze" presso l'Università di Bari Aldo Moro)

Sommario

Introduzione. 1. L'Amministrazione di "servizio": breve premessa. 2. Il ruolo degli enti locali nel servizio pubblico. 2.1. Le scelte innovative della legge Giolitti. 3. Servizi e infrastrutture. 4. L'organizzazione e gestione pubblica dei servizi sociali. La legge quadro. 5. L'interesse alla prestazione sociale: incremento dei bisogni e indeterminatezza delle norme. 5.1. Dal condizionamento finanziario alla protezione prioritaria del servizio universale. 6. Diritti sociali e vincoli di bilancio: tra essenzialità e doverosità dei servizi sociali. 7. La giurisprudenza costituzionale sul servizio sociale. 8. Spesa sociale e processo civile di esecuzione. 9. Il decreto ministeriale del 28 maggio 1993: tra novelle legislative e giurisprudenza. 10. Osservazioni di sintesi e prospettive.

Abstract

The issue of the limits to the attachment of claims by third parties against local authorities periodically returns to the reflections of the doctrine, sometimes aroused by the interventions of the legislator who, for contingent and singular situations, deems it appropriate to temporarily exclude these credits from the scope of the executive procedures or order the suspension of their collectability; sometimes re-emerging as a result of jurisprudential rulings which, through systematic interpretations of the powers and probative burdens of the private parties (creditors) and public ones (local authorities) in the executive process, result in attenuating or increasing the guarantee of the procedural position of the local authority debtor

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

ISSN 2036-7821

Introduzione.

Il tema dei limiti alla pignorabilità dei crediti vantati da terzi nei confronti degli enti locali torna periodicamente nelle riflessioni della dottrina, talora suscitato da interventi del legislatore che, per situazioni contingenti e singolari, ritiene opportuno escludere temporaneamente tali crediti dall'ambito delle procedure esecutive o disporre la sospensione della loro esigibilità[1]; talora riemergendo per effetto di pronunce giurisprudenziali che, attraverso interpretazioni sistematiche di poteri e oneri probatori delle parti private (creditori) e di quelle pubbliche (enti locali) nel processo esecutivo, sortiscono un risultato di attenuazione o di incremento della garanzia della posizione processuale dell'ente locale debitore[2].

Ma in un ambito omogeneo si pone l'accertamento dei presupposti per la non assoggettabilità a procedure esecutive di una tipologia di debito dell'ente locale: quella delle somme destinate a spese per espletamento dei servizi locali indispensabili.

Per approfondire tale aspetto del tema generale occorre muovere da una ricostruzione, sia pur sintetica, delle linee evolutive dei compiti sociali delle Amministrazioni pubbliche.

1. L'Amministrazione di "servizio": breve premessa.

[1] Così, ad es., la norma di cui all'art. 53, comma 9, d.l. 14 agosto 2020, n. 104, conv. in l. 13 ottobre 2020, n. 126 (c.d. "decreto agosto"), "In considerazione della situazione straordinaria di emergenza sanitaria derivante dalla diffusione dell'epidemia da COVID-19" ha previsto, " per gli enti locali che hanno avuto approvato il piano di riequilibrio finanziario pluriennale di cui all'articolo 243-bis del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267", la sospensione, "fino al 30 giugno 2021", "(del)le procedure esecutive a qualunque titolo intraprese nei loro confronti", disponendo altresì che "le procedure esecutive eventualmente intraprese" in violazione di tale norme "non determinano vincoli sulle somme né limitazioni all'attività del tesoriere".

[2] È stato infatti affermato che il principio secondo il quale nelle fattispecie di "espropriazione forzata nei confronti degli enti locali avente ad oggetto somme giacenti presso il tesoriere" l'onere probatorio del "creditore procedente che intenda far valere l'inefficacia del vincolo di destinazione oggetto di dichiarazione negativa del terzo" è limitato all'allegazione di "specifici elementi di contestazione dei presupposti della …impignorabilità ex art. 159 d.lgs. n. 267 del 2000", altrimenti automatica.

Incombe cioè sul creditore la "specifica allegazione … riguardo all'emissione di mandati in violazione del prescritto ordine" mentre, "in base al principio di prossimità della prova", è "onere del debitore di provare il rispetto di quell'ordine e la sussistenza di ogni altro presupposto di efficacia del vincolo" (cfr. Cass. civ., Sez. III, 19 maggio 2021, n. 13676, in *www.italgiure.giustizia.it*). "La suprema Corte ha cassato la decisione di merito che aveva ritenuto incombente sull'ente locale l'onere di provare la disponibilità di cassa all'atto del pignoramento, la mancata detenzione di somme ulteriori rispetto a quelle destinate al pagamento di retribuzioni, mutui e all'erogazione di servizi indispensabili, la mancata emissione di mandati a titoli diversi da quelli vincolati e il rispetto dell'ordine cronologico previsto (…)".

Cfr., altresì, Cass. civ., Sez. VI, 15 settembre 2020, n. 19103, *ivi*, che "ha cassato con rinvio la decisione di merito che, nel rigettare l'opposizione agli atti esecutivi proposta dal creditore procedente per carenza di prova, lo aveva erroneamente gravato dell'onere probatorio in ordine al rispetto dell'ordine cronologico dei mandati di pagamento gravante sull'ente)". Deve, dunque, riconoscersi la differenza essenziale tra l'onere di allegazione della violazione dell'ordine cronologico. e l'onere della prova del suo rispetto.

ISSN 2036-7821

L'Amministrazione di servizio per comune esperienza trova la sua espressione fondamentale a livello locale, ossia al livello più prossimo ai cittadini, ovvero ai soggetti che quel servizio richiedono. Infatti, le modifiche normative ed istituzionali che nel tempo hanno determinato la trasformazione della pubblica amministrazione in soggetto anzitutto dispensatore di prestazioni alla collettività hanno riguardato principalmente gli enti locali: la stessa immagine diffusa dei Comuni di piccola e media dimensione evoca un'organizzazione pubblica vicina agli stati di bisogno della collettività della quale sono esponenziali, in funzione della gestione in favore dei comunisti di "pubblici servizi".

Del resto, è proprio con la nascita dello Stato contemporaneo che è stato dato sempre maggiore risalto giuridico al concetto di pubblico servizio, inteso come esercizio di attività tese a soddisfare i bisogni della comunità prive, in massima parte, di previsioni legali idonee ad attribuire potere unilaterale ai soggetti incaricati di espletare i servizi.

E ciò quando lo Stato di diritto ha subito un'evoluzione progressiva –seppur con sviluppo non sempre lineare– verso i connotati dello Stato sociale[3]; e quando alle tradizionali (ed imprescindibili) attività svolte dai pubblici poteri per adempiere a funzioni essenzialmente conservative si sono affiancati nuovi ambiti di azione di tipo prevalentemente non autoritativo, preordinati al soddisfacimento dei "bisogni" della collettività.[4]

---

[3] Sui caratteri dello "Stato sociale" e sulle interrelazioni con lo "Stato di diritto", cfr. le lucide considerazioni di A.M. SANDULLI, *Verso lo Stato sociale, consolidando la democrazia*, in *Studi in occasione del primo centenario della Corte dei Conti nell'Unità d'Italia*, Milano 1963, pp. 371-390.

[4] "Idea di pubblico servizio" che, come già affermato dall' Orlando "non precede, ma segue quella della pubblica amministrazione", V.E.ORLANDO, "*Introduzione al Primo trattato di diritto amministrativo italiano*" (da lui diretto), Milano, 1900. Ediz. Società editrice libraria, I, p.58; sul "dovere sociale dello Stato", V. CAPUTI JAMBRENGHI, *I Servizi sociali*, in L. MAZZAROLLI, G.PERICU, A.ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, II vol., Bologna, 1993, p. 813 e ss. L'A. evidenzia come "seguendo l'insegnamento della storia politica, in qualunque forma di Stato o di Governo il complesso dei servizi pubblici subisce fenomeni di sviluppo che nelle fasi di espansione dell'economia nazionale tendono ad attuare i postulati del *welfare state*. Gratuità, accessibilità generale, dislocazione delle varie prestazioni di pubblico servizio lungo tutto l'arco delle attività dell'uomo che l'ordinamento generale consideri rilevanti nella prospettiva sociale (dalla culla alla bara, nella formula estremizzante dello stato assistenziale), tensione verso un minimo comune denominatore di ogni prestazione amministrativa resa al cittadino, diffusione uniforme o almeno omogenea dei servizi sul territorio nazionale, sono tutte caratteristiche tipiche dell'attività fondativa e organizzativa del pubblico servizio, quella più specificamente propria del c.d. Stato sociale. Questo a sua volta mostra i suoi tratti più riconoscibili nelle costituzioni democratiche del dopoguerra e non consente dubbi intorno all'irrinunciabilità di alcune situazioni socialmente assai rilevanti elevate a rango di diritti soggettivi fondamentali e per questo motivo «duri», cioè insuscettibili di compressioni da parte della pubblica amministrazione: si pensi alla tutela della vita, alla tutela dalla salute pubblica, alla libertà personale, alla dignità, alla retribuzione almeno minima del lavoro. Non è lecito nutrire dubbi, anzi, sulla forza che questi diritti sprigionano nel condizionare l'azione (non del solo esecutivo) ma di tutti i pubblici poteri.

V. CERULLI IRELLI, *Prima lezione di diritto amministrativo*, Bari-Roma 2021, ed. Laterza, p. 168 e ss., nella disamina puntuale della funzione amministrativa, si sofferma anche sulla c.d. "amministrazione di prestazione", "divenuta di gran lunga prevalente per risorse impegnate, personale addetto, diffusione territoriale, ampiezza

ISSN 2036-7821

Per meglio comprendere siffatta evoluzione, la riflessione può utilmente prender le mosse da quei contributi della dottrina, che ne descrivono lo stato di sviluppo nei primi anni del millennio: "i pubblici poteri nel corso dell'ultimo secolo hanno subito un radicale mutamento: da organizzazioni rigide, che principalmente si facevano carico di interessi pubblici di carattere, per così dire, superiore e predeterminato, in quanto posti a garanzia dell'ordine e delle certezze legali, ad organizzazioni più elastiche, che ausiliano i cittadini in tutti i modi possibili fornendo loro prestazioni"[5].

---

della platea sociale coinvolta", evidenziando come "l'evoluzione dello Stato moderno in senso democratico, e come Stato di benessere, si caratterizza, almeno a partire dagli ultimi decenni dell'800, ma poi sempre più diffusamente, per l'assunzione di compiti rivolti alla soddisfazione di bisogni della collettività (c.d. *attività sociale*), ulteriori rispetto a quelli originari (a loro volta consistenti e di attività giuridiche e di prestazioni materiali) intesi ad assicurare l'ordine pubblico, la difesa esterna, ad approntare le infrastrutture necessarie alla vita associata, e pochi altri, ancora pressoché esclusivi dello Stato, sino ai primi decenni della nostra storia unitaria".

Sull'amministrazione di prestazione nell'ambito dei servizi sociali e soprattutto nell'ambito dei servizi sanitari, si segnalano le assai attuali riflessioni "sull'amministrazione di risultato declinata nella c.d. "amministrazione di prestazione", in A. ANGIULI - V.CAPUTI JAMBRENGHI, *Servire il popolo. Osservazioni sul sistema integrato di interventi e servizi sociali,* in *Scritti per Franco Gaetano Scoca,* Napoli 2020, ediz. ES, vol. I, p. 569 e ss. Viene in evidenza come "nei settori in cui l'esercizio di funzioni pubbliche o di attività di servizio sociale si caratterizza per il profilo delle prestazioni rese o da rendere a privati (c.d. "amministrazione di prestazione") il risultato non può che essere attinto attraverso una valorizzazione della "funzione" o del "servizio" nella rispettiva eccezione di doverosità finalistica totalizzante e complessa, riguardata negli approdi concreti rapportati a parametri di "livelli essenziali" uniformi su tutto il territorio nazionale, ove predeterminati, nonché della *prestazione idonea* ed *adeguata* in favore del destinatario quale *componente finale* in relazione alla specifica azione o pluralità di azioni connesse, intraprese o da intraprendere, e ad un tempo *strumentale* rispetto alla funzione o al servizio da garantire. Ma se un risultato richiede strumenti flessibili capaci di cogliere nel segno l'obiettivo da raggiungere, l'amministrazione di risultato, in questo settore forse più che in altri, rinvia all'idoneità della struttura organizzativa e – se integrata – anche all'efficacia di forme e modalità di coordinamento".

Sull'amministrazione protesa verso i "bisogni" della collettività, anche E. SCOTTI, *"Il pubblico servizio, tra tradizione nazionale e prospettive europee*", Padova, 2003, p. 13 e ss. L'A. evidenzia – rifacendosi all'Orlando come abbiamo appena rilevato – che "«l'idea del pubblico servizio (che) non precede, ma segue quella della pubblica amministrazione» può cogliersi in primo luogo considerando come sul piano storico, l'esigenza di una sua compiuta nozione giuridica sia stata avvertita allorché lo Stato moderno si è assunto su larga scala il compito d'intervenire nei rapporti sociali volgendo le proprie energie a favorirne il miglioramento. In tale svolta –che sul piano istituzionale ha segnato il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato sociale– alle tradizionali attività svolte dai pubblici poteri per adempiere a funzioni essenzialmente conservative, si sono affiancati, com'è noto, nuovi ambiti di azione di tipo prevalentemente non autoritativo, preordinati all'utile dei singoli membri della collettività".

[5] F.A. ROVERSI MONACO, *Compiti e servizi. Profili generali,* in L. MAZZAROLLI, G.PERICU, A.ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo,* II vol., Bologna 2005, p. 5-21; cfr., altresì, il contributo di G.CAIA, *I servizi pubblici,* in L. MAZZAROLLI, cit., p. 131, spec. p. 158. Sul punto anche l'ampio contributo di V. CAPUTI IAMBRENGHI, *Stato sociale e tutela della salute,* in *Diritto amministrativo e società civile,* III *Assetto della sanità nell'ordinamento amministrativo,* volume SPISA, Bologna 2018, ediz. Bononia University Press, p. 509 – 542; e più di recente V.CAPUTI JAMBRENGHI, A.ANGIULI, *Servire il popolo. Osservazioni sul sistema integrato di interventi e servizi sociali,* in *Scritti per Franco Gaetano Scoca,* cit., p. 537 – 573. Da ultimo, V. CERULLI IRELLI, *Prima lezione di diritto amministrativo,* cit., p. 168 e ss., spec. p. 171-176.

Cfr., altresì, il classico contributo di V. POTOSCHNIG, *I pubblici servizi,* Padova 1964, ediz. Cedam, riportato da Cerulli Irelli nel testo appena citato, con particolare riferimento alle p. 209 ss. Osserva Cerulli Irelli: "Se si vuole utilizzare una terminologia proposta in un libro divenuto classico, possiamo distinguere l'amministrazione giuridica come quella produttiva di *utilità giuridiche*, dall'amministrazione di prestazione come attività rivolta alla produzione di *utilità non giuridiche*, attività economiche, possiamo dire per disegnare il complesso delle attività di

ISSN 2036-7821

È noto che la nozione di Stato sociale[6] –non certo univoca, né giuridicamente ben definita, ma non per questo da respingersi, una volta che se ne voglia cogliere l'essenza– investe l'intera rete dell'organizzazione pubblica, anzitutto quella degli enti locali. Il che implica che lo Stato sociale non è soltanto quello che interviene, ad esempio, nei pubblici servizi a contenuto economico, ma soprattutto nell'assistenza nelle sue varie forme (assistenza giovanile, sanitaria, all'infanzia, agli anziani, agli orfani, alle persone colpite da eventi internazionali e così via); nonché nella previdenza sociale (pensione e trattamento di fine rapporto) nella ricreazione, nell'impiego del tempo libero, nella fruizione dei beni culturali[7].

---

prestazione, che, pur solo in determinati settori, si svolgono nelle forme dell'attività di impresa". Dunque, i servizi sociali gestiti dallo Stato e dagli enti pubblici producono utilità non giuridiche.

Nella ricostruzione di V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Servire il popolo,* cit., l'A. riporta la prima distinzione - che si deve a V.E. ORLANDO, *Primo trattato,* cit. – dell'attività amministrativa interna nelle "due grandi e fondamentali categorie dell'attività giuridica e dell'attività sociale", "distinzione costituente il fulcro del nostro sistema". È già allora indubbiamente evidente "l'ingerenza dello Stato nei rapporti psico-sociali della popolazione", ma riguardo particolare merita tale ingerenza nella "pubblica salute", attuata ormai mediante la rete di servizi sociali. Osserva l'A. riferendosi all'attualità davvero singolare della concezione di V.E. Orlando: "Una considerazione che sembra a tutta prima meramente aggiuntiva è in realtà di attualità sorprendente: «l'attività dello Stato diretta alla prevenzione del diffondersi dei contagi implica non di rado un limite imposto ad alcun diritto individuale: esempio tipico le quarantene, il divieto di contatti tra gli ammalati ed il pubblico e simili. In questi casi, si versa in materia di vera e propria polizia, giusta il concetto sistematico da noi attribuito a questa espressione. D'altra parte, la cura degli infermi, per quanto rientri nel campo della sanità, ha dei nessi evidenti con la materia dell'assistenza pubblica» (vol. I, p.106, in nota 1)".

[6] Sull'attenzione degli Stati verso le problematiche sociali anzitutto involgenti gli aiuti alla povertà, vedasi lo studio di A.ANGIULI, *Assistenza pubblica e sussidi,* in *Gli Stati generali di Francia: l'iniziativa legislativa. Studi per il bicentenario della Rivoluzione francese,* pubblicazione della scuola superiore della p.a., Roma, 1989, e V.CAPUTI JAMBRENGHI, *I Servizi sociali,* L. MAZZAROLLI, G.PERICU, A.ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo,* cit,. "E' l'Inghilterra del '600 che inaugura con una normativa generale di aiuto pubblico alla povertà (nota come *poor law,* 1601, e sostituita dal *national assistance act* soltanto nel 1948), l'era dello Stato sociale. Nella Francia rivoluzionaria del settecento nasce l'elenco dei poveri, il medico e la levatrice condotti". "Nella seconda metà dell'ottocento, in particolare, si affaccia l'opinione di una sia pur circoscritto intervento statale nel campo dell'assistenza agli indigenti soprattutto se bisognosi di cure sanitari". "Anche l'ordinamento italiano segue – sia pur tardivamente – l'evoluzione generale europea verso l'assistenza pubblica; con un certo ritardo perché in tutti gli Stati preunitari agivano da tempo con efficacia non trascurabile organizzazioni religiose della chiesa cattolica e talora anche laiche in materia di assistenza-beneficienza. Basta riferirsi alla l. 3 agosto 1862, n. 753, e trent'anni dopo alla fondamentale l. 1 luglio 1890, n. 6972 che, invertendo il criterio della prima, attribuisce natura pubblicistica alle istituzioni benefiche, al t.u.l.c.p., del 1915 che individua nel comune il livello organizzativo della pubblica beneficenza ed alla l. 3 giugno 1937, n. 847, che istituisce gli enti comunali di assistenza dissolvendo in essi le vecchie congregazioni di carità".

[7] F.A. ROVERSI MONACO, "*Compiti e servizi. Profili generali*", in L. Mazzarolli ed altri (a cura di), *Diritto amministrativo*, II vol., cit.

"Per una definizione «formale» di servizio sociale, V.CAPUTI JAMBRENGHI in *Servizi sociali,* L. MAZZAROLLI, G.PERICU, A.ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo,* cit., afferma che "può forse dirsi allora che sono da considerarsi sociali (ed in conseguenza di ciò concettualmente essenziali nella costruzione ideale della società – ordinamento giuridico) e soggetti a principi e norme generali in cui il personalismo comunitario ed il solidarismo sono i due valori portanti dell'organizzazione, quei servizi pubblici che per la loro oggettiva caratteristica o per volontà di coloro che ne sono responsabili esprimono in misura predominante la finalizzazione all'eliminazione delle condizioni di diseguaglianza sostanziale e di abbandono delle persone meno favorite, ed alla realizzazione della personalità di

ISSN 2036-7821

Va rilevato, a seguito delle cosiddette scelte politiche tradotte in disposizioni sull'argomento che hanno caratterizzato il nostro ordinamento, il percorso normativo – ed anche quello dottrinale e giurisprudenziale – che nel tempo hanno condotto alla trasformazione della pubblica amministrazione in soggetto dispensatore di prestazioni alla collettività ha riguardato principalmente gli enti locali, la cui presenza viene prioritariamente percepita proprio in termini di assicurazione di beni e di servizi a vantaggio delle collettività rappresentate.
Di interesse notevole è la norma di cui all'art.112 del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267, che reca una definizione di servizio pubblico, intendendo come tale "la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile", precisando che sono gli enti locali a "provved(ere) alla gestione dei servizi pubblici".
Si tratta "di una previsione che se, da un lato, segna una distanza rispetto al tradizionale ruolo dell'ente locale diretto erogatore del servizio (che gestiva, cioè, il servizio, ma non provvedeva soltanto alla gestione), da un altro, rimarca l'essenzialità del ruolo dell'ente locale che, rispetto ai servizi pubblici locali, non è chiamato ad una regolazione neutrale *ab extra*, ma ad una assunzione di responsabilità in un'area strategica di attività di sua competenza"[8].
L'art. 112, comma 1 del T.U., propone quindi una definizione del servizio pubblico tesa a valorizzare le attività dell'amministrazione che risultano predominanti nell'espletamento di un compito suo proprio e conclude ad una evoluzione normativa pressoché secolare che ci apprestiamo ora a riassumere brevemente.

2. Il ruolo degli enti locali nel servizio pubblico.

I servizi pubblici locali furono disciplinati per la prima volta in modo organico dalla c.d. legge Giolitti (l. 19 marzo 1903, n. 103)[9]. La legge che prende il nome dal suo

ciascuno. Infine, va considerato che essendo intervenuta con il d.p.r. 24 luglio 1977, n. 616, una vera e propria codificazione dei servizi sociali nell'ordinamento regionale, sulla loro qualificazione non possono nutrirsi dubbi, perché l'indicazione del legislatore, che evidentemente ha di mira e desidera che sia attinta una finalità sociale anche laddove essa non appare con nettezza, va tenuta in considerazione e non può essere superata". Sul punto anche V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Stato sociale e tutela della salute*, cit..

[8] F. LIGUORI *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008, p. 19 "l'art.112, comma 1, del T.U. ripropone una visione del servizio pubblico nella quale il ruolo dell'amministrazione è forte e finalizzato all'espletamento di un compito suo proprio, essendo connotato in termini di responsabilità della erogazione del servizio, in conseguenza della scelta legislativa o autonoma –entrambe dettate dalla inidoneità del mercato a soddisfare equamente le esigenze della collettività– di assunzione di un'attività come servizio pubblico. Alle spalle di questa norma vi sono ben cento anni di normazione che hanno visto succedersi numerosi provvedimenti volti a disciplinare la materia dei servizi pubblici locali".

[9] La legge del 19 marzo 1903, n. 103, successivamente inserita nel testo unico delle leggi sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province, di cui al regio decreto 15 ottobre 1925, n. 2578, a lungo in vigore, costituì una pietra miliare per lo sviluppo economico e sociale delle comunità locali, promuovendo l'assunzione di numerose attività di servizio pubblico da parte dei comuni, governati, come è noto, da persone preposte dal regime, quali i trasporti, gli acquedotti, il gas, l'energia elettrica, la nettezza urbana e così via, e

ISSN 2036-7821

promotore, l'allora Ministro degli Interni, affrontò in un momento particolarmente rilevante per la legislazione ad oggetto sociale, il problema della produzione dei beni e della erogazione dei servizi in ambito sociale da parte dell'ente più vicino ai cittadini, ossia da parte del Comune. Vi è già in quella norma una prima enunciazione del principio di sussidiarietà c.d. orizzontale, poi ulteriormente elaborato dalla dottrina anche comunitaria. Infatti il Comune, nel tempo, diventa l'attore istituzionale principale nell'erogazione e gestione di quei servizi tesi a dare risposta ai bisogni della collettività locale conseguenti ai mutamenti d'ordine economico, culturale, più in generale sociale, nonché alle problematiche relative alle insufficienze della disponibilità finanziaria, anche in materia di sanità[10].

---

consentendo loro di adottare le forme di gestione più confacenti alle proprie dimensioni e attitudini. Il Comune poteva, infatti, scegliere tra gestioni dirette con le proprie aziende speciali o conduzione ancor più diretta in economia e quelle indirette, tramite le concessioni a imprese private.

In precedenza l'operare sostanzialmente incondizionato delle forze di mercato si era infatti dimostrato sempre più incompatibile tanto con l'efficienza del sistema economico quanto con i livelli di vita dei cittadini, alla luce soprattutto dei processi di industrializzazione e di accentuata urbanizzazione che caratterizzarono l'Italia dalla fine dell'ottocento.

La suddetta regolazione, pertanto, rappresentava un terreno unificante di esigenze e di correnti di pensiero tra loro molto differenti. Il dibattito, peraltro, si sviluppò e prese intensità quando l'incalzare degli eventi rese il tema della municipalizzazione un argomento politico di primaria urgenza, anche perché i casi di comuni che autonomamente avevano assunto l'iniziativa di costituire *ex novo* aziende municipalizzate o di riscattare concessioni da imprese private si erano fatti frequenti e consistenti. Tali iniziative, del resto, non erano generalmente assunte in base a motivazioni ideologiche, bensì sulla spinta di esigenze concrete: da un lato finanziare le casse comunali con le rendite connesse alla gestione dei servizi, dall'altro dare risposta ai problemi alimentati dai processi di inurbazione. Dal 1891 al 1901 le città italiane registrarono un aumento notevolmente di popolazione; in particolare Roma del 54 per cento, Milano del 43 per cento, Torino del 32 per cento, Palermo del 27 per cento, Napoli del 14 per cento. Ciò suscitava nuove esigenze e bisogni la cui risposta era largamente affidata alla presenza di infrastrutture e di reti in grado di fornire beni e servizi indispensabili nella vita cittadina. A ciò si aggiunga che la fase di industrializzazione e di ammodernamento dell'apparato produttivo evidenziava quanto fosse importante disporre di sistemi territoriali adeguati. A conferma del carattere sostanzialmente pragmatico delle prime esperienze di municipalizzazione si consideri che esse si concentrarono inizialmente soprattutto nei comuni collocati in aree di più intenso sviluppo industriale con giunte a maggioranza moderata e liberale. Si ricordi, al riguardo, che fra il 1845 e il 1870 soltanto Genova, Vercelli, Brescia, Rovigo, La Spezia e Cesena disponevano di un pubblico servizio del gas. Successivamente, dopo il 1880, l'ambito di intervento si estese ad altri settori, quali gli acquedotti (Spoleto, Udine, Terni, Vercelli), i trasporti urbani (nel 1895 Genova costituì una società a partecipazione comunale per gestire questo servizio), le centrali elettriche (Brescia nel 1893 e Verona nel 1898). Contrariamente a quanto comunemente si ritiene, dunque, le prime concrete realizzazioni non ebbero una connotazione politico-ideologica. L'esempio della Gran Bretagna, considerato da molti modello di riferimento, era per un verso eloquente per l'altro rassicurante. In questo Paese, infatti, esisteva già da oltre trenta anni una legislazione favorevole all'assunzione diretta dei servizi da parte degli enti locali. Ciò aveva permesso la diffusa presenza di municipalizzate, soprattutto in alcuni settori come quello elettrico (in cui le aziende pubbliche erano circa l'80 per cento del totale) e quelli dell'acqua e del gas (intorno al 50 per cento del totale), producendo risultati positivi a vantaggio sia dei cittadini che delle finanze comunali.

[10] V. CAPUTI JAMBRENGHI, *I servizi sociali*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, (a cura di) *Diritto amministrativo*, cit., p. 837-851. Nella ricostruzione critica dell'organizzazione pubblica sanitaria e ospedaliera del nostro ordinamento, l'A. evidenzia come sia stato il "governo Giolitti a registrare per la prima volta nell'organizzazione ministeriale un segno palese di attenzione verso il bisogno sociale di assistenza sanitaria: si tratta dell'istituzione – nel 1904 - della direzione generale per la sanità nell'ambito del dicastero dell'Interno. Ma questa non può dirsi la data d'origine della sanità come oggetto

ISSN 2036-7821

2.1. Le scelte innovative della legge Giolitti.

La legge Giolitti del 1903, confluita con modificazioni nel successivo testo unico del 1925, in effetti, scaturisce proprio da un generale e condiviso fabbisogno di regolazione. In realtà, sul piano legislativo, la questione fu affrontata per la prima volta nel 1898 (Governo Pelloux) quando fu istituita una Commissione parlamentare (Commissione Lucchini) con il compito di redigere un disegno di legge per disciplinare l'assunzione diretta dei servizi e il riscatto delle concessioni. Il progetto di legge che fu elaborato nell'occasione non riuscì a superare le resistenze provenienti dalla componente più conservatrice del mondo industriale, interessata a conservare i benefici della gestione privata dei monopoli, che prevalse su quella più dinamica, favorevole a espandere l'offerta e l'accessibilità dei servizi come condizione per lo sviluppo economico e produttivo. Quando il problema si ripresentò alla discussione parlamentare all'inizio del 1902 le condizioni erano notevolmente mutate per effetto del prevalere di un «blocco sociale» sostenuto anche dalle istanze di alcuni ambienti imprenditoriali avanzati e dalla disponibilità del mondo sindacale e della componente riformista della sinistra di matrice socialista. In particolare la municipalizzazione si collocava nel programma di decentramento amministrativo di cui Giolitti era sostenitore e corrispondeva ad una esigenza di ammodernamento resa evidente dal processo di industrializzazione e dai movimenti migratori ad esso connessi.

Per schematizzare, l'istanza municipalizzatrice presentava un duplice ordine di motivazioni: una, per così dire, di funzionalità del sistema, e cioè l'opportunità di

---

di pubblica amministrazione: anzi il metodo e l'ispirazione degli interventi organizzativi e coordinativi realizzati dalla neoistituita direzione generale, furono improntati allo spirito pratico del servizio sociale che deve «servire» in concreto alla società, anziché all'inquadramento della sanità pubblica negli schemi tipici dell'attività amministrativa. In fondo", evidenzia l'A., "era proprio siffatta specificità e diversità di contenuto dell'organizzazione di una assistenza sanitaria pubblica rispetto a quella di qualunque altro servizio, pur se reso alla persona, che aveva ostacolato la ministerializzazione della sanità.

La necessità di realizzare qualsiasi apprestamento e cura richiesta – specie se d'urgenza – dal pericolo di vita respingeva la formalità dell'organizzazione amministrativa che appunto in quel torno di tempo cominciava la sua progressiva espansione, lasciando preferire la duttilità e la praticità dell'organizzazione privata più modellabile in relazione ai bisogni concreti del paziente ed alla loro mutevolezza. E se, le opere pie furono attratte in parte nella sfera pubblicistica ciò avvenne sul finire del *1800 (n.d.r.),* con una certa misura, in particolare salvaguardando –con l'autonomia delle originarie tavole– le metodiche e le prassi di cura e di amministrazione dello *spedale* invalse nell'esperienza comune lungo i secoli."

"Con il 1934 tutta la normativa sulla sanità viene riunita e rinnovata in un testo unico (r.d. 27 luglio 1934, n. 1265). L'organizzazione pubblica del settore ospedaliero è embrionale, come proprio dimostra il nuovo compendio delle leggi che significativamente esordisce con la menzione dei compiti comunali di «vigilanza igienica» e della «profilassi delle malattie trasmissibili». A tali fini ogni Comune capoluogo di provincia o con popolazione superiore ai ventimila abitanti doveva avere un «adatto ufficio sanitario»". L'A. prosegue nella ricostruzione normativa della formazione delle aziende sanitarie locali, con l'evidenziazione del fenomeno di "politicizzazione della sanità purtroppo rappresentato dalla impetuosa lievitazione della relativa spesa pubblica e del disservizio": temi, a distanza di circa 30 anni, assai attuali e sui quali l'A. ritorna in *Servire il popolo. Osservazioni sul sistema integrato dei servizi sociali,* cit.

ISSN 2036-7821

creare le condizioni per un più agevole e ordinato sviluppo industriale; un'altra di natura politica, vale a dire l'esigenza, propria della strategia giolittiana, di allargare le basi sociali e di consenso dello Stato liberale, ciò che imponeva di alleviare il peso del processo di industrializzazione mediante un'idonea politica dei servizi. Il dibattito che accompagnò la discussione del disegno di legge di riforma fu di notevole intensità e di straordinario interesse.
In esso si confrontarono i più autorevoli rappresentanti dei principali orientamenti politico-ideali di quel periodo storico, sia di matrice liberale, sia socialista, sia cattolica. Ciascuno portò il proprio specifico contributo, generalmente a sostegno della prospettiva di pubblicizzazione, in base a motivazioni spesso profondamente diverse. Per un verso, infatti, la municipalizzazione veniva invocata con il fine di dare risposta al problema del fallimento del mercato, connesso alla presenza di monopoli naturali, per altro verso l'obiettivo era alleviare i disagi connessi a comportamenti monopolistici e innalzare le condizioni di vita dei cittadini e dei lavoratori, per altro ancora, più pragmaticamente, lo scopo era alleggerire il dissesto delle finanze comunali acquisendo parte almeno delle rendite monopolistiche.
La legge sulla municipalizzazione del 1903, risentì, sia pure in misura diversa, di tutti questi orientamenti. In essa, da un lato, permasero lo spirito innovatore e le motivazioni economiche, sociali e politiche che ne erano state il motivo ispiratore; dall'altro furono inserite norme che, al fine di consentire un compromesso con gli oppositori, ne stemperavano alcuni contenuti riformatori. Da allora, non senza avere prima sottolineato le straordinarie vicissitudini tra la fine degli anni '70 e la metà degli '80 del secolo scorso, che videro l'assunzione di misure di drastico risanamento finanziario, bisogna arrivare agli anni '90 per registrare con la legge n. 142 del 1990, di riforma delle autonomie locali, una evoluzione di pari importanza nell'ambito del settore dei servizi, pubblici locali, con l'ingresso, tra le modalità di gestione, delle società di capitali, vuoi con la partecipazione di prevalente capitale pubblico locale, vuoi a maggioranza privata. Tali norme sono ora confluite in una certa misura nel testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, che le ha, in gran parte, confermate.

3. Servizi e infrastrutture.

Come è noto, la legge fu impostata sul progressivo trasferimento della gestione dei servizi più vicini alla persona ai Comuni che erano considerati gli unici soggetti in grado di tutelare effettivamente gli interessi dei cittadini a differenza delle imprese private, risultate non idonee a sopportare a loro carico gli impegni economici necessari per i cittadini.
Dalla lettura della relazione parlamentare si evince come obiettivo della legge fosse anche quello di assicurare ai pubblici esercenti del servizio un equo profitto. Si giunge così a individuare la municipalizzazione dei servizi pubblici, ossia la forma di

ISSN 2036-7821

intervento adottata dai Comuni che intendevano intervenire nella gestione diretta del servizio nell'ambito della economia pubblica, con una solenne assunzione di responsabilità: spettava, infatti, al Consiglio comunale l'assunzione diretta dei pubblici servizi sulla base di un progetto di massima a contenuto tecnico e finanziario.

Il Comune, tuttavia, avrebbe potuto aspirare alla partecipazione nazionale delle municipalizzazioni, a condizione di avere un bilancio di competenza annuale in attivo o almeno in pareggio.

Invero, la riforma Giolitti puntava all'azienda speciale, ossia ad un'organizzazione dotata di autonomia amministrativa e contabile e propria capacità di compiere atti e negozi giuridici, ma non munita di personalità giuridica[11].

Erano queste le prime forme di gestione municipale che, comunque, non escludevano l'istituto della concessione di servizio pubblico, ossia l'unico istituto che all'epoca della emanazione della riforma consentiva l'ingresso del privato nella gestione di pubblici interessi, sia pure escludendo l'esercizio di funzioni amministrative e limitando l'accesso ai servizi.

La legge Giolitti pone, così, le basi istituzionali per una imprenditorialità pubblica locale italiana e finisce con l'aprire nuove prospettive connesse sia alla scelta dell'assunzione della gestione dei servizi per infrangere gli effetti negativi del monopolio, sia alle politiche di agevolazione di carattere finanziario per i Comuni nel caso di assunzione diretta dei servizi pubblici, sia, infine, alla ricerca di un ambito idoneo di utenza attraverso la possibilità per gli enti locali di costituirsi in consorzi per assumere direttamente l'impianto e\o l'esercizio di quei servizi considerati di interesse comune. Fra questi la legge enumera la costituzione di acquedotti e la

[11] V.CERULLI IRELLI, *Prima lezione di diritto amministrativo, cit.*: "Ad essi (ai servizi pubblici, n.d.r.) si provvede, sul piano organizzativo, secondo modelli diversi: a volte (come nel caso della scuola) direttamente attraverso strutture (le scuole pubbliche, oggi le istituzioni scolastiche) incardinate nell'organizzazione ministeriale; a volte attraverso la pubblicizzazione e il riordino di preesistenti organizzazioni private con propria personalità giuridica (come nel settore dell'assistenza sociale attraverso le IPAB); a volte ancora, attraverso aziende c.d. autonome o speciali (se ne è delineata la struttura), costituite a livello nazionale con apposite leggi (Azienda autonoma delle ferrovie: l. 137/1905; Azienda autonoma dei servizi telefonici: l. 506/1907; ecc.); ovvero a livello locale in virtù della facoltà conferita ai Comuni (l. 103/1903; r.d. 2578/1925) di assumere direttamente la gestione dei servizi necessari alla propria comunità ("l'impianto e l'esercizio diretto dei pubblici servizi"), dei quali la legge indica una lunga esemplificazione (dalla distribuzione di acqua potabile, all'esercizio dell'illuminazione pubblica, all'esercizio delle tramvie e delle reti telefoniche, delle farmacie; all'esercizio della nettezza pubblica, dei trasporti funebri, dei mercati pubblici, e così via) e stabilisce le modalità di gestione e il procedimento per addivenire all'assunzione del servizio. In alcuni casi, l'attività di servizio è rivolta alla comunità generale (come ad esempio, a livello comunale, il servizio di pulizia e illuminazione delle strade, il servizio dei mercati comunale, il servizio farmaceutico), in altri casi il servizio si realizza attraverso prestazioni rese ai singoli utenti a loro richiesta per il soddisfacimento di bisogni individuali (soddisfacimento obbligatorio in alcuni settori, cioè non di libera scelta dei singoli, come nella scuola dell'obbligo). In questo secondo ordine di casi, si istituisce tra l'ente erogatore del servizio e l'utente un rapporto giuridico (la cui natura, all'origine prevalentemente pubblicistica, si evolve via via verso aspetti privatistici: c.d. rapporto di utenza), in virtù del quale ricadono, sull'ente erogatore e sui suoi agenti, specifici obblighi e connesse responsabilità.

ISSN 2036-7821

distribuzione di acqua potabile, l'impianto e l'esercizio dell'illuminazione pubblica e privata, la costruzione di fognature, la costruzione e l'esercizio di reti telefoniche, la costruzione e l'esercizio di tramvie, l'impianto e l'esercizio di farmacie, la nettezza pubblica e l'eliminazione periodica delle immondizie domestiche, i trasporti funebri, la produzione e distribuzione di forza motrice idraulica ed elettrica e costruzione degli impianti relativi[12].

La gestione pubblicistica dei servizi alla collettività fu successivamente confermata dal T.U. 2578/1925 e dal decreto di attuazione. Senonché, le difficoltà nel gestire, organizzare e fornire alcuni servizi pubblici tecnicamente più specifici non tardarono ad emergere. A tali difficoltà degli enti locali, uno Stato politicamente accentrato rispose con la nazionalizzazione di alcuni servizi. Sono nate in questo contesto aziende pubbliche di servizi, quali quelle del servizio telefonico, del servizio di energia elettrica, del servizio idrico, spesso integrato, cioè esteso oltre all'acquedotto, nonché all'impianto fognante comunale.

I modelli gestionali rimangono ancora sostanzialmente immutati fino agli inizi degli anni '90[13].

---

[12] Cfr. nota sub 7, V. CERULLI IRELLI, *Prima lezione di diritto amministrativo, cit.*

[13] F. MERUSI, nella relazione al Convegno tenutosi presso la Scuola di specializzazione in studi sull'Amministrazione pubblica, "*A cento anni dalla approvazione della legge 29 marzo 1903, n. 103*", offre importanti riflessioni sulla municipalizzazione dei servizi. L'A. evidenzia come nella legge Giolitti "il tema centrale è quello di affrontare il problema dei monopoli naturali o giuridici. Si era dimostrato che ogni qualvolta si manifestava un monopolio anche l'utilizzazione di strumenti amministrativi, come la concessione, non permetteva alla pubblica amministrazione di tutelare efficacemente l'utente e l'andamento economico del servizio. La soluzione offerta da Giolitti era la seguente: esistevano imprese marginali nell'ambito delle quali non era possibile la libera concorrenza. Per tutelare il cittadino occorreva un intervento della pubblica amministrazione con una gestione diretta in modo da infrangere gli effetti negativi del monopolio.

Oltre alla rottura dei monopoli, un'altra delle tematiche presenti nel dibattito parlamentare (soprattutto nella relazione Giolitti) è se esiste un mercato dei servizi pubblici locali e come va definito, in particolare in relazione ad una problematica ricorrente che accompagna quella dei poteri locali da Rattazzi ad oggi: la dimensione dei Comuni non è tale da permettere in tutti l'erogazione di servizi identici, non esiste un sistema che possa garantire l'esistenza di una erogazione del servizio che abbia caratteristiche omogenee. Come venirne fuori? Giolitti è condizionato dalla soluzione antinapoleonica di Rattazzi basata non sulla disciplina del potere locale in rispondenza alle esigenze economiche territoriali, ma sui diritti naturali delle comunità locali (soluzione sabauda poi applicata al Regno d'Italia): è il riconoscimento delle patenti regie alle comunità locali nate sulla base di una accessione storica progressiva. Il riconoscimento della legge Rattazzi dei Comuni sulla base delle patenti regie ha provocato il noto fenomeno che tutt'oggi assilla le comunità locali e che non viene quasi mai affrontato per ragioni di politica contingente: l'irrazionale suddivisione territoriale dei poteri locali, che appare evidente a Giolitti quando si tratta di disciplinare l'erogazione dei pubblici servizi. Giolitti è consapevole che la soluzione dei grandi Comuni del nord, che hanno già introdotto servizi di avanguardia (come l'elettricità, le farmacie), non è esportabile e direttamente applicabile ai Comuni del sud. Lo dice espressamente sperando che, spontaneamente, chi indica soluzioni di avanguardia riuscirà a persuadere gli altri ad adottare delle soluzioni ottimali con la forza dell'evidenza dei risultati. Per la definizione dell'ambito territoriale di erogazione del servizio pubblico il suggerimento è quello di associarsi, costituendo dei consorzi in modo da arrivare ad una erogazione economica del servizio. Ma questa possibilità illuministica di soluzione autonoma del problema della definizione del mercato dei pubblici servizi non verrà seguita.

Con il testo unico 15 ottobre 1925, n. 2578, c'è un'altra soluzione per l'individuazione di un bacino di erogazione dei servizi pubblici: è l'idea della municipalizzazione delle Provincie, cioè la possibilità per le Provincie di

ISSN 2036-7821

I diversi interventi legislativi succedutisi nel corso dei decenni non miravano, infatti, ad adeguare le organizzazioni municipali ad una logica imprenditoriale, ma assecondavano sostanzialmente la conservazione del "sistema" con lievi aggiustamenti specie di tipo contabilistico (si veda in particolare il d.p.r. 4 ottobre 1986, n. 902 che sostituisce il regolamento del 1906).

Prese forma, intanto, un atteggiamento di ausiliarietà –in senso lato ed atecnico– degli enti locali rispetto allo Stato, che, specie negli anni '50 e '60, avviò l'intervento più esteso per la realizzazione di acquedotti, reti fognarie, depuratori, provvedendo ai cospicui finanziamenti necessari. Un atteggiamento che finì però col determinare "una sorta di deresponsabilizzazione quanto al decadimento dell'innovazione degli impianti ed all'efficienza di erogazione del servizio"[14].

---

realizzare dei servizi municipalizzati in sostituzione dei Comuni. Ma la "provincializzazione" dei servizi pubblici non ha avuto alcun seguito.

Nella prima metà degli anni '50, quando si pone all'attenzione della classe politica italiana il problema di ripensare la disciplina dei servizi pubblici locali, emerge chiaramente la tendenza di sottrarre determinati tipi di servizi alla disciplina generale (es. telefonia, elettricità, acqua). La legislazione statale finisce così col sottrarre la disciplina di determinati servizi alla disciplina locale. La situazione è andata avanti così fino al 1990, anno in cui il legislatore nazionale affronta per la prima volta l'idea di un intervento organico sulla municipalizzazione. Ma il legislatore del 1990 era in ritardo rispetto a quello che stava realmente accadendo. Il 1990 era l'anno dell'introduzione, anche in Italia, dello Stato del mercato, della abolizione del sistema della gestione diretta dell'economia con il passaggio all'economia di mercato. Questo passaggio è sanzionato da due leggi: la legge antitrust, che introduce per la prima volta la concorrenza tra i principi generali dell'ordinamento italiano (sovvertendo il terzo comma dellart.41 Cost.), e la legge sul procedimento amministrativo, che introduce per la prima volta il principio del tempo necessario nell'azione della pubblica amministrazione (il tempo è un fattore del mercato e anche la pubblica amministrazione deve rispettare il principio del tempo certo come elemento tipico dello Stato concorrenziale). Intanto si afferma in ambito comunitario il principio dell'obbligatorietà della concorrenza simulata (giuridica), in quei settori in cui tale concorrenza non c'è. L'idea di base è la seguente: non è vero che la concorrenza non possa realizzarsi nei suoi benefici effetti nei monopoli naturali ed in maniera particolare nei servizi pubblici, ivi compresi quelli locali, perché la concorrenza, che elimina gli effetti negativi del monopolio anche quando è gestito da soggetti pubblici, è realizzabile artificialmente con strumenti giuridici.

In Italia nel 1990 questa logica europea è mal digerita e, con riferimento ai servizi pubblici locali, c'è una prima soluzione ipotetica. C'è l'indicazione della società per azioni con partecipazione maggioritaria degli enti locali. La società per azioni, tuttavia, è soltanto uno strumento di efficienza nella gestione dell'impresa e non è in grado di realizzare la concorrenza simulata. Occorreva andare più in là. Soltanto con l'art.35 della legge 28 dicembre 2001 si affronta anche nel nostro ordinamento il problema di introdurre un sistema di concorrenza simulata. Ciò viene fatto con una serie di difficoltà che vanno da subito accennate: 1) c'è una lenta presa di coscienza che non tutti i servizi pubblici sono uguali: vanno nettamente divisi i servizi riconducibili ad un mercato concorrenziale da quelli che non lo sono. C'è la distinzione tra servizi industriali, che sono sottoposti soltanto ad un'organizzazione efficientistico-imprenditoriale (la società per azioni) organizzata secondo le forme che le esigenze della concorrenza e dell'efficienza determinano, e servizi che non hanno rilevanza industriale, a cui continua ad applicarsi la tipologia di erogazione del servizio classico (azienda speciale, istituzione, ecc.).

[14] Cfr. M. DUGATO, *Il servizio pubblico locale: incertezze qualificatorie e tipicità delle forme di gestione*, commento a Cons. Stato, 23 luglio 2001, n. 410, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2002; F. LIGUORI, *I servizi pubblici,* cit., p. 12, "il modello giuridico istituzionale organizzativo cui all'inizio del secolo scorso era stata attribuita una forte valenza politico-sociale non poteva più sopravvivere così come era stato elaborato ai mutamenti intervenuti e alle nuove esigenze di qualità del servizio e di reperimento di nuove risorse finanziarie, stante anche la difficoltà di ricorrere all'apporto di capitali privati in assenza di una previsione che lo consentisse".

ISSN 2036-7821

Le congiunture economiche finiranno tuttavia per rendere più difficile e infine impraticabile l'assunzione da parte dello Stato del deficit di bilancio degli enti locali, in larga misura dovuto proprio alla gestione inefficiente e antieconomica dei servizi.
Il deficit pubblico, l'inefficienza del servizio pubblico e, per converso, la crescente domanda di qualità del servizio finirono col rendere quel sistema istituzionale di gestione ed organizzazione del servizio pubblico oramai inefficace ed inefficiente e meritevole di ineludibile quanto radicale riforma.
Quest'ultima intervenne, dopo numerose proposte di legge ed interminabili dibattiti, nel 1990 con l'entrata in vigore della legge n. 142.
E' l'anno segnato dalle grandi riforme della p.A.: entrano, infatti, in vigore la normazione sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241) e la legge anti trust (l. 10 ottobre 1990, n. 287). Se ben le si considera, appaiono le riforme più rilevanti nell'ambito della pubblica Amministrazione. Si tratta dell'introduzione di regole precise per il procedimento amministrativo, l'effettività e la trasparenza della attività della p.A. che si tentava di garantire con il diritto di accesso. Riforme legislative che tutt'oggi fungono da baluardi (grandi riforme economiche-sociali) pur se interessate da aggiornamenti, indotti anche dalla necessità di garantire una maggiore copertura delle spese per le attività tese a favorire lo sviluppo della comunità locale.
Per quel che rileva nell'ambito dei servizi sociali, deve sottolinearsi che si assegna un ruolo preciso e ben definito anche in termini di responsabilità agli enti locali per tal via pervenendosi ad una prima definizione di servizio sociale, inteso come quell'insieme di attività volte a curare "gli interessi e a promuovere lo sviluppo della comunità rappresentata" (art. 2 l. 142 del 1990).[15]
Il servizio sociale assume, in questa fase, una connotazione particolare, che assomma nel suo nucleo concettuale non solo un'attività finalizzata a soddisfare specifici bisogni della collettività, ma anche a "promuovere lo sviluppo economico" . In realtà

[15] La norma di cui all'art. 3, comma 2, della citata l. n. 142 del 1990 dispone, infatti, "Il comune è l'ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo". A distanza di circa dieci anni, il TUEL, approvato con d.lgs. 26/2000, all'art. 112, dispone: "gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali". Rilevante, dunque, appare non solo il richiamo del previgente art. 3 della l. 142/90, ma soprattutto l'associazione tra "fini sociali", "sviluppo economico" e "sviluppo civile" delle comunità locali: una comunità che raggiunge un buon grado di sviluppo economico, consegue un elevato grado di sviluppo civile e si persegue in tal modo il fine sociale assegnato agli enti locali.
La successiva legge quadro per la realizzazione del sistema integrato dei servizi sociali, la n. 328 del 28 novembre 2000, rafforza il concetto di "sviluppo" della comunità, accennando alla qualità della vita, alle pari opportunità, alla rimozione dello stato di bisogno. Alla norma di cui all'art. 1, si afferma, infatti, "La Repubblica assicura alle persone e alle famiglie un sistema integrato di interventi e servizi sociali, promuove interventi per garantire la qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione e diritti di cittadinanza, previene, elimina o riduce le condizioni di disabilità, di bisogno e di disagio individuale e familiare, derivanti da inadeguatezza di reddito, difficoltà sociali e condizioni di non autonomia, in coerenza con gli articoli 2, 3 e 38 della Costituzione".

ISSN 2036-7821

una funzione del servizio pubblico così connotata e, all'interno di esso, del servizio sociale, si rivela antesignana anche del significato che allo stesso assegna l'U.E.
Al riguardo si rimanda alla direttiva 2006/123/CE del Parlamento e del Consiglio[16]. Ivi, infatti si afferma che "i servizi costituiscono il motore della crescita economica e rappresentano il 70% del PIL e dei posti di lavoro nella maggior parte degli Stati membri"[17].
Ma, la legge 142/1990 si colloca anche in un momento storico in cui lo Stato e gli enti locali assumono iniziative purtroppo assai spesso connotate da inefficienza ed antieconomicità, che si pongono in assoluta controtendenza con il mercato aziendale privatistico, sicuramente più efficiente rispetto alla gestione pubblica dei servizi.
È da constatazioni di tal natura, oltreché dalle più generali affermazioni di concezioni neo-liberistiche nell'esercizio di attività anche pubbliche, ma di rilievo economico, nonché dall'impatto con l'ordinamento comunitario, approdato con ritardo al "servizio di interesse generale" , che prendono l'avvio i processi di privatizzazione e di liberalizzazione di vari settori – anche strategici – rientranti nel servizio pubblico, tenendosi in dovuta considerazione la posizione dinamica dell'Unione europea e della necessità per lo Stato di riallineare il disavanzo pubblico ai nuovi indici determinati in sede comunitaria.
Si attua così, un passaggio epocale a livello istituzionale: molti servizi gestiti ed organizzati dallo Stato e dagli enti locali vengono privatizzati. Si pensi, ad esempio, ai servizi infrastrutturali, ma anche a quelli di trasporto.

4. L'organizzazione e gestione pubblica dei servizi sociali. La legge quadro.
Resta invece prevalentemente affidato all' organizzazione ed in certa misura alla gestione pubblica il servizio sociale: infatti, sulla base dei dati forniti dalla comune esperienza, la migliore garanzia per l'interesse pubblico nello specifico settore era

[16] Direttiva 2006/123/CE sul mercato unico interno dei servizi, paragrafo 4 dei "considerando".
[17] Sull'argomento, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Stato sociale e tutela della salute*, op.cit. L'A. evidenzia come i servizi sociali "definiti «servizi del mercato interno», le attività che ci apprestiamo ad evidenziare sono state ordinate dalla direttiva europea *self-executing* 2006/123/CE del Parlamento e del Consiglio che le definisce con enfasi evidente «motore della crescita economica», considerato che «rappresentano il 70% del PIL e dei posti di lavoro nella maggior parte degli Stati membri»; costituendo, del resto, «un settore chiave in materia di occupazione soprattutto per le donne». E' quello il periodo in cui la Comunità europea spinge, finalmente con decisione la leva dell'impegno sociale delle strutture e delle leggi degli Stati membri, profilando ovviamente siffatta evoluzione nell'ambito di una principale finalità economica – finanziaria, quelle delle politiche di coesione che, nel prefiggersi il raggiungimento delle zone e dei gruppi di cittadini che sono "rimasti indietro", mediante interventi perequativi ad ampio spettro, tende a raggiungere per altra via – quella che porta a rendere attivo nel mercato ogni cittadino europeo ogni territorio dell'Unione, accrescendo in tal modo la dimensione reale del mercato anzitutto dal versante del consumo – effetti favorevoli da Stato sociale". "Si deve tendere, dunque, conclude nella sua principale premessa la direttiva, a realizzare un «mercato unico dei servizi, mantenendo un equilibrio tra apertura dei mercati, servizi pubblici nonché diritti sociali e del consumatore". "In particolare quelli sociali rappresentano per l'Unione europea servizi essenziali per garantire i diritti fondamentali alla dignità ed all'integrità umana e costituiscono una manifestazione dei principi di *coesione* e *solidarietà sociale*".

ISSN 2036-7821

offerta dalla istituzione pubblica; ché, anzi, era ancora assai diffuso l'orientamento che individuava nel "sociale" il ruolo centrale dello Stato e degli enti locali nelle attività di organizzazione e gestione.
Per altri servizi, invece, (quelli di più immediata rilevanza economica), un ruolo di questo tipo più non veniva riconosciuto al settore pubblico, in conformità ai principi dell'ordinamento europeo.
In particolare, per ciò che attiene ai servizi "centrali", all'epoca gestiti dallo Stato, la c.d. liberalizzazione viene effettivamente avviata in alcuni settori strategici e si articola in quattro fondamentali interventi legislativi concernenti i settori del gas, delle telecomunicazioni, della energia elettrica e della radiotelevisione[18].
I "venti" di riforma non intaccano, tuttavia, sostanzialmente il settore sociale, nel quale il ruolo centrale resta affidato allo Stato ed agli enti territoriali. Come è stato osservato di recente dalla dottrina, nel "Primo trattato", di V.E. Orlando, libri I e III, è contenuta una elaborazione del *welfare State* che, come di consueto per le opinioni della parte maggiore dei giuristi dell'epoca, viene ricondotta ad aspetti organizzativi e gestionali che dall'ordinamento generale prendono le mosse[19].
In questo contesto la legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali (l. 8 novembre 2000, n. 328 e s.m.i.), sin dal suo esordio (art. 1), dopo aver enunciato che "La Repubblica *assicura* alle persone e alle famiglie un

[18] Per quel che concerne il settore dell'energia, si rimanda alle direttive comunitarie 96/92/CE, 2003/54/CE, 2009/72/CE e 2009/73/CE; per quel che riguarda la liberalizzazione nel settore del gas, si rinvia alle direttive 98/30/CE e 2003/55/CE. Nel settore delle telecomunicazioni, gli interventi volti alla liberalizzazione risalgono alla fine degli anni '80: si fa specifico riferimento alle direttive 88/301/CE e 90/388/CE, successivamente modificate dalla Direttiva, 94/96/CE.

[19] Cfr. da ultimo, V. CAPUTI JAMBRENGHI, A. ANGIULI, *Servire il popolo. Osservazioni sul sistema integrato di interventi e servizi sociali, in Scritti per Franco Gaetano Scoca,* I, cit., p.537.573, spec. 346-347. Sul punto gli A. evidenziano come la "legge-quadro sopraggiunge due anni dopo il d.lgs. 112/1998, circa un anno prima della l. cost. n. 3/2001, che molta parte eredita dai suoi dispositivi. Ricca di particolari profili disciplinari in ordine alle singole attività di impegno e sostegno sociale, considerati come compiti dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane, delle Regioni e dello Stato, la legge, pur contenendo a volte deleghe al Governo, a volte norme dirette a regolare direttamente determinati aspetti dell'intervento pubblico, fa luogo a scelte sempre argomentate chiaramente e in un certo senso coraggiose quando fonda un vero e proprio diritto, almeno in favore di determinate categorie sociali di persone svantaggiate nonché per quelle per le quali è necessario combattere contro l'estrema povertà, di ottenere le prestazioni necessarie da parte dell'ente per legge competente perché dotato di un'apposita struttura organizzativa in grado di adempiere agli obblighi pubblici in favore di comunità gruppi o persone bisognose. In via di principio, tuttavia è la Repubblica che «*assicura alle persone e alle famiglie un sistema integrato di interventi e servizi sociali*». Nell'ambito dello svolgimento di tale compito assai ampio, la Repubblica si presenta come promotrice di «*interventi per garantire – ben più che "assicurare" – la qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione e diritti di cittadinanza*». Sinora, dunque, la Repubblica assicura il sistema integrato di servizi in favore di persone e famiglie e promuove la garanzia della qualità della vita (servizio di assai arduo espletamento in concreto nella parte maggiore dei casi) e dell'attuazione della democrazia sostanziale di cui all'art. 3 Cost. Infine, la Repubblica «previene, elimina o riduce le condizioni di disabilità, di bisogno e disagio individuale e familiare, derivanti da inadeguatezza di reddito, difficoltà sociali e condizioni di non autonomia» e s'impegna in questa amplissima attività di prevenzione del degrado sociale sotto la luce vivida delle norme costituzionali di cui agli artt. 2,3 e 38, che richiama espressamente a conclusione del primo, magnifico, comma dell'art. 1, intitolato "Principi generali e finalità".

ISSN 2036-7821

sistema integrato di interventi e servizi sociali, promuove interventi per garantire la qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione e diritti di cittadinanza, previene elimina o riduce le condizioni di disabilità, di bisogno e di disagio individuale e familiare, derivanti da inadeguatezza di reddito, difficoltà sociali e condizioni di non autonomia, in coerenza con gli articoli 2, 3 e 38 della Costituzione", evidenzia quali attori istituzionali della organizzazione e della gestione dei servizi sociali gli enti locali, le Regioni e lo Stato, precisando che la norma di cui comma 2 del citato art. 1solo a tali soggetti "compete" "la programmazione e l'organizzazione del sistema integrato dei servizi sociali".

Trattasi – come ognun vede – non solo della individuazione dei soggetti attributari di competenze, ma di una elencazione in un ordine specifico di rilevanza riferita alla efficacia della rispettiva azione: sicché la collocazione al primo posto degli enti locali, al secondo delle Regioni ed infine dello Stato costituisce non solo attuazione del principio di sussidiarietà c.d. verticale ma anche della consapevolezza che solo i Comuni possano effettivamente interpretare, recepire e soddisfare i bisogni delle collettività amministrate.

È la Repubblica, invece, che risulta destinataria del compito di assicurare "alle persone e alla famiglia" un sistema integrato di "interventi e servizi sociali".

Come è noto, l'espressione "la Repubblica", nel testo costituzionale, nelle leggi ordinarie ed anche, pur se raramente, in quelle regionali, corrisponde a tutte le istituzioni attive nell'Ordinamento giuridico generale, comprese le formazioni sociali richiamate nell'art. 2 Cost., nell'ambito delle quali l'individuo, destinatario di diritti inviolabili riconosciuti e garantiti dalla Repubblica, svolge la sua personalità, concorrendo a garantire la parità sostanziale tra tutti i cittadini.

Sotto il profilo economico-finanziario lo Stato è in prima linea, in ragione anzitutto della titolarità del bilancio generale dei beni comuni ed anche per il suo specifico compito di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 117, lett. m Cost.). Inoltre, la disciplina di settore riserva alla competenza dello Stato le funzioni di indirizzo e coordinamento e di controllo; basti al riguardo esaminare la norma di cui all'art. 9 che disciplina le funzioni dello Stato nell'ambito del sistema integrato dei servizi sociali e quella di cui all'art. 6, che, viceversa, individua le funzioni in tale ambito assegnate ai Comuni[20].

Ma sono i Comuni, pertanto, singoli o associati[21], i soggetti istituzionali cui compete il ruolo operativo principale, centrale e più immediatamente rilevante nell'ambito dei servizi sociali: essi, infatti, sono tenuti a programmare, organizzare, gestire, svolgere e soprattutto sostenere finanziariamente i servizi sociali.

[21] Si pensi, al riguardo, alle forme più tipiche di associazione tra Comuni nell'ambito del sistema integrato quali l'Ambito di zona.

ISSN 2036-7821

La norma di cui all'art. 4 della legge n. 328 del 2000, infatti, pone a carico dei Comuni, singoli e associati, le spese di attivazione degli interventi e dei servizi sociali a favore della persona e della Comunità, salve le previsioni di cui ai commi 3 e 5, vale a dire i finanziamenti che pervengono per il tramite delle Regioni nell'ambito della ripartizione del fondo nazionale per le politiche sociali, che, a partire dal 2015, prevede una dotazione finanziaria annua di circa 300 milioni di Euro: da ripartire tra tutte le Regioni italiane e per il tramite di queste ultime tra tutti i Comuni.
A titolo meramente esemplificativo, un Comune di dimensioni medie, quanto alla popolazione residente (ossia 50.000 abitanti) riceve annualmente dallo Stato e per il tramite delle Regioni circa € 200.000,00: una somma in realtà del tutto insufficiente se rapportata al bisogno "sociale" ed alla domanda di servizi sociali della comunità amministrata.
Ma, come già sottolineato, è al Comune che spetta il ruolo principale nell'ambito del sistema integrato dei servizi sociali, anche dal punto di vista del finanziamento dei servizi erogati: infatti, a latere della erogazione delle somme imputate al Fondo nazionale, i Comuni devono comunque provvedere con autonomi stanziamenti a carico dei propri bilanci.
Basta leggere il bilancio annuale di previsione di un Comune per rendersi conto che buona parte degli stanziamenti previsti riguardano proprio i servizi sociali. Sempre per tornare all'esempio menzionato, se un Comune di medie dimensioni, quanto al numero di abitanti, vede assegnate somme pari ad € 200.000,00 dallo Stato, per far fronte alle sue competenze nell'ambito del sistema integrato dei servizi sociali, esso stanzierà nel bilancio una somma almeno per dieci volte maggiore, ossia circa € 2.000.000,00. E ciò perché tra i bisogni principali e più onerosi della collettività amministrata cui il Comune deve far fronte vi sono proprio quelli "sociali".

5. L'interesse alla prestazione sociale: incremento dei bisogni e indeterminatezza delle norme.
Come già cennato, la legge istitutiva del sistema integrato dei servizi sociali assegna agli enti locali e, in particolar modo, al Comune il compito della sua gestione, organizzazione ed erogazione. Pervero, non è l'unica normativa che assegni competenza e compiti specifici al Comune in tale settore.
Infatti, già il d.lgs. 112 del 1998 (ultimo della c.d. legislazione Bassanini) aveva demandato ai Comuni "le funzioni ed i compiti amministrativi concernenti i servizi sociali".
La normativa in argomento e, precisamente, l'art. 132 del decreto da ultimo richiamato, circoscrive le funzioni ed i compiti amministrativi dei Comuni alla prestazione di alcuni specifici "servizi sociali" e precisamente quelli afferenti ai minori, ai giovani, agli anziani, alla famiglia, ai portatori di handicap, a coloro che sono affetti da dipendenze. A ben vedere, si tratta di tutto ciò che si intende comunemente per "servizio sociale". E' chiaro che quando si parla di famiglia, ad

ISSN 2036-7821

esempio, ci si riferisce non solo al sostegno al reddito, al contributo relativo al canone di locazione, ma anche alle strutture pubbliche, quali asili, centri antiviolenza, uffici di polizia locale, ecc.. Così come quando si parla di minori bisognosi di assistenza ci si riferisce non solo al sostegno alla povertà, ma anche all'inserimento in case famiglia, soprattutto su disposizione del tribunale competente.

I compiti assegnati ai Comuni sono, dunque, molteplici nel settore e appaiono anche, da un punto di vista normativo, volutamente non definiti; questo carattere deriva, invero, dal fatto che i bisogni della collettività sono molteplici e mutevoli, pertanto non elencabili in modo esaustivo. Si pensi, ad esempio, ai nuovi "bisogni" – anzitutto di restrizione della libertà di circolazione – presenti durante la prima – più grave – emergenza sanitaria causata da COVID 19: dai buoni spesa, alla consegna della spesa e dei farmaci a domicilio, al supporto psicologico. Soltanto di recente sembra emergere una prassi coordinata di misure di sostegno di matrice statale.

La mancanza di una precisa definizione di quali siano i servizi sociali effettivamente affidati ai Comuni è riscontrabile anche nel T.U. degli Enti locali, emanato con d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, qualche mese dopo l'entrata in vigore della legge istitutiva del sistema integrato dei servizi sociali. Ivi, infatti, all'art. 112, rubricato, "servizi pubblici locali" si prevede che gli "enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività volte a realizzare" tra l'altro "fini sociali".

Anche in questo caso l'indeterminatezza legislativa relativa ai servizi che abbiano per oggetto "produzione di beni ed attività rivolte a realizzare" tra l'altro "fini sociali" è conseguenza del fatto che i servizi sociali conseguono a bisogni diffusi e vari, soprattutto mutevoli, pertanto difficilmente classificabili, si deve ritenere, in una elencazione esaustiva[22].

[22] Il punto di arrivo della prima elaborazione dottrinaria intorno al welfare state in un'esperienza storica ormai risalente, caratterizzata dalla tendenza all'accentramento, declinato come concentrazione di poteri nella burocrazia governativa dell'azione affidata a norma di legge agli uffici della pubblica Amministrazione, senza alternative, si può far risalire alla teoria di Vittorio Emanuele Orlando, avente ad oggetto i compiti dello Stato: da questa nobiltà di nascita e di contesto giuridico-sociale (siamo alla prima rendicontazione dei risultati della dottrina italiana ottocentesca del diritto amministrativo) ci si poteva attendere l'affermazione secondo cui il punto di maggiore evoluzione dello Stato fosse identificabile proprio nel suo impegno sociale.

La dottrina classica, come quella dell'Orlando, cede all'esigenza di classificazione dello Stato, con riferimento alla sua natura di soggetto obbligato a svolgere compiti di legislazione e perviene al risultato di ricondurre il "soccorso degli indigenti" ad un'attività dello Stato inerente a rapporti propri della società civile, in particolare nella "distribuzione della ricchezza". Osserva sul punto l'Orlando, rilevando la conseguenza pratica dell'assunzione di un immane compito da parte dello Stato, che tale "ingerenza…genera gli istituti amministrativi dell'assistenza pubblica presupposto dei quali è che una parte delle contribuzioni generali dei cittadini sia destinata al soccorso degli indigenti. In quanto poi quest'ultimo compito viene esercitato da apposite istituzioni, fondate e mantenute da offerte e lasciti di benefattori, ed in quanto queste istituzioni concorrono all'attuazione di quel fine dello Stato che è l'assistenza pubblica, si determina la materia di istituzioni pubbliche di beneficienza".

E' evidente che tale impostazione intenda sorvolare sull'intervento acquisitivo della legge Crispi sulla pubblicizzazione dell'assistenza e beneficienza racchiuse nelle IPAB e sottratte talora alla libera gestione della Chiesa, talaltra di benefattori; una legge che infinite proteste e ricorsi amministrativi aveva suscitato: sicché la

ISSN 2036-7821

Il tema è oggetto di rilevante evoluzione sotto il profilo delle funzioni fondamentali dei Comuni, spesso genericamente ricondotte al concetto del servizio pubblico universale.

5.1. Dal condizionamento finanziario alla protezione prioritaria del servizio universale.

A fronte di questi diritti, riconosciuti dalla Costituzione e perciò "non disponibili" dal legislatore, si pone l'obbligo, per lo Stato e per gli altri soggetti pubblici competenti di garantirne l'efficace attuazione. Ma se "il diritto a ottenere trattamenti sanitari" viene riconosciuto come "diritto garantito a ogni persona come diritto costituzionale", tuttavia ancor oggi è considerato -secondo una parte della dottrina- "condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi, correlati alle risorse organizzative e finanziarie"[23].

Di recente la dottrina contabilistica, particolarmente ispirata alla prima fase dei contributi della Corte costituzionale, ha ricondotto il condizionamento dei "diritti fondamentali e delle connesse prestazioni sociali" ad una pluralità di fattori che vanno dalla scelta organizzativa del legislatore fino "ad un adeguato apparato economico e ideale" [24].

In realtà l'indicata categoria giuridica dei diritti sociali soggetti a condizionamento finanziario è oggetto di un percorso evolutivo della dottrina e della giurisprudenza proteso in misura sempre più evidente a valorizzare l'aspetto della rilevanza costituzionale della situazione giuridica soggettiva riconosciuta dal legislatore ordinario e la conseguente tutela dell'interesse alla prestazione rispetto al profilo della disponibilità di finanza pubblica.

Invero con sentenza della Corte costituzionale n.455 del 16. 10. 1990 si afferma che "*al pari di ogni diritto a prestazioni positive, il diritto a ottenere trattamenti sanitari, essendo basato su norme costituzionali di carattere programmatico impositive di un determinato fine da raggiungere, è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato*

---

conclusione dell'Orlando può definirsi alquanto semplificativa sul punto. Com'è noto, egli ritiene la suddivisione dell'attività amministrativa interna nelle "due grandi e fondamentali categorie dell'attività giuridica e dell'attività sociale", distinzione costituente "il fulcro del nostro sistema". Sul tema, V.CAPUTI JAMBRENGHI e A. ANGIULI, cit, p. 546-547, e V.E. ORLANDO, *Primo trattato completo*, cit., vol. I, p. 107.

[23] Per la definizione di "diritto finanziariamente condizionato", si è fatto brevemente cenno al recente lavoro sulla funzione amministrativa, di V. CERULLI IRELLI, *Prima lezione di diritto amministrativo, cit., p. 172.*

[24] Cfr. A. CAROSI, *La finanza pubblica allargata nella prospettiva del diritto del bilancio nazionale ed europeo*, in AA.VV., *Democrazia e bilancio pubblico*, Atti del secondo Convegno nazionale di Contabilità pubblica, 28-29 novembre 2019. Collana diretta da G. Colombini, Napoli, ES, 2021, p. 248, 249. L'A. osserva: "Sotto il profilo organizzativo deve esistere un apparato efficiente, in grado di evitare dissipazioni di risorse, inerzie, paralisi operative e interventi di inadeguata qualità. Sotto quello ideale vi deve essere una convinta scelta da parte del legislatore, del Governo centrale e delle autonomie territoriali e, più in generale, di chi opera alla base della piramide".

ISSN 2036-7821

dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento (v. spec. sentt. nn. 175 del 1982, 212 del 1983 e 1011 del 1988).

Questo principio, che è comune a ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, non implica certo una degradazione della tutela primaria assicurata dalla Costituzione a una puramente legislativa, ma comporta che l'attuazione della tutela, costituzionalmente obbligatoria, di un determinato bene (la salute) avvenga gradualmente a seguito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale e con la possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione: bilanciamento che è pur sempre soggetto al sindacato di questa Corte nelle forme e nei modi propri all'uso della discrezionalità legislativa".

Nella sentenza n. 304/1994, sempre in tema di diritto alla salute, la Corte costituzionale, pur ribadendone la natura giuridica di diritto "finanziariamente condizionato", precisa tuttavia che "nel bilanciamento dei valori costituzionali che il legislatore deve compiere al fine di dare attuazione al diritto ai trattamenti sanitari, le esigenze relative all'equilibrio della finanza pubblica non possono assumere un peso assolutamente preponderante, tale da comprimere il nucleo essenziale del diritto alla salute connesso all'inviolabile dignità della persona umana, costituendo altrimenti esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa."

Deve sottolinearsi che, se questa tendenza si è sostanzialmente consolidata nel tempo, nell'ambito relativo ai diritti degli immigrati, si è registrato un maggior controllo sulla discrezionalità delle scelte del legislatore andandosi oltre il criterio della compressione del nucleo essenziale del diritto.

Può menzionarsi qui, mettendone in rilievo il carattere inclusivo ed antidiscriminatorio, la pronuncia n. 432/2005, in cui la Corte ha esteso un beneficio sociale (la circolazione gratuita nel servizio di trasporto pubblico di linea agli invalidi civili) che era stato riservato, da una legge della Regione Lombardia, solo a coloro che fossero in possesso della cittadinanza italiana e della residenza. In seguito alla crisi economica e al suo prolungarsi, di fronte alle nuove regole della governance economica della Unione Europea e all'introduzione in Costituzione del principio dell'equilibrio di bilancio, la Consulta ha giustificato misure riduttive dei diritti per un arco temporale più lungo di quello considerato ragionevole in passato, anche in relazione alla durata pluriennale dei cicli di bilancio.

Tuttavia, il Giudice delle leggi non si è mosso in modo univoco. Con la sentenza n. 178/2015, relativa alle disposizioni del decreto legge n. 78/2010 che prevedevano il blocco di ogni incremento dei trattamenti economici dei pubblici dipendenti per tre anni (2011-2013), poi esteso da altre norme fino al 2015, nonché la sospensione della contrattazione nel pubblico impiego per il triennio 2010-2012, per un verso la Corte

ISSN 2036-7821

ha riconosciuto la ragionevolezza delle misure, divenute più stringenti in seguito all'introduzione dell'obbligo di equilibrio di bilancio, sia in relazione alla gravità della situazione economica e finanziaria che all'esigenza programmatica di governare una voce rilevante della spesa pubblica; per l'altro, ha invece ritenuto illegittimo in proiezione futura, per violazione della libertà sindacale, sancita dall'art. 39 della Costituzione, il regime di sospensione della contrattazione, escludendo però l'efficacia retroattiva della decisione per evitarne le conseguenze sulla finanze pubbliche.

Diversamente, nella sentenza di accoglimento n. 70/2015, sul blocco della rivalutazione delle pensioni, si è registrata una reazione della Corte alla compressione del diritto soggettivo del lavoratore, nonostante l'impatto sui conti pubblici. Ivi, infatti, il Giudice delle leggi afferma che la perequazione automatica dei trattamenti pensionistici è uno strumento tecnico che mira a garantire nel tempo il rispetto del criterio di adeguatezza delle pensioni all'esigenza di vita, previsto dall'art. 38 della Costituzione, criterio connesso strettamente al principio di sufficienza della retribuzione, sancito dall'art. 36, ribadendo l'orientamento consolidato secondo cui il trattamento di quiescenza va considerato come retribuzione differita.

La sentenza, inoltre, non si limita a valutare il rispetto del criterio di ragionevolezza ma si sposta anche sulla lesione dei principi fondamentali dell'uguaglianza sostanziale e della solidarietà di cui all'art. 3 comma 2 e all'art. 2 della Costituzione, in assenza di motivazione del sacrificio richiesto ai pensionati in nome di esigenze finanziarie non tecnicamente documentate.

Tuttavia due anni dopo, nella sentenza n. 250 del 2017, rispetto al decreto legge n. 65/2015 di attuazione della precedente pronuncia, la Consulta muta in parte registro, riconoscendo la discrezionalità del legislatore a stabilire la gradualità nella restituzione delle somme e la soglia oltre la quale la restituzione non avrà luogo, ritenendo non irragionevole il bilanciamento tra l'interesse dei pensionati a preservare il potere di acquisto della pensione e le esigenze di risparmio di spesa e di equilibrio di bilancio dello Stato.

Il sostanziale affrancamento di diritti sociali da pregiudiziale condizionamento di bilancio si deve alla pronuncia della Corte n. 275/2016 in tema di diritto all'istruzione di persone con disabilità. Viene, infatti, dichiarata illegittima, per violazione dell'art. 38, terzo e quarto comma, della Costituzione, una disposizione della legge n. 78/1978 della Regione Abruzzo, poiché, condizionare "a generiche ed indefinite previsioni di bilancio il finanziamento da parte della Regione del 50% delle spese per il trasporto degli studenti disabili sostenuti dalle province, lede il fondamentale diritto all'istruzione del disabile." Tale disposizione, infatti, comporta che "la fruizione del servizio di assistenza e trasporto dello studente disabile – ascrivibile al nucleo indefettibile di garanzie per l'effettività del medesimo diritto – viene a

ISSN 2036-7821

dipendere da scelte finanziarie che la Regione può compiere con semplici operazioni numeriche, senza alcun onere di motivazione in ordine alla scala di valori che con le risorse di bilancio si intende sorreggere." Secondo il Giudice delle leggi "la conseguente aleatorietà ed incertezza del contributo regionale… consente alla Regione di destinare con legge di bilancio le risorse disponibili a spese facoltative piuttosto che a servizi diretti ad attuare diritti meritevoli di particolare tutela."
Il rilievo della pronuncia della Consulta può dirsi condensato nell'affermazione di principio che la conclude in modo icastico: il concetto di equilibrio di bilancio va correttamente inteso nel senso che "è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionare la doverosa erogazione delle prestazioni per realizzarlo".

6. Diritti sociali e vincoli di bilancio: tra essenzialità e doverosità dei servizi sociali.
Ai Comuni compete, dunque, la gestione, l'organizzazione e l'erogazione dei servizi sociali, ed a ciò essi provvedono con autonomi stanziamenti a carico dei rispettivi bilanci. Non può, tuttavia, trascurarsi che il bilancio comunale soggiace al vincolo di origine europea del suo equilibrio introdotto dalla legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 e soltanto di recente sospeso per effetto della situazione pandemica. La *novella*, nell'introdurre nella norma di cui all'art. 81 il principio dell'equilibrio di bilancio, durante la stagione della c.d. *spending review*, ossia dell'equilibrio "tra le entrate e le spese del proprio bilancio", ha imposto vincoli stringenti e puntuali in materia di bilancio dello Stato, estendendoli, ovviamente, anche alle Regioni ed agli enti locali, con il prevedere che "i Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci e concorrono ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea" (art. 119 Cost.)[25].
La norma sostanzialmente vieta il ricorso al debito, salvo alcune deroghe[26]. Eppure, in passato proprio la spesa sociale aveva richiesto da parte degli enti locali il ricorso all'indebitamento, in quanto, come è inevitabile, il bisogno sociale in una comunità di qualsiasi dimensione è mutevole, nell'*an*, ma anche nel *quantum*, con il rischio che gli

[25] Per un inquadramento generale del coordinamento della finanza pubblica e dell'armonizzazione sistemi contabili pubblici, nonché degli effetti della modifica dell'art. 81 della Costituzione, cfr., tra gli innumerevoli contributi, anche dello stesso A., G. COLOMBINI, *Evoluzione della contabilità pubblica e Corte dei conti*, in *Riv. Corte conti*, n. 1-2/2016; ID., *La dimensione finanziaria dell'amministrazione pubblica e gli antidoti ai fenomeni gestionali di cattiva amministrazione*, in *Federalismi*, n. 13/2017.
Per un approfondimento dell'impatto delle misure di *spending review*, di razionalizzazione e semplificazione della pubblica Amministrazione sull'assetto delle autonomie territoriali, cfr. AA.VV., *Le autonomie territoriali: trasformazioni e innovazioni dopo la crisi*, a cura di L. VANDELLI, G. GARDINI, C. TUBERTINI, Rimini, 2017.
[26] L'art. 5 della legge costituzionale n. 1 del 2012 all'art. 5 chiarisce cosa si intende per deroghe connesse ad eventi eccezionali: esse sono indicate come "gravi recessioni economiche", "crisi finanziarie" e "gravi calamità naturali" (art. 5, comma 1, lett. d, l. n. 1 del 2012).

ISSN 2036-7821

stanziamenti previsti nel bilancio di previsione o anche in sede di assestamento del bilancio, si rivelino nel corso dell'esercizio finanziario insufficienti.

La costituzionalizzazione del vincolo dell'equilibrio di bilancio può definirsi, a regime, preclusiva di un intervento in deroga da parte del legislatore statale o regionale, con la conseguente esposizione da parte dello Stato e delle Regioni non solo al vaglio dei controlli interni della Ragioneria generale, con le Ragionerie territoriali, degli organi di controllo interni degli enti e delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei Conti per le Regioni e le autonomie locali, ma anche al controllo della Corte costituzionale sulle norme di legge statale e regionale e delle province autonome di Trento e di Bolzano che violino il patto derivante dal principio dell'equilibrio di bilancio (patto di stabilità). Parrebbe, dunque, che il vincolo di bilancio abbia imposto la "supremazia egemonica degli interessi finanziari anche a scapito della tutela dei diritti fondamentali"[27].

La lettura acritica della norma costituzionale indurrebbe, per assurdo, a tale conclusione. Dall'esame dei lavori preparatori dell'art. 81 Cost. emerge, infatti, la volontà dei Costituenti di tenere distinti il piano del bilancio da quello delle leggi di spesa, al fine di evitare, grazie anche alla elasticità della norma costituzionale, alterazioni degli equilibri di bilancio.[28]

Si muove in tale direzione quell'orientamento volto, per l'appunto, ad intendere la norma "elastica" e preordinata soltanto a prevenire alterazioni degli equilibri di bilancio.[29] La norma di cui all'art. 81 Cost., nella formulazione previgente alla riforma del 2012, conteneva, come previsione della corretta regola procedurale, il divieto di

[27] E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in *Consulta online*, I, 2017; A. BRANCASI, *Bilancio (equilibrio di),* in *Enc. Dir. Annal*i VII, Milano 2014, 167 ss, p. 180: l'Autore evidenzia come "del resto, già da tempo, a questo originario disegno era subentrata, seppure in maniera surrettizia, l'idea che la cura dell'interesse finanziario dovesse comunque prevalere. Si è così trattato di rimuovere dalla Costituzione il segno residuo che ancora si poneva in antitesi a questa trasformazione, cioè il divieto di "stabilire nuovi tributi e nuove spese" con la legge di bilancio: a ciò ha provveduto la riforma che ha eliminato dall'art. 81 cost. il comma 3 e ha affidato alla legge da approvare a maggioranza assoluta la disciplina del contenuto della legge di bilancio"-

[28] E. FURNO, op. cit "anche se non è mancata una lettura storica del dibattito in sede di Assemblea costituente, volta ad interpretare il previgente testo dell'art. 81 "come garanzia della tendenza al pareggio di bilancio, non essendo di certo estranea ai nostri Costituenti la preoccupazione di una sana gestione delle risorse pubbliche, prevalente è la tesi di una neutralità o comunque di una flessibilità del precedente testo dell'art. 81 Cost. rispetto alle politiche di bilancio ed alle scelte fondamentali del governo dell'economia, in modo da consentire una naturale fluidità ai rapporti tra Governo e Parlamento"; Secondo V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella costituzione*, 457, "occorre evitare di intendere l'art. 81, quarto comma, Cost. come un impegno o un invito ad adottare questo o quell'orientamento, questa o quella scelta concreta nella politica finanziaria e di bilancio, trattandosi, invece, dell'affermazione del principio, per cui ogni nuova spesa richiede l'esame dei mezzi necessari per farvi fronte". Secondo l'A. l'art. 81 Cost. non intendeva incorporare il principio del pareggio di bilancio, né quello della tendenza al pareggio, ma consentire una sana gestione finanziaria onde evitare iniziative autonome di spesa tali da alterare l'equilibrio del bilancio. Ciò, secondo l'A. si desume dalla differenza tra il terzo ed il quarto comma dell'art. 81.

[29] Sulla elasticità ed apertura della norma, cfr. G. DELLA CANANEA, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna, 1996.

ISSN 2036-7821

prevedere nuove o maggiori spese da parte del Parlamento, senza indicare i mezzi per farvi fronte. Nel testo vigente, l'art. 81, comma III, dispone semplicemente che "ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte". A questo punto v'è da chiedersi se la *novella* costituzionale che ha modificato l'art. 81 abbia determinato un mutamento radicale della politica finanziaria sia a livello statale che a livello locale, finendo col "sacrificare alla sostenibilità finanziaria anche la tutela dei diritti fondamentali"[30].

In dottrina, da un lato, si è sviluppata la tesi – come abbiamo accennato – secondo cui nonostante la costituzionalizzazione del vincolo del pareggio di bilancio, residui anche flessibilità nella gestione della spesa soprattutto con riferimento alla garanzia di effettività che spetta ai diritti fondamentali previsti dalla Costituzione e fra questi ovviamente i diritti sociali; ciò anche sulla scorta di alcune pronunce costituzionali[31].

Dall'altro lato, invece, è stato sostenuto che la costituzionalizzazione del vincolo dell'equilibrio di bilancio abbia modificato la Carta costituzionale: si sarebbe cioè passati dall'obbligo statale di contemperamento tra scelte economico-finanziarie e diritti fondamentali al privilegio per le procedure di contenimento della spesa pubblica, condizionando i diritti di prestazione ai vincoli di spesa. Tale orientamento dottrinale finisce col sostenere che spetterebbe alla Corte costituzionale bilanciare i diritti fondamentali tra cui i diritti sociali di prestazione, "cioè i diritti costituzionali che costano, con le esigenze finanziarie di bilancio"[32].

7. La giurisprudenza costituzionale sul servizio sociale.

A far tempo dagli anni '90, la Corte costituzionale mostra attenzione sempre maggiore al contenimento della spesa ed avalla riforme onerose ma graduali come conseguenza alla limitatezza delle risorse disponibili. Non manca in tale periodo il

[30] E. FURNO, op. cit.

[31] Fra tutte si consideri la sentenza Corte Cost., 25 ottobre 2013, n. 250, secondo cui "il principio dell'equilibrio tendenziale del bilancio, già individuato da questa Corte come precetto dinamico della gestione finanziaria (…), consiste nella continua ricerca di un armonico e simmetrico bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie per il perseguimento delle finalità pubbliche (…) non può essere limitato al pareggio formale della spesa e dell'entrata".

[32] Si tratta, appunto, della teoria dei c.d. "diritti finanziariamente condizionati", fra i quali ricomprenderebbero anche le prestazioni sanitarie. L'espressione "diritti finanziariamente condizionati" si deve in dottrina già a F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni '80*, in AA.VV., *Servizi pubblici instabili*, Bologna 1990, p. 30-31, secondo cui "i diritti di prestazione di un servizio pubblico non sono diritti assoluti, come i diritti politici, bensì diritti finanziariamente condizionati. Ne deriva che anche i diritti sociali garantiti dalla Costituzione, ai quali corrisponde la prestazione di un servizio, non sono diritti assoluti, ma relativi" Anche in giurisprudenza si è fatto spesso riferimento ai diritti finanziariamente condizionati, si veda al riguardo per uno spunto di partenza autorevole, Corte cost. 16 ottobre 1990, n. 455, cit.

Per una definizione dei diritti sociali condizionati o derivati si veda C. COLAPIETRO e M. RUOTOLO, *Diritti e Libertà*, in F. MODUGNO (a cura di), *Lineamenti di Diritto pubblico*, II ed., Torino, 2010, 596, secondo cui essi consistono in quei diritti "il cui godimento dipende dall'esistenza di un'organizzazione necessaria e idonea all'erogazione della prestazione oggetto dei diritti stessi e presuppongono quindi l'intervento legislativo"

ISSN 2036-7821

riconoscimento da parte della Consulta dell'ampia discrezionalità del legislatore nell'attuazione del criterio di gradualità nella tutela dei diritti sociali, al punto da ritenere di poter limitare il suo sindacato ai soli casi di manifesta irragionevolezza rispetto ai c.d. "livelli minimi essenziali", con la conseguenza che nel bilanciamento tra diritti sociali ed esigenze finanziarie non prevalgono i primi se non, rispetto ai vincoli di bilancio, nel loro nucleo essenziale, che, infatti, non può essere vanificato dal legislatore, senza violare la dignità della persona. [33]

Spetterebbe, dunque, ai giudici costituzionali il compito di effettuare di volta in volta un sindacato sulla legittimità delle misure legislative di compressione delle politiche del *welfare*, per effetto dei vincoli finanziari, mediante il controllo di ragionevolezza e di rispetto del contenuto minimo essenziale dei diritti sociali che integrano il nucleo dello Stato sociale.

Anche la giurisprudenza contabile si è pronunciata con taluni arresti in tema di spese per il personale, ritenendo, ad esempio, non sussistenti i presupposti dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di un Comune che avevano deliberato di assumere nuovi insegnanti, nonostante il rapporto tra la spesa sostenuta e le spese correnti superasse il limite di legge. La deliberazione era stata motivata con la necessità di soddisfare esigenze imperiose di continuità dei servizi educativi della scuola dell'infanzia e degli asili nido comunali. Riferendosi a questa fattispecie, la Procura regionale campana della Corte dei conti ha ritenuto esenti da responsabilità gli amministratori locali, in quanto le norme sul contenimento della spesa pubblica non possono sacrificare la scuola – dell'infanzia soprattutto - e comprimere funzioni fondamentali come l'istruzione pubblica.[34] Può definirsi questa una lezione di democrazia e di sensibilità verso lo Stato sociale, impartita da un organo di rilevanza costituzionale di solito ligio all'interpretazione anche restrittiva delle norme che precisano i suoi compiti di controllo.

La Corte costituzionale è tornata a pronunciarsi sul delicato tema del vincolo di pareggio, che si impone ai sensi dell'art. 119 Cost. anche sull'autonomia finanziaria degli enti locali e sui, pur incomprimibili, diritti riconosciuti alle persone affette da disabilità.

---

[33] Molteplici sono le sentenze al riguardo. Si considerino: Corte cost., 6 giugno 2012, n. 142, richiamata anche da Corte Cost., 31 ottobre 2012, n. 241, secondo cui l'impegno dello Stato italiano in sede europea a conseguire il pareggio di bilancio ha natura meramente politica e non si è tradotto in norme giuridicamente vincolanti"; Corte cost. 19 luglio 2013, n. 222, che nel richiamare un "nucleo intangibile dei diritti fondamentali della persona" dichiara illegittima una disposizione di una legge regionale Friuli Venezia Giulia che escludeva dai contributi economici straordinari gli stranieri non residenti da almeno cinque anni, ritenendo che "le scelte connesse alla individuazione dei beneficiari – necessariamente da circoscrivere in ragione della limitatezza delle risorse disponibili – debbano essere operate sempre e comunque in ossequio al principio di ragionevolezza". In tal senso anche le sentenze nn. 4/2013; 40/2011 e 432/2005).

[34] Delibera 24 maggio 2013 della Procura contabile della Regione Campania.

ISSN 2036-7821

La problematica esaminata dal Giudice delle leggi nel 2016 riguardava il trasporto scolastico dei disabili. Nel ritenere ammissibile la questione di legittimità sollevata dal TAR per l'Abruzzo, a sua volta adito dalla Provincia di Pescara, la Corte ha esaminato una particolare fattispecie, concernente la richiesta della Provincia di Pescara alla Regione Abruzzo del pagamento del contributo, previsto dalla legge regionale 15 dicembre 1978, n. 78, in misura pari al 50% delle spese sostenute per lo svolgimento del servizio di trasporto degli studenti disabili. Senonché, la citata norma regionale prevedeva il contributo, ma solo "nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa" regionale, facendolo così dipendere dalle situazioni future ed incerte della gestione contabile regionale. Infatti, la Regione Abruzzo replicava alla Provincia di Pescara non contestando l'ammontare delle spese sostenute, ma precisando che in virtù della norma regionale da applicare, il proprio obbligo di corrispondere il 50% di tali spese incontrava un limite negativo nelle disponibilità finanziarie di bilancio.

Il Giudice delle leggi con sentenza del 16 dicembre 2016 n. 275, ha rinvenuto nella norma regionale contestata la violazione del terzo e quarto comma della norma di cui all'art. 38 Cost., volta ad assicurare il diritto allo studio delle persone affette da disabilità, in quanto "l'indeterminatezza del finanziamento determina un *vulnus* all'effettività del servizio di assistenza e trasporto, come conformato dal legislatore regionale". Secondo la Corte, "tale effettività non può che derivare dalla certezza della disponibilità finanziarie per il soddisfacimento del medesimo diritto", non potendo essere condivisa la tesi secondo cui tutti i diritti, "anche quelli incomprimibili debbono essere sempre e comunque assoggettati ad un vaglio di sostenibilità nel quadro complessivo delle risorse disponibili".

La Consulta, in particolare, con la richiamata sentenza[35] evidenzia come il diritto in argomento (precisamente, nel caso di specie, il diritto al trasporto scolastico vantato dalle persone diversamente abili da inquadrarsi nel diritto all'istruzione) "costituisce un limite invalicabile all'intervento discrezionale del legislatore, così che l'effettività del nucleo di garanzie minime dovrebbe essere assicurata al di là di ogni esigenza di bilancio".

Si apre, per tal via, uno spazio ricostruttivo nel difficile equilibrio tra vincolo di pareggio di bilancio e soddisfacimento dei diritti sociali: "una volta normativamente identificato il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili, esso non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali": "è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione".

[35] Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275, cit. in *Giur.cost.?*

ISSN 2036-7821

La Corte interviene nel caso di specie elaborando un principio interno invero rilevante, anche perché a partire dal 2012 il vincolo del pareggio di bilancio di cui all'art. 81 Cost. è stato esteso anche agli enti territoriali, soggetti istituzionalmente erogatori di servizi sociali – come abbiamo potuto constatare nell'analizzare il diritto positivo – , determinando forti complicazioni anche nel soddisfacimento della domanda connessa ai bisogni sociali.
Con tale decisione la Consulta ribadisce, dunque, il primato dei diritti sociali sui vincoli di bilancio "rafforzando quella scala di valori da tenere presente quale valido parametro cui confrontare la scala di valori emergente dalla scelta operata dal legislatore"[36].

8. Spesa sociale e processo civile di esecuzione.
Se, dunque, anche la Corte costituzionale in termini di spesa sociale ha individuato una soluzione interpretativa più flessibile rispetto al vincolo europeo dell'equilibrio di bilancio, allo stesso tempo, però, altri vincoli dello stesso bilancio, determinando comunque l'insufficienza di risorse proprie dell'ente, potrebbero ostare alla erogazione della spesa afferente ai servizi sociali.
Si pensi ad esempio ad una procedura esecutiva avviata nei confronti di un Comune con l'iscrizione in danno di quest'ultimo di un pignoramento mobiliare su tutte le somme a disposizione dell'Ente, ovviamente mediante una procedura di pignoramento presso terzi, nel caso di specie, presso la tesoreria comunale.
L'art.159, comma 2, del TUEL, a tal proposito precisa: "non sono soggette ad esecuzione forzata, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio dal Giudice, le somme di competenza degli Enti locali destinate a: a) pagamento delle retribuzioni al personale dipendente e dei conseguenti oneri previdenziali per i tre mesi successivi; b) pagamento delle rate di mutui scadenti nel semestre in corso e di prestiti obbligazionari scadenti nel semestre in corso; c) espletamento dei servizi locali indispensabili".
La norma, con precisione e senza necessità di interpretazione e/o applicazione analogica, esclude dall'assoggettabilità al vincolo di pignoramento le fattispecie finanziarie ben definite di cui alle lettere a) e b) che precedono; le altre somme, invece, quelle da destinarsi all'espletamento dei "servizi locali indispensabili", restano indeterminate,
Rileva evidenziare che l'ambito di esclusione dalle procedure esecutive appare testualmente circoscritto ai servizi locali "indispensabili" e non anche a quelli "essenziali". Ma è proprio ai servizi indispensabili che ordinariamente si fa riferimento, come rilevato nei paragrafi precedenti, quando si richiamano i servizi

[36] E. FURNO, op. cit; M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016.

ISSN 2036-7821

sociali, sebbene - com'è noto - manchi tuttora nell'ordinamento una definizione positiva di servizio indispensabile.
V'è da chiedersi se questi servizi che ormai vanno ridefiniti *ex lege* come indispensabili possano ottenere una evidenziazione nel diritto vivente o, meglio ancora, una classificazione formale.
Va, tuttavia, osservato che se manca nel panorama normativo un'elencazione dei servizi essenziali, un decreto ministeriale reca un elenco risalente dei servizi indispensabili.
Si tratta di disciplina riportata nel decreto ministeriale del 28 maggio 1993, n. 8, emanato ai sensi dell'art. 11 del d.l. 18 gennaio 1993 (conv. con modificazioni, dalla l. 19 marzo 1993, n. 68[37]).
Il richiamato decreto ministeriale definisce "indispensabili", i servizi "*rappresentanti* le condizioni minime di organizzazione dei servizi pubblici locali e come diffusi sul territorio con caratteristica di uniformità"; in particolare, i servizi connessi all'esercizio delle funzioni di organi istituzionali e dell'amministrazione in generale, compreso il servizio elettorale, il servizio di anagrafe e di stato civile, i servizi connessi all'ufficio tecnico comunale, compresi quelli afferenti alla viabilità, all'illuminazione pubblica ed al servizio idrico integrato (acquedotto e fognatura). Vengono ricompresi tra i servizi indispensabili anche quelli afferenti alla polizia locale, alla protezione civile, alla nettezza urbana ed anche alla statistica (persino alla leva militare che con legge del 2004 è stata abolita e non è più esercitata da parte dello Stato con l'ausilio dei Comuni).
In definitiva, queste ultime somme iscritte nel bilancio comunale ed afferenti ai summenzionati servizi con gli annessi capitoli, non sono pignorabili, immuni dovrebbero da vincoli di espropriazione per debiti. Ciò vuol dire che, ai sensi del citato d.m., ovviamente in lettura coordinata con la norma di cui all'art. 11 del d.l. 18 gennaio 1993, n. 8, anche nell'ipotesi in cui venga iscritto in danno dell'ente locale un pignoramento mobiliare, dunque con eventuale riflesso immediato sull'equilibrio di bilancio, l'ente, per il tramite della tesoreria, dovrebbe poter continuare ad effettuare i pagamenti relativi ai suindicati servizi, con le specifiche modalità precisate dalla norma.
Viceversa, fermandosi al dettato del d.m. del 1993, sarebbe accaduto (ed è, in realtà, accaduto) che nell'ipotesi testé formulata, il Comune non avrebbe potuto effettuare pagamenti afferenti a servizi non contemplati tra quelli ritenuti "indispensabili" dal citato decreto ministeriale e, pertanto, non avrebbe potuto erogare siffatti servizi. E, considerato che i servizi sociali o anche, nella formula più generica, i servizi c.d. alla persona, non vengono contemplati dal d.m. del maggio '93 tra quelli indispensabili,

[37] Norma con la quale sono stati introdotti, tanto la non assoggettabilità all'esecuzione forzata delle somme iscritte in bilancio e destinate ai servizi locali indispensabili, quanto il criterio di pagamento delle somme non assoggettate al vincolo del pignoramento.

ISSN 2036-7821

tutte le funzioni ed i compiti assegnati agli enti locali in tali ambiti avrebbero subito, dunque, un sostanziale arresto nel momento in cui il Comune fosse risultato destinatario di un pignoramento mobiliare. E per assurdo sarebbero state interessate dal pignoramento anche le somme erogate ai Comuni, a titolo di finanziamento regionale e statale per il soddisfacimento dei compiti e delle funzioni specificamente rientranti nell'ambito del sociale in quanto non ricompresi nell'elenco.
V'è dunque che i diritti cosiddetti incomprimibili dei cittadini ed i servizi ritenuti da giurisprudenza, dottrina ma anche da più recenti norme, essenziali per il benessere della collettività, ossia il fulcro stesso dello Stato sociale, potrebbero risultare definitivamente sacrificati a fronte di pretese creditorie anche di modica entità ma, comunque, *de jure* determinanti una "paralisi" del bilancio comunale.
E ciò sulla base di un decreto ministeriale che nel corso degli anni è parso sempre più "anacronistico".
Infatti, a partire dalla legge costituzionale 4 ottobre 2001, n. 3, ai Comuni è stato conferito l'esercizio di tutte le funzioni amministrative, "salvo che per assicurarne l'esercizio unitario", - dispone il nuovo art. 118 Cost., - " siano conferite a Province" (come è ormai improbabile, data la sostanziale irrilevanza politica che ha colpito la sopravvivenza sostanziale delle Province), "Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base del principio di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza". Del resto, già il d.lgs. 112/1998 aveva attribuito ai Comuni le funzioni amministrative riguardanti "la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico", nonché le funzioni ed i compiti afferenti ai servizi sociali[38].
Come già precisato, l'espletamento di tali funzioni costituiva e costituisce per l'Ente locale oggetto di un preciso obbligo di legge, anche al fine di garantire piena effettività non solo delle norme statali richiamate, ma anche delle norme costituzionali di cui agli artt. 38, sul diritto all'assistenza sociale, 118 e 119 Cost, che, per quel che qui rileva, prevede al comma V che "per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona o provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni, lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni".
La solidarietà e la protezione degli squilibri sociali sono, dunque, al centro dell'autonomia locale e la legislazione ordinaria è impegnata a realizzare in concreto

[38] Sul potenziamento del ruolo dei Comuni e sul riassetto delle autonomie territoriali successivamente alla riforma del titolo V della Costituzione ed alla nuova formulazione dell'art. 114, cfr., G. TERRACCIANO, *La revisione del Titolo V della Costituzione: nuovi equilibri tra livelli di governo e il coordinamento della finanza pubblica*, in *Federalismi*, vol. 10, 2015; E. CARLONI, E. CORTESE (a cura di), *Diritto delle autonomie territoriali*, Padova, 2020.

ISSN 2036-7821

– con interventi agili degli organi amministrativi – il programma costituzionale di *welfare*.

Inoltre, l'esercizio delle funzioni amministrative individuate dagli art. 118, comma 1, Cost., nonché dall'art. 13 TUEL e 131 d.lgs. n. 112/1998 deve ritenersi indispensabile per consentire al Comune di poter assicurare una dignitosa qualità della vita ai propri "amministrati" (cioè ai cittadini e alle persone che dimorano nel territorio comunale), soprattutto rimuovendo "le situazioni di bisogno e di difficoltà" che gli stessi incontrino nel corso dei rispettivi processi di sviluppo.

Del resto anche il TUEL, in assoluta conformità alle norme costituzionali, prevede che "il Comune è l'ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo" (art.3); e che "spettano al Comune tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze" (art. 13, comma 1, TUEL).

Al riguardo, la giurisprudenza costantemente interpreta ed applica la norma nel senso che "è compito del Comune assicurare ai propri amministrati una normale qualità della vita o comunque sviluppare ogni iniziativa utile a quel fine"[39].

E siffatta interpretazione viene estesa ai servizi a loro volta inquadrati tra i servizi alla persona ed alla comunità: si pensi ad esempio anche al soggiorno per anziani, servizio definito dalla giurisprudenza amministrativa afferente alla tutela di diritti riconosciuti dalla Carta costituzionale (v. art. 38)[40].

Tornando alla definizione di "servizi indispensabili", così come riportata nel d.m. del 28 maggio 1993, si rimarca che questo faceva riferimento all'art. 37 lettera h, del d. lgs. 504 del 1992[41], secondo cui – come già osservato- essi "rappresentano le condizioni minime di organizzazione dei servizi pubblici locali e che sono diffusi sul territorio con caratteristica di uniformità". Ed è proprio questa definizione, riletta in dottrina vent'anni dopo, che consente di confermare, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale, come il d.m. del 1993 sia ormai del tutto superato e contrastante con le esigenze e le caratteristiche sopravvenute nel tempo. La stessa Corte costituzionale, con una ancor recente pronuncia[42], si sofferma sull'art. 159, comma 2; in particolare sulla norma di cui alla lettera c), precisando che "non si prevede, invece, alcun vincolo temporale in relazione alle spese attinenti

[39] Vedasi al riguardo, Cons. Stato, Sez. V, 14.9.2010, n. 6693 e TAR Sardegna, Sez. II, 7 luglio 2014, n. 564, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[40] Cfr. sentenza TAR Puglia Bari, Sez. I, 11.9.2003, n. 3315, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[41] Trattasi della norma disciplinante il riparto della percentuale del gettito della non più vigente Imposta comunale sugli immobili ai Comuni.

[42] Corte cost., 28 ottobre 2020, n. 223.

ISSN 2036-7821

all'espletamento dei servizi pubblici indispensabili, proprio a significare la più intensa protezione della specifica missione dell'ente locale nei confronti della comunità di riferimento". La Consulta, quindi, nell'associare alla "missione dell'ente locale nei confronti della comunità di riferimento" i servizi indispensabili, fornisce una precisa definizione di questi ultimi: non si tratta che di quei servizi espletati dall'ente locale per soddisfare i bisogni della collettività (la vera *mission* dei Comuni*)*. Dunque, la definizione di servizi indispensabili così come riportata nel d.m. del 1993 (condizioni minime di organizzazione dei servizi pubblici locali) può ritenersi definitivamente superata anche dal Giudice delle leggi, in favore di una concezione correlata ai compiti ed alle competenze attribuite, anzitutto dalla Costituzione, all'ente locale[43].

Le recenti riforme, confortate anche dalla giurisprudenza, inducono a concludere, dunque, che il d.m. del 1993 sia almeno del tutto "anacronistico", anche se mai è stato annullato o revocato.

Tuttavia è necessario considerare un altro aspetto di questa fattispecie normativa così delicata.

Il decreto è stato emanato dal Ministro dell'Interno di concerto con il Ministro del Tesoro "visto l'art. 11 del decreto legge 18 gennaio 1993, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 marzo 1993, n. 68: senonché questa ultima norma è stata successivamente abrogata "limitatamente" ai Comuni, alle Province ed alle Comunità montane, dall'art. 123, comma 1, lettera e) del d. lgs. 25 febbraio 1995, n. 77, come modificato dal d. lgs. 11 giugno 1996, n. 336.

Il decreto ministeriale, che era stato emanato in attuazione del richiamato art. 11, comma 1, ormai abrogato proprio con specifico riferimento alle prescrizioni impartite ai Comuni, alle Province ed alle Comunità montane, dovrebbe ritenersi, almeno per

[43] Il rispetto dell'autonomia anche dei Comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti è garantito dalla Consulta di fronte a disposizioni legislative tendenti a vincolare comportamenti dei piccoli Comuni anche contrari all'interesse pubblico. E' il caso assai recente della sentenza n. 33/2022 (pres. Amato, rel. Antonini) che ha pronunciato l'incostituzionalità dell'art. 14, comma 28, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, che imponeva ai Comuni minori di gestire le funzioni fondamentali loro affidate dall'ordinamento in forza associata, senza ammettere una loro dimostrazione in ordine alla circostanza che la gestione di servizi pubblici in forma associata assai spesso non consente di realizzare economie di scala e miglioramenti nell'erogazione dei beni pubblici alle popolazioni di riferimento. Del resto in situazioni varie (collocazione geografica dei confini dei Comuni, Comuni montani isolati, ecc.) non consente – sul piano obiettivo – di raggiungere le finalità e gli obiettivi della norma incostituzionalmente rigida con violazione del principio di autonomia comunale di cui agli artt. 5, 114 e 118, comma 1 e 2 Cost.

Il sacrificio imposto all'autonomia comunale non realizza quei risparmi di spesa cui è finalizzata la normativa.

Ancor più pregnanti sono le considerazioni *di sistema* addotte dalla Corte che, rispetto al disegno costituzionale, l'assetto organizzativo dell'autonomia comunale italiana è da sempre relegato "a mero effetto riflesso di altri obiettivi". Ad esempio, in Francia sono state trovate risposte strutturali al problema della polverizzazione dei Comuni, spesso attuando la differenziazione sul piano non solo organizzativo ma anche funzionale, La Corte ha infine dichiarato l'illegittimità delle norme della legge regionale Campania sulla individuazione della dimensione territoriale ottimale e omogenea per lo svolgimento delle funzioni fondamentali, in quanto approvate in assenza della necessaria concertazione con i Comuni interessati.

ISSN 2036-7821

questa ragione, destituito di ogni efficacia nei confronti degli enti locali, giacché si tratta di una fonte di rango secondario che può essere adottata "ferma restando la necessità di apposita autorizzazione da parte della legge", come prevede la normazione di base in materia, opportunamente contenuta nell'art. 17, comma 3, l. n. 400 del 23.8.1988.

9. Il decreto ministeriale del 28 maggio 1993: tra novelle legislative e giurisprudenza.

Del resto, il decreto legge del 1993 n. 8 e, in particolare l'art. 11 (e quindi il d.m. del 28.5.1993, emanato in sua attuazione), oltre ad essere stato abrogato, è stato del tutto superato a partire dal 1995, in forza della piena attuazione del principio di autonomia statutaria, regolamentare e finanziaria che progressivamente si andava affermando nelle prassi locali come nel panorama giuridico italiano. Infatti, già l'art. 113 del d.lgs. n. 77 del 25.2.1995, con esclusivo riferimento agli enti locali precisava che

"1. Non sono ammesse procedure di esecuzione e di espropriazione forzata nei confronti degli enti locali di cui all'art. 1, comma 2, presso soggetti diversi dai rispettivi tesorieri. Gli atti esecutivi eventualmente intrapresi non determinano vincoli sui beni oggetto della procedura espropriativa.

2. Non sono soggette ad esecuzione forzata le somme di competenza degli enti locali di cui all'art. 1, comma 2, destinate a: a) pagamento delle retribuzioni al personale dipendente e dei conseguenti oneri previdenziali per i tre mesi successivi; b) pagamento delle rate di mutui scadenti nel semestre in corso; c) espletamento dei servizi locali indispensabili.

3. Per l'operatività dei limiti all'esecuzione forzata di cui al comma 2 occorre che l'organo esecutivo, con deliberazione da adottarsi per ogni trimestre, quantifichi preventivamente gli importi delle somme destinate alle suddette finalità.

4. Le procedure esecutive eventualmente intraprese in violazione del comma 2 non determinano vincoli sulle somme né limitazioni del tesoriere".

La norma del 1995, dunque, più non demandava al Ministero l'individuazione dei servizi indispensabili locali, tantomeno ha richiamato il d.m. del 28.5.1993.

Siffatta disposizione è stata di poi "confermata" dal d.lgs. n. 336 dell'11.6.1996, ma soprattutto trasfusa nel T.U. degli enti locali (come già rilevato, nell'art. 159) emanato con d.lgs. n. 167/200, testo unico che sancisce in maniera chiara ed inequivocabile il principio dell'autonomia degli enti locali, in particolare dei Comuni, oltre che il principio di sussidiarietà riconosciuto anche a livello comunitario.

Principi che, peraltro, collidono, anche in via di mera ipotesi, con un'eventuale ingerenza dello Stato – nel caso di specie del MEF o del Ministero dell'Interno, d'intesa con il MEF – nell'individuazione dei servizi locali che ormai solo l'ente locale (cioè quello più vicino alla comunità degli amministrati) può individuare e ascrivere alla categoria dei servizi indispensabili.

ISSN 2036-7821

Né può trascurarsi, come già precisato, che numerose funzioni amministrative sono state trasferite dallo Stato ai Comuni nel corso dell'ultimo ventennio: si considerino, al riguardo, il richiamato art. 131 d.lgs. 112/1998, nonché le funzioni specificamente individuate nel TUEL (in particolare dall'art. 13), cui afferiscono tipologie di servizi che soltanto l'ente locale può ritenere indispensabili al fine di garantire piena effettività a tali norme ed a quelle di rango costituzionale che quelle funzioni individuano (ad es. art. 38 Cost. norma definita di recente dalla Corte costituzionale "incomprimibile" anche dai vincoli di bilancio, cfr. Corte cost. n. 275/2016)[44].

A quest'ultimo proposito deve registrarsi l'accordo raggiunto nella Commissione parlamentare competente in merito al finanziamento dei c.d. "fabbisogni standard". E' stato, infatti, abolito il riferimento alla "spesa storica" ed il metodo di calcolo è ormai informato ai diritti sociali che sono identici qualitativamente in tutto il Paese e nella UE, ad un asilo nido, ad un ricovero in residenza protetta di anziani, al

[44] Cfr., infra, nota n. 40. In tale prospettiva appare non condivisibile, e ormai superato, il parere (peraltro anch'esso risalente nel tempo) espresso dalla Corte dei conti, sez. reg. controllo per la Liguria (parere n. 1/2003 del 2.12.2003): ivi, infatti, il giudice contabile dopo aver affermato che "non può, peraltro, sfuggire che nell'analoga disposizione riprodotta nell'art. 113 del decreto legislativo *n. 77/1995* (poi trasfusa, come accennato, nell'art 159 del T.U. n.267/2000) non figura alcun richiamo al decreto ministeriale in questione, mentre la norma attributiva al Ministro dell'Interno del potere di individuare i servizi locali indispensabili (art.11 citato) risulta addirittura espressamente abrogata, limitatamente alle disposizioni concernenti Comuni, Province e Comunità montane, dall'art.123, lett. q) dello stesso Decreto legislativo n.77/1995, come sostituito dall'art. 46 del D. Lgs. 11 giugno 1996, 336" e soprattutto che "da tale abrogazione consegue, a giudizio della Sezione, il venir meno della competenza ministeriale a rivedere l'elencazione dei "servizi locali indispensabili" ai fini dell'inserimento di nuove tipologie (come quelle relative, ad esempio, ai servizi sociali agli anziani) rispondenti a bisogni delle collettività locali che l'evolversi della cultura amministrativa porta a ritenere essenziali". La Corte conclude, però, ritenendo che "il sopravvenuto vuoto di potere normativo non può, ad avviso della Sezione, essere colmato - *ferma restando comunque la validità della elencazione cristallizzata nel D.M. 28 maggio 1993* - con interventi ampliativi, da parte dell'ente locale, sull'elencazione dei servizi indispensabili di cui al più volte menzionato art. 159, siccome definiti dal provvedimento ministeriale. Al riguardo, pur tenendo conto della accresciuta sfera di autonomia di cui sono divenuti titolari gli enti locali territoriali in forza del riformato titolo V, parte II, della Costituzione, non può essere trascurato di considerare che la individuazione delle "funzioni fondamentali per il soddisfacimento di bisogni primari delle Comunità locali" (categoria alla quale andrebbero ricondotti i servizi indispensabili locali) è materia che rimane compresa nella *potestà legislativa esclusiva dello Stato* ai sensi del novellato art.117 della Costituzione, tant'è che la relativa disciplina ha formato oggetto di delega parlamentare al Governo (art. 2, comma 1, della legge 5 giugno 2003, n.131)".

Vero è che siffatto parere, oltre a collidere con l'autonomia riconosciuta anche a livello costituzionale agli Enti locali, trascura del tutto che tra le funzioni fondamentali conferite dallo Stato agli Enti locali e, in particolare, ai Comuni, vi sono già quelle afferenti ai servizi sociali (art. 131 d. lgs. 112/1998) ed "ai servizi relativi alla persona e alla Comunità, all'assetto del territorio ed allo sviluppo economico" (art. 13 TUEL), funzioni conferite dallo Stato, unitamente agli annessi servizi, successivamente al 1993, onde non contemplati e non contemplabili dal d.m. 28.5.1993: siffatto decreto ministeriale, oltre a non potersi più ritenere applicabile agli Enti locali per effetto dell'intervenuta parziale abrogazione del citato art. 11 d.l. n. 8/1993, è da ritenersi ormai del tutto superato dalla legislazione ordinaria nelle more sopravvenuta.

Del pari contestabile è la presunta sussistenza di un "vuoto di potere normativo" nell'ambito dell'individuazione dei servizi locali indispensabili, giacché gli stessi sono stati individuati proprio dal legislatore statale con la normativa sopravvenuta al 1993.

ISSN 2036-7821

trasporto dei disabili e, in genere, degli studenti: i fabbisogni saranno individuati in base ai livelli delle realtà sociali migliori (Brescia è dotata, ad esempio, da decenni di un riscaldamento degli appartamenti del centro urbano proveniente da una struttura tecnica centralizzata, gestita da una azienda comunale che si avvale anzitutto dell'energia offerta da un inceneritore dei rifiuti). La viceministra del MEF con delega alle finanze, in un'intervista del 16 giugno 2021, ha precisato, esemplificando, che "lo standard passa da 78 a 102,83 per abitante a Reggio Calabria, a Giuliano in Campania, da 59 a 95,89".

Si rende in tal modo possibile la svolta, che potremmo definire "storica", dell' abbandono del criterio della *spesa storica* che, in palese violazione dell'art. 3 Cost., aveva relegato i Comuni "poveri" –ben oltre la metà degli oltre 8000 Comuni italiani– ad operare sempre nella immanente povertà e nella ingiustizia distributiva. Nel bilancio di previsione dello Stato per l'esercizio 2021 sono stati previsti 651 milioni di Euro per attuare questa vera "svolta" di giustizia sociale e uno stanziamento per il 2022 di Euro 216 milioni.

Neppure può sostenersi la sopravvivenza del d.m. 28.8.1993, che sembra ormai inapplicabile per effetto dell'intervenuta abrogazione della norma che aveva autorizzato la sua emanazione, in forza della circostanza che manca, allo stato, un atto governativo di revoca e/o annullamento dello stesso[45]. Per un verso, infatti, la giurisprudenza, sia pure con rare pronunce sul punto specifico, non avverte il problema e dà per scontata l'assenza del decreto: peraltro, la prassi dei Comuni è orientata –si deve riconoscere– nello stesso senso.

Per altro verso, tuttavia, la norma di cui all'art. 2, comma 1, della l. n. 131/2003, secondo cui "Il Governo è delegato ad adottare, entro il 31 dicembre 2005, su proposta del ministro dell'interno, di concerto con i ministri per gli affari regionali, per le riforme istituzionali e la devoluzione e dell'economia e delle finanze, uno o più decreti legislativi diretti alla individuazione delle funzioni fondamentali, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione, essenziali per il funzionamento di Comuni, Province e Città metropolitane nonché per il soddisfacimento di bisogni primari delle Comunità di riferimento", sembra confermare la necessità di siffatta precisazione. Infatti non sarebbe ipotizzabile la

[45] L'incertezza giuridica che si determina con riferimento alla normativa di rango secondario, a seguito della abrogazione delle disposizioni legislative che costituiscono il fondamento dei poteri regolamentari vigenti, è stato peraltro evidenziato dalla Commissione parlamentare per la semplificazione nel 2013. Nella relazione risalente al gennaio 2013, tale Commissione evidenziava l' "aspetto problematico riguarda(nte) il rapporto tra l'effetto ghigliottina che interverrà sulle disposizioni legislative e la normativa di rango secondario che, pur non sottostando al meccanismo "taglia-leggi", potrebbe essere indirettamente interessata per il venir meno di previsioni legislative che costituiscono il fondamento di poteri regolamentari vigenti. Più in generale, si pone il problema del raccordo tra il riassetto di livello legislativo e quello del *corpus* di norme regolamentari, non contemplato dal meccanismo "taglia-leggi".

ISSN 2036-7821

ratio della l. 131 se si ritenesse la vigenza del decreto del 28 maggio 1993, essendo, peraltro, ampiamente quanto vanamente, decorso il termine di cui al citato articolo.
Ciò osterebbe ad un eventuale "richiamo" al decreto ministeriale emanato sulla scorta di una norma successivamente abrogata e collocata in contrasto patente con l'ordinamento, se non altro per la sua vetustà rispetto all'esplosione di compiti di welfare attribuiti ai Comuni negli ultimi 20 anni. Del resto, non si verifica alcun vuoto normativo, giacché varie norme statali, di volta in volta – dunque sia pure senza sistematicità adeguata – sembrano individuare le funzioni fondamentali ed irrinunciabili ed i servizi indispensabili rispetto al funzionamento dei Comuni per il soddisfacimento di bisogni primari delle persone costituite nella Comunità locale.
Non si ignorano orientamenti divergenti rispetto alla tesi qui prospettata. Ci si riferisce, ad es., al parere reso nel 2018 dalla Sezione controllo della Corte dei conti per la Regione Valle d'Aosta[46] in ordine all' applicabilità dell'art. 3 del d.m. 28 maggio 1993, relativo alla individuazione dei servizi indispensabili delle Comunità montane, alle *Unités des Communes valdôtaines* (subentrate alle soppresse comunità montane della Valle d'Aosta) nonostante l'intervenuta abrogazione dell'art. 11 del d.l. n. 8 del 1993, conv. in l. n. 68 del 1993. Ebbene, con tale parere, i magistrati contabili, aderendo acriticamente alla tesi sostenuta dal Presidente della Regione che richiamava una pronuncia del TAR Puglia Bari, affermano comunque la ultravigenza del d.m.
Eppure, proprio esaminando quella decisione del TAR di Puglia, Bari, recante il n. 2109 e la data del 7 dicembre 2012, ci si rende conto che quel Tribunale, pur riferendosi al decreto ministeriale del 1993, senza però porsi la questione preliminare in merito alla sua vigenza od efficacia, ha finito comunque col superare l'elencazione dei servizi indispensabili locali ivi contenuta: si vede bene, infatti, che la sentenza non solo ha fatto espresso richiamo alla norma di cui all'art. 117 della Costituzione, che, come è noto, si riferisce alla "individuazione delle funzioni fondamentali per il soddisfacimento dei bisogni primari della comunità"[47], ma soprattutto ha ritenuto legittima e corretta la delibera semestrale delle somme impignorabili adottata dal Comune resistente in quel giudizio nella parte in cui ricomprendeva tra i servizi indispensabili anche la manutenzione del verde, vale a dire la manutenzione di piazze e giardini, pur non essendo quest'ultima contemplata nella elencazione del decreto del '93.
Si può, dunque, ritenere che dalla disamina della richiamata ed ormai risalente sentenza del TAR pugliese traspaia il superamento di ogni tassatività dell' elencazione riportata dal decreto del 1993. Sopravviverebbe –al più– una funzione di mero complemento di fattispecie previste ormai da disposizioni di legge.

[46] Si tratta della deliberazione n. 20 del 13 dicembre 2018.
[47] Tra le funzioni fondamentali e tra i bisogni primari della comunità certamente, ad esempio, non possono ritenersi rientranti il "servizio statistico" a discapito dei "servizi sociali".

ISSN 2036-7821

La già rilevata sistematicità dell'intervento legislativo in questa materia sembra poter riconoscere al d.m. esclusivamente un ruolo sussidiario di integrazione di eventuali lacune normative in questa materia.

A tali orientamenti (apparentemente) divergenti rispetto alla tesi qui sostenuta, si pongono in reciproco contrasto altre e più recenti pronunce giurisprudenziali.

Ci si riferisce ad alcune sentenze del Consiglio di Stato e del TAR Sicilia - Catania. Con la prima di esse[48] i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto legittima la delibera con la quale la Giunta municipale di Napoli nel 2012 aveva inserito tra i servizi indispensabili –in tal modo rendendo impignorabili le somme in bilancio ad essi riferiti–, i lavori per il recupero del patrimonio storico-culturale. A ben vedere si tratta di servizi (nel caso di specie, pervero, di lavori) affatto non menzionati nel d.m. del 1993. Eppure, il Consiglio di Stato avalla la decisione dell'ente di inserire tra le somme afferenti ai servizi indispensabili "protetti" dallo "scudo" dell'impignorabilità, quelle relative ai lavori di recupero del patrimonio storico culturale del Comune appellante, giacché nella tesi "difficile" del Comune, quegli interventi erano necessari anche per la tutela della sicurezza e della salute dei cittadini.

Tale decisione conferma, dunque, il potere riconosciuto agli enti locali di annoverare tra i servizi indispensabili quelle attività che essi responsabilmente individuano e

[48] Si tratta della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 5 febbraio 2021, n. 1085. I Giudici di Palazzo Spada hanno accolto l'appello proposto dal Comune di Napoli per la riforma della sentenza del TAR Campania n. 5077/2013 che aveva a sua volta accolto il ricorso proposto da varie società creditrici del Comune resistente in primo grado, per l'annullamento della "deliberazione della Giunta municipale del Comune di Napoli n. 759 del 12.10.2012, con la quale l'amministrazione resistente, in deroga all'ordinario criterio cronologico, autorizzava l'emissione di atti di pagamento per lavori ritenuti urgenti, indifferibili e il cui mancato completamento avrebbe comportato (n.d.r.) rischi per la pubblica incolumità". Sebbene il giudice amministrativo di prima istanza, sin dalla fase cautelare (cfr. ordinanza n. 1577 del 21.11.2012), avesse "ritenuto che, in caso di somme vincolate ai fini dell'espletamento dei servizi pubblici essenziali, la forte presenza dell'interesse pubblico po(tesse) giustificare ragionevoli e rigorosi interventi derogatori del citato principio (*par condicio creditorum*, n.d.r.), purché ven(issero) dettagliati in modo puntuale i criteri in base ai quali l'amministrazione può procedere ai pagamenti preferenziali", con la sentenza di poi appellata ha annullato la deliberazione giuntale in quella sede contestata per un "*chiaro deficit motivazionale*".

Tuttavia, con la decisione (risalente al 2012, ossia allo stesso anno della sentenza del TAR di Puglia, Bari richiamata nel testo) il TAR Campania, Napoli, pervero già nella individuazione della "nozione di servizi locali indispensabili", non fa alcun riferimento al d.m. del 28 maggio 1993, anzi precisa che "occorre determinare l'esatto contenuto e i limiti della nozione di servizi locali indispensabili, atteso che, se tale determinazione fosse riservata all'esclusiva disponibilità e discrezionalità dell'ente locale, la disposizione in esame (l'art. 159 TUEL n.d.r.) diventerebbe comodo *escamotage* per sottrarsi all'adempimento delle obbligazioni assunte". E per evitare che vi siano scappatoie di tal fatta, il giudice amministrativo campano precisa che "l'operatività di tale vincolo (e la conseguente declaratoria di nullità od inefficacia delle procedure esecutive) risulta, allora, la regola generale, rispetto alla quale ogni previsione preferenziale, in quanto suscettibile di alterare la *par condicio creditorum*, postula un robusto apparato motivazionale".

In definitiva, quanto alla individuazione dei servizi locali indispensabili per l'assolvimento da parte dell'ente locale dei compiti e delle funzioni *ex lege* attribuitegli, il TAR Campania riconosce la possibilità, da parte del Comune, di individuarli, ma non in modo "arbitrario" o eccessivamente discrezionale, bensì riportando le specifiche ragioni di tale scelti in un "robusto apparato motivazionale".

ISSN 2036-7821

qualificano come tali, ovviamente fornendo congrua ed idonea motivazione, per garantire effettiva tutela ed effettivo soddisfacimento dei bisogni della comunità rappresentata.

A non diverse considerazioni è pervenuto anche il TAR Sicilia, Catania, Sez. I, con la decisione n. 397 del 10.2.2021. Ivi, in particolare, si afferma che devono intendersi "per servizi indispensabili quelli indicati nel d.m. 28 maggio 1993 adottato dal Ministero dell'Interno" e "in termini più generali, quelli necessari per lo sviluppo della comunità, finanziati con entrate fiscali e contribuzione erariale "ritenuti" tali dall'ente pubblico e dalla legge". Chiara è la portata estensiva di tale decisione, che pur richiamando –a nostro avviso sommesso, acriticamente– il d.m. del 1993, estende la definizione di "indispensabili" a quei servizi che tali sono ritenuti dall'ente pubblico: si deve comunque dedurre da tale decisione almeno la non vincolatività, esaustività e tassatività dell'elencazione obsoleta contenuta nel decreto del 1993.

Da ultimo, sembra opportuno comunque far nuovamente rinvio alla decisione n. 223 del 2020 della Corte costituzionale, con la quale il Giudice delle leggi àncora l'indispensabilità del servizio alla "missione dell'ente locale nei confronti della comunità di riferimento": missione, nella quale, alla luce delle riforme legislative che hanno interessato i compiti e le funzioni dei Comuni dalla fine del secolo scorso, non possono che ritenersi ricompresi anzitutto i servizi sociali[49].

10. Osservazioni di sintesi e prospettive.

Esclusa almeno l'efficacia limitativa del d.m. del 1993, l'ordinamento sembra offrire ai Comuni maggior spazio di intervento, nell' esercizio di una funzione attribuita dalla legge per preservare le risorse finanziarie destinate alla spesa sociale dagli atti di creditori tendenti ad ottenere l'apposizione di vincoli conseguenti ai pignoramenti, determinando, quindi, "l'impignorabilità delle somme".

[49] Nel corso della XVII legislatura (2013-2018) sono state registrate alcune proposte volte a risolvere l'incertezza in ordine alla applicabilità del d.m. del 28 maggio 1993. Si registra, anzitutto, un atto di sindacato ispettivo (il n. 4 - 00193) del 16 maggio 2013, riguardante il Ministro dell'Interno e finalizzato a conoscere se lo stesso ritenesse di dover "colmare la lacuna normativa attualmente esistente, provvedendo a riconoscere, espressamente, la capacità degli enti locali di individuare, ai sensi e per gli effetti dell'art. 159 del decreto legislativo n. 267 del 2000, i servizi da ritenersi indispensabili sul territorio comunale, ovvero, in subordine, aggiornare l'elenco dei servizi indispensabili sul territorio comunale, (includendo, fra l'altro, i servizi sociali, individuati al pari di quelli della viabilità e dei trasporti, già come prestazioni essenziali degli enti locali dalla legge n. 42 del 2009), ai fini dell'entità e del riparto dei fondi di perequazione. Si registra, inoltre, anche una proposta di legge volta ad ottenere il non assoggettamento "ad esecuzione forzata, ai sensi dell'art. 159, comma 2, lettera c), del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, le somme di competenza degli enti locali destinate alla prestazione dei servizi sociali, di cui all'art. 128 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e alle prestazioni del sistema integrato di interventi e servizi sociali, di cui all'articolo 2 della legge 8 novembre 2000, n. 328. A tali iniziative parlamentari, non ha però fatto seguito alcun provvedimento, assai probabilmente anche per l'inefficacia che lo stesso avrebbe avuto alla luce della riforma costituzionale del titolo V.

ISSN 2036-7821

La norma di cui all'art. 159 TUEL, infatti, come abbiamo visto, dispone –anche se senza un'elencazione tassativa– che non sono soggette ad esecuzione forzata soltanto le somme che l'organo esecutivo abbia individuato con delibera da adottarsi ogni sei mesi e da notificarsi alla tesoreria comunale: si tratta della c.d. delibera delle somme impignorabili.

Siffatto adempimento, alla luce di quanto sin qui approfondito, si appalesa non solo necessario ma deve intendersi come un vero e proprio obbligo per i Comuni, sia per consentire nell'effettività l'attuazione dello Stato sociale, sia per garantire la sicurezza della comunità locale, anche attraverso la prevenzione di tensioni o conflitti sociali che possano comportare turbamenti dell'ordine e della sicurezza pubblica in ambito comunale, mentre al Comune spetta garantire, direttamente o per mezzo di una organizzazione controllata, la sopravvivenza e la dignità del tenore di vita in favore di quei cittadini che vivono in una condizione di povertà estrema.

Sicché, ogni sei mesi, solitamente entro il 30 giugno ed entro il 31 dicembre, i Comuni, per il tramite dell'organo esecutivo, nell'adottare la deliberazione prevista dall'art. 159, comma 2, del TUEL, inseriscono, tra le somme di bilancio "impignorabili" da destinare ai servizi locali indispensabili al funzionamento dell'Ente, anche le somme necessarie all'espletamento di altri servizi ritenuti indispensabili ed essenziali e fra questi, quelli strettamente relativi alla spesa sociale.

È da precisare che la quantificazione delle somme da destinare ai "servizi indispensabili ed essenziali" deve essere improntata ai principi di buon andamento e di imparzialità: non potrà quindi tradursi in deliberazioni che, ad esempio, sottopongano al vincolo d'impignorabilità importi eccedenti quelli necessari per l'attuazione delle suddette finalità o afferenti a prestazioni e servizi ad esse estranee, in tal modo paralizzando in sostanza, tramite un arbitrario "scudo", qualsiasi esecuzione intrapresa dai creditori: in casi di questo genere ben potendo questi ultimi trovare tutela contro l'abuso amministrativo attraverso gli ordinari rimedi giurisdizionali[50].

Particolare attenzione deve essere, dunque, dedicata da parte delle Giunte comunali, alla motivazione della delibera concernente le somme impignorabili – attività di amministrazione, non di gestione – ciò proprio al fine di dimostrare la non arbitrarietà delle scelte dell'ente nell'individuare tra gli "indispensabili" i vari servizi afferenti alla sfera del sociale ed effettivamente essenziali per la comunità rappresentata[51].

Una volta intervenuta la deliberazione di quantificazione e sorto così il vincolo di impignorabilità, operano le altre rigide condizioni imposte dalla norma di cui all' art. 159, comma 3, TUEL, in quanto l'ente locale non può distogliere le somme necessarie

[50] In tali termini anche Corte cost.,, 28 ottobre 2020, n. 223.

[51] In tal senso: Corte cost., n. 223/2020, cit.; Cons. Stato, Sez. V., n. 1085/2021, cit.; TAR Campania, Napoli, Sez. I, n. 5077/2013, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

per l'espletamento delle funzioni essenziali. Per i crediti aventi titolo diverso da quelli ricompresi nella elencazione e quantificazione semestrale, l'emissione di mandati di pagamento è legittima purché rispetti un rigoroso ordine cronologico. Infatti, a seguito della sentenza n. 211 del 2003 della Corte costituzionale, infatti, la "impignorabilità delle somme destinate ai fini indicati alle lettere a), b) e c) del comma 2 non oper(a) qualora dopo la adozione da parte dell'organo esecutivo della deliberazione semestrale di preventiva quantificazione degli importi delle somme destinate alle suddette finalità e la notificazione di essa al soggetto tesoriere, siano emessi mandati a titoli diversi da quelli vincolati, senza seguire l'ordine cronologico delle fatture così come pervenute per il pagamento e, se non è prescritta fattura, delle deliberazioni di impegno da parte dell'ente stesso".

Conclusione possibilista, quella raggiunta al termine del presente studio: date le garanzie che la norma di cui all'art. 159 TUEL offre al creditore, nonché la specificazione dell'ambito della impignorabilità nei tre casi di legge e sempre nell'osservanza della corretta effettuazione della spesa pubblica, è possibile ritenere che l'esercizio dell'autonomia locale nell'individuazione di un nuovo servizio indispensabile sarà consentito nel diritto vivente a misura che tale servizio venga considerato, ma con esauriente e rigorosa motivazione, riconducibile alla terza fattispecie ("espletamento di servizi locali indispensabili") di cui alla tipologia dell'art. 159 del TUEL; e che risponda, comunque, con chiarezza alla incessante evoluzione dei bisogni della comunità locale e dei servizi indispensabili[52].

[52] Cfr. *supra* par. 9 e *sub* nota 46 le pronunce del Con. Stato, Sez. V, 5 febbraio 2021, n. 1085 e TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 10 febbraio 2021, n. 397, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che confermano la rilevata tendenza del diritto vivente all' "apertura" –motivata in concreto con rigore e necessaria ampiezza– della terza fattispecie di cui all'art. 159 TUEL, mediante l'estensione a nuove figure e incalzanti nuove necessità sociali della tipologia di vincolo relativa ai "servizi locali indispensabili".

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il Responsabile Unico del Procedimento: troppe competenze e responsabilità o poca formazione?

di Martina Cardona

(Dottoranda di ricerca)

Sommario

1. Premessa. – 2. I risultati della ricerca. – 3. La disciplina dell'istituto del responsabile unico del procedimento: natura e funzioni. – 4. RUP: quale formazione occorre? – – 5. Il regime di responsabilità dei RUP 6. Il sistema di formazione dei pubblici dipendenti a livello nazionale e locale. – 7. Le possibili soluzioni in grado di migliorare l'operato delle stazioni appaltanti: la centralizzazione delle committenze e il sistema di qualificazione. – 8. Conclusioni.

Abstract

The sole head of the procedure (RUP) is responsible for a sort of "direction" of the entire public procedure, pursuant to art. 31 of Legislative Decree 50/2016. In fact, the RUP plays a particularly complex role, in a fundamental area such as that of public contracts: however, the regulatory instability, the numerous technical skills required of it, the lack of an organic training system and the provision of responsibilities of a different nature , sometimes they demotivate the operators of the contracting stations to assume this role.

These critical issues, object of reflection in this work, are some of the factors that emerged from the analysis of the responses of 5104 employees of contracting stations, including 4670 with the qualification of RUP, who were given the questionnaire developed for a research by the Conference of the Regions. and autonomous provinces, Confindustria, Ance and the Bachelet Center of the Luiss Guido Carli University. The questions examined concern, specifically, which factors discourage taking on the role of RUP, what responsibilities intimidate and condition the work of the RUP, what actions would help to improve the work of the contracting authorities and what remedies could motivate the officials public to assume the role of RUP.

By examining the data that emerged, the contribution therefore proposes to reconstruct the legislative and administrative discipline of this fundamental institution. Particular attention will be devoted to the issue of the competences of the RUP, its training and its responsibilities. Finally, analyzing the proposals to improve the public procurement sector, a mention will be made of the issue of central purchasing bodies and the qualification of contracting stations.

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Il responsabile unico del procedimento (RUP) riveste un ruolo centrale nei procedimenti amministrativi per l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture[1]. Tale figura, disciplinata dall'art. 31 del d.lgs. 50/2016 e costruita sulla falsariga del responsabile del procedimento previsto dalla legge 241/1990[2], assume una veste di *dominus* in ciascuna fase del procedimento ad evidenza pubblica, al fine di assicurare un controllo effettivo sui tempi e sui costi della gara, sulla qualità, sulla manutenzione programmata e sulla sicurezza e salute dei lavoratori[3]. La *ratio* sottesa all'introduzione di tale figura nell'ambito delle commesse pubbliche, dunque, può rinvenirsi nel fatto che il legislatore ha voluto individuare un unico referente per ogni appalto per accentrare il potere decisionale in capo ad un soggetto[4], affidandogli il compito di garantire e controllare il corretto svolgimento del procedimento.

Alla luce della centralità di tale figura nell'ambito della contrattualista pubblica, il RUP non poteva non risentire delle modifiche che negli ultimi anni hanno più volte

[1] Tra le prime normative di settore che hanno utilizzato la figura del responsabile del procedimento si può ricordare l'art. 4, d.l. 5 ottobre 1993, n. 398, convertito con modificazioni, nella l. 4 dicembre 1993, n. 493, in tema di rilascio della concessione edilizia. Tale figura è stata introdotta poi nel settore degli appalti dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109, c.d. Legge Merloni, al fine di assicurare, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo, determinati in coerenza alla copertura finanziaria ed ai tempi di realizzazione del programma, oltre che al corretto e razionale svolgimento delle procedure. Successivamente, con la l. 216/1995 (c.d. Merloni-*bis*), di conversione del d.l. 101/1995, si è poi parzialmente ridotta la portata innovativa e l'operatività del nuovo ruolo del responsabile, introducendo la possibilità di nominare una pluralità di responsabili del procedimento, nonché la figura di un doppione del coordinatore unico che, secondo il legislatore, avrebbe dovuto coordinare in alcuni ambiti le attività poste dai diversi responsabili dei procedimenti. Con la legge Merloni-*ter*, l. 415/1998, e con il Regolamento attuativo n. 554/1999, invece, si è confermata di nuovo la centralità del responsabile unico all'interno dell'ordinamento di settore.

[2] Con la legge generale sull'azione amministrativa, l. n. 241/1990, è stata introdotta la figura del Responsabile del Procedimento, con cui il legislatore ha consentito sia di identificare il soggetto a cui è attribuita la funzione di gestire le varie fasi del procedimento amministrativo sia di garantire la trasparenza dell'azione amministrativa assicurando al cittadino la possibilità di conoscere il soggetto a cui rivolgersi per avere riscontro circa lo *status* del procedimento amministrativo che lo riguarda. Con l'introduzione nel nostro ordinamento della figura del Responsabile Unico sono, dunque, confluite in un solo soggetto sia le funzioni specifiche del "tecnico" che le funzioni relative all'azione amministrativa di cui alla Legge n. 241/1990. Per una ricostruzione più ampia del responsabile unico, si veda G. FAILLA, F. LOMBARDO, *Il responsabile unico del procedimento. Il nuovo volto dell'amministrazione appaltante*, Milano, 2007.

[3] Per una lettura completa sulla figura del Responsabile unico, si veda S. USAI, *Il RUP negli appalti (Determinazione n. 1007 dell'11 ottobre 2017) dopo il Decreto correttivo (D.Lgs. 56/2017) e le Linee guida ANAC n. 3 sul RUP*, edizione Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2018.

[4] Il legislatore, infatti, ha preferito che il delicato compito di coordinamento e di impulso dei procedimenti ad evidenza pubblica, sia svolto più che da una determinata un'unità organizzativa, da una persona fisica dotata di adeguati titoli di studio e competenze professionali. Non interessa, quindi, tanto l'ufficio, quanto la persona. Sul punto, si veda R. GIOVAGNOLI, *Il Responsabile del procedimento: punti di contatto e dissonanza tra la disciplina codicistica e quella sul procedimento amministrativo*, Relazione tenuta in occasione del convegno organizzato dall'IGI a Roma, il 30 ottobre 2012, p. 9.

ISSN 2036-7821

interessato il Codice dei contratti pubblici[5]. Tali interventi normativi, che hanno portato in ultimo all'approvazione del decreto c.d. semplificazioni *bis*, d.l. n. 77/2021, hanno avuto un forte impatto sulle imprese e sulle amministrazioni pubbliche - e, dunque, sull'attività del responsabile unico -, determinando incertezze e complessità procedurali.

Allo scopo di rilevare i profili che determinano il rallentamento della realizzazione delle opere pubbliche e, più in generale, la paralisi del settore degli appalti, il cui rilancio è fondamentale anche ai fini della ripresa post-emergenza Covid-19, è stata avviata una ricerca dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, da Confindustria, dall'Associazione Nazionale dei costruttori edili e dal Centro Vittorio Bachelet dell'Università LUISS Guido Carli[6].

Tale indagine è stata realizzata mediante la somministrazione di un questionario *online* in forma anonima a più di 5000 operatori delle stazioni appaltanti - 4670 dei quali rivestono (o hanno rivestito negli ultimi tre anni) la qualifica di RUP -, nonché a 217 imprese[7]. Il presente lavoro, pertanto, ha l'obiettivo di analizzare alcune delle risposte fornite dalle stazioni appaltanti, soprattutto rispetto al ruolo del RUP, ai fattori che disincentivano l'assunzione di tale ruolo[8], alle responsabilità che ne intimoriscono e ne condizionano l'operato[9], alle azioni che potrebbero contribuire a migliorare l'attività delle stazioni appaltanti[10] e a quali rimedi potrebbero motivare i funzionari pubblici ad assumere il ruolo di RUP[11]. Attraverso l'analisi di questi dati, il contributo si propone di ricostruire la disciplina legislativa e amministrativa di

[5] Negli ultimi anni hanno disciplinato la materia dei contratti pubblici: la nuova legge quadro in materia di lavori pubblici, L. 11 febbraio 1994, n. 109; il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e il Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, modificato e aggiornato più volte.

[6] Per un commento sui risultati della ricerca realizzata da Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, Confindustria, Ance e il Centro Vittorio Bachelet dell'Università LUISS Guido Carli, si veda anche B.G. MATTARELLA, *Perché in Italia le opere pubbliche sono ferme?*, in Luiss Open, 11 gennaio 2021.

[7] Il questionario è stato somministrato a 5104 dipendenti di stazioni appaltanti, con il ruolo di direttori/dirigenti apicali, dirigenti o funzionari e 217 operatori economici. Tra il personale delle stazioni appaltanti che ha risposto: 4670 svolgono (o hanno svolto negli ultimi tre anni) funzione di RUP e 412 no; 1769 RUP svolgono la propria attività nel settore dei servizi e/o delle forniture; 1223 RUP svolgono la propria attività nel settore dei lavori pubblici; 2112 RUP svolgono la propria attività nel settore misto lavori e/o servizi e/o forniture; 1256 enti nei quali operano i RUP svolgono funzioni di centrale di committenza o sono soggetti aggregatori e 3457 no; Tra i dipendenti presso gli enti che svolgono funzioni di centrale di committenza, 820 svolgono (o hanno svolto) funzioni di RUP per accordi quadro o convenzioni e 955 no.

La presente analisi terrà conto prevalentemente delle risposte rilasciate dai 4670 RUP. Le domande, inoltre, prevedono oltre le risposte multiple, anche delle risposte aperte.

[8] La domanda rivolta è stata "Quale dei seguenti fattori disincentiva l'assunzione del ruolo di RUP?"

[9] La domanda rivolta è stata "In particolare, quale tra queste possibili responsabilità intimorisce e condiziona l'operato del RUP?"

[10] La domanda rivolta è stata "Quali tra queste azioni contribuirebbe maggiormente a migliorare l'operato delle stazioni appaltanti?"

[11] Quali tra i seguenti rimedi potrebbe maggiormente motivare i funzionari pubblici ad assumere il ruolo di RUP e ad adottare scelte efficienti?

ISSN 2036-7821

questo fondamentale istituto, soffermandosi in particolare sul tema delle competenze richieste al RUP, della formazione e delle responsabilità dello stesso.

2. I risultati della ricerca.

La ricerca ha inteso fornire, oltre che una vera e propria fotografia delle difficoltà del sistema dei contratti pubblici nel nostro Paese, anche un'analisi dettagliata del ruolo del RUP, degli aspetti più critici delle sue funzioni, delle responsabilità che ne intimoriscono e ne condizionano l'operato e delle possibili soluzioni. I responsabili unici del procedimento, che rappresentano i soggetti più colpiti dal fenomeno di instabilità normativa che da anni coinvolge il sistema dei contratti pubblici[12], hanno espresso infatti un giudizio critico sul d.lgs. 50/2016. Questi, in via generale, hanno evidenziato tra i fattori che rallentano la realizzazione degli investimenti pubblici, il fatto che il Codice risulta troppo complesso e di difficile applicazione. Nonostante i giudizi più favorevoli sul decreto cd. sblocca-cantieri (d.l. 32/2019), resta comunque molto diffusa l'idea (confermata dall'81% degli intervistati più giovani e dal 62% di quelli più anziani[13]) che non abbia "risolto le principali criticità normative preesistenti"[14].

Soffermandoci invece sull'attività del RUP e sui motivi che disincentivano l'assunzione di tale ruolo, la maggior parte degli operatori delle stazioni appaltanti (il 64%[15]) ha sottolineato che la complessità del quadro normativo ha finito per scaricare sui funzionari pubblici responsabilità sproporzionate; il 18% ha, invece, fatto riferimento alla mancanza di competenze specifiche alla luce della normativa di settore e solo un 12% ha attribuito la responsabilità ai ricorsi ed ai contenziosi[16]. Dalle risposte aperte[17], invece, emerge che i fattori disincentivanti sono attribuibili principalmente alla carenza di personale, a una mancanza di formazione adeguata e a uno stipendio poco proporzionato rispetto ai rischi che derivano dall'attività stessa.

Per quanto concerne, invece, le responsabilità che intimoriscono i RUP e presumibilmente li frenano, il 45% fa riferimento a quella penale, il 43% a quella

[12] Sul tema dell'instabilità normativa, come già segnalato da tempo, si veda A. MASSERA, *La disciplina dei contratti pubblici: la relativa continuità in una materia instabile*, in Giornale di diritto amministrativo 12/2009, p. 1252.

[13] Con l'espressione "giovani" si intende fare riferimento ai dipendenti di età inferiore ai 46 anni; per "anziani" invece si intendono coloro che hanno più di 55 anni;

[14] Si ricorda che il questionario è stato somministrato prima dell'entrata in vigore del decreto Semplificazioni, d.l. 76/2020.

[15] Tale percentuale rappresenta 3291 operatori delle stazioni appaltanti su 5104.

[16] Questo dato conferma l'analisi di impatto del contenzioso amministrativo in materia di appalti – bienni 2017/2018, elaborata dal cons. G. VELTRI, in collaborazione con l'Ufficio Studi, massimario e formazione; dell'Ufficio Stampa e comunicazione della Giustizia amministrativa e degli Uffici statistici del Consiglio di Stato. Infatti, anche da tale ricerca emerge che nel 2017 sono state impugnate 3.457 procedure su 255.151 bandite (1,4%); mentre nel 2018 le impugnazioni sono state 3.603 a fronte di 238.101 procedure bandite (1,5%).

[17] Le domande somministrate nel questionario, inoltre, prevedono oltre le risposte multiple, anche delle risposte aperte.

ISSN 2036-7821

erariale e solo una minore percentuale alla responsabilità amministrativa (8%) e alla responsabilità civile (2%).
Tra le proposte di miglioramento in relazione sia relative all'operato delle stazioni appaltanti, che alla funzione del responsabile unico del procedimento, prevalgono quelle relative al personale e, in particolare, nuove assunzioni di personale dotato di specifica competenza ed esperienza, un sistema saldo di formazione e di aggiornamento costante dei dipendenti impiegati nel settore dei contratti pubblici, il miglioramento delle carriere e degli stipendi e l'applicazione di meccanismi di premialità[18].
Secondo le 217 imprese, invece, risultano fondamentali la qualificazione e professionalizzazione delle stazioni appaltanti, il miglioramento dei processi di digitalizzazione e la centralizzazione e l'aggregazione della committenza[19]. Questi dati appaiono in parte confermati dagli esiti dell'opzione di risposta in forma libera, dalle quali emergono anche altri suggerimenti, come ad esempio: la riduzione dei tempi delle fasi di progettazione e pianificazione, l'implementazione delle banche dati centralizzate o la creazione di una banca dati unica, l'applicazione di sanzioni in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi, l'attuazione del *rating* di legalità delle imprese e un nuovo sistema di controlli.
Ai fini di una maggiore completezza, si segnala che tra i 4670 RUP coinvolti nel questionario: solo l'1% ha meno di 35 anni, il 14% ha tra 36 e 45 anni, il 44% tra i 46 e 55 anni e il 41% ha oltre i 55 anni. Con riguardo ai titoli di studio, il 29% possiede solo il diploma, il 66% la laurea e il 5% un master di II livello. In ultimo, il 32% ha la qualifica di dirigente e il 68% di funzionario.

3. La disciplina dell'istituto del responsabile unico del procedimento: natura e funzioni.
Alla luce di tali dati, emerge nettamente l'atteggiamento di sfiducia sia dei RUP che delle imprese nei confronti del quadro normativo in materia di contratti pubblici, a causa dell'instabilità, confusione e iperproduzione normativa, che hanno finito per pregiudicare l'efficacia dei procedimenti di affidamento e la realizzazione di opere pubbliche e investimenti privati.
Al fine di analizzare nel dettaglio le criticità emerse ed i motivi dei malumori dei RUP, si ritiene fondamentale ricostruire preliminarmente la disciplina di questo fondamentale istituto.

[18] In particolare, il 44% suggerisce come soluzione una maggiore professionalizzazione del ruolo di RUP, attraverso una carriera distinta all'interno della PA; il 27% preferisce la previsione di premi economici, riconoscimenti in termini di visibilità e promozioni di carriera (di cui il 40% dei consensi proviene dai RUP con meno di 35 anni, scendendo al 25% tra coloro che hanno più di 55 anni) e il 24%, invece, indica la possibilità di ricorrere alla nomina di consulenti esterni o l'assistenza al RUP da parte di strutture interne dedicate o di altre amministrazioni.
[19] Rispetto alla qualificazione e professionalizzazione delle stazioni appaltanti, circa il 76% di consensi proviene dalla fascia delle aziende più floride e il 73% da quelle con minor giro d'affari.

ISSN 2036-7821

Il responsabile unico del procedimento è considerato il regista dell'intera procedura ad evidenza pubblica[20]. Inizialmente tale figura era concepita come una semplice "declinazione" dell'istituto generale del responsabile del procedimento, previsto dagli artt. 4 e ss. della legge n. 241 del 1990. Infatti, si riteneva che il RUP non fosse altro che lo stesso responsabile riconosciuto nell'ambito della disciplina generale del procedimento amministrativo, però nel settore degli appalti. Questa impostazione, tuttavia, rischiava di trascurare gli importanti elementi di originalità che invece connotano la figura e il ruolo del responsabile unico del procedimento nel settore dei contratti pubblici[21].

La distinzione è fondamentale in quanto, se le azioni ed i poteri esercitabili dal RUP fossero stati collocati nello schema della legge 241 del 1990, solo nel caso in cui il Responsabile fosse stato un dirigente avrebbe potuto compiere atti di rilevanza esterna. Infatti, ai sensi dell'art. 6, l. 241/90, il Responsabile del procedimento ha soprattutto funzioni istruttorie e può adottare il provvedimento finale solo ove ne abbia la competenza, ovvero nel caso in cui sia dirigente preposto all'unita` organizzativa e, come tale, legittimato a manifestare all'esterno la volontà provvedimentale dell'ente, dovendo trasmettere, in caso contrario, gli atti all'organo competente.

Nel campo dei lavori pubblici, invece, al Responsabile unico del procedimento sono richieste specifiche competenze tecnico-amministrative relative alla programmazione, progettazione, esecuzione e collaudo delle opere pubbliche al fine di svolgere una serie di compiti, anche di rilevanza esterna, a prescindere dal fatto che questi rivesta la qualifica di dirigente o funzionario[22]. Questa lettura è stata confermata anche dalla giurisprudenza amministrativa[23] che, nell'interpretare il citato art. 31, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, ha stabilito che la disposizione richiamata delinea la competenza del Responsabile unico del procedimento in termini residuali, nella quale rientra una generale funzione di

[20] G. D. COMPORTI, *Il procedimento e il responsabile (artt. 31, 32, 33, 40, 44, 52, 53)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, II ed., Torino, p. 289.

[21] R. GIOVAGNOLI, *Il Responsabile del Procedimento: punti di contatto e dissonanza tra la disciplina codicistica e quella sul procedimento amministrativo*, cit., p. 2.

[22] Secondo le linee guida ANAC n. 3/2017, il RUP può essere un dirigente o anche un direttivo senza qualifica dirigenziale. ANAC, *Linee guida n. 3, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni»*. Approvate dal Consiglio dell'Autorità con deliberazione n. 1096 del 26 ottobre 2016 e aggiornate al d.lgs. 56 del 19/4/2017 con deliberazione del Consiglio n. 1007 dell'11 ottobre 2017, p. 4. Per una più ampia disamina, si veda S. USAI, *Responsabile del procedimento e RUP: un doppio modello di azione amministrativa*, in Urbanistica e appalti, 2/2018, p. 171. L'orientamento è stato confermato anche dallo schema di regolamento di esecuzione, attuazione e integrazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante "codice dei contratti pubblici", predisposto commissione di supporto giuridico-amministrativo per l'esame dello schema di regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

[23] Cfr. TAR Veneto, sez. I, 27 giugno 2018, n. 695; T.A.R Campania, Napoli, sez. VIII, 19 ottobre 2017, n. 4884.

ISSN 2036-7821

coordinamento e controllo delle procedure di gara. Tale competenza, pertanto, secondo un orientamento che il Consiglio di Stato ha definito "pacifico", si estende anche all'adozione di atti di rilevanza esterna, come ad esempio i provvedimenti di esclusione delle partecipanti alla gara[24]. Tali esiti giurisprudenziali ben colgono la volontà del legislatore di identificare nel responsabile unico del procedimento il *dominus* della procedura di gara, in quanto titolare di tutti i compiti prescritti dal Codice dei contratti, salve specifiche competenze affidate ad altri soggetti[25]. Inoltre, anche dopo l'intervento correttivo recato dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 resta confermata "l'assoluta centralità del ruolo del RUP nell'ambito dell'intero ciclo dell'appalto, nonché le cruciali funzioni di garanzia, di trasparenza e di efficacia dell'azione amministrativa che ne ispirano la disciplina codicistica"[26].

Negli anni, i diversi interventi normativi (d.lgs. 163 del 2006 e successivamente il d.lgs. 50/2016, modificato dal c.d. decreto correttivo d.lgs. 56/2017, dal decreto c.d. sblocca cantieri, d.l. 32/2019, dal decreto semplificazioni, d.l. 76/2020 e in ultimo dal decreto semplificazioni *bis*, d.l. 77/2021) hanno ampliato le competenze richieste al RUP. Ad oggi, sia l'art. 31 del Codice dei contratti pubblici, che le Linee guida dell'ANAC, n. 3/2016[27], disciplinano il ruolo e le funzioni del RUP. Secondo il Codice, il Responsabile deve svolgere una serie di compiti fondamentali, ad esempio tra i più rilevanti: curare il corretto svolgimento delle procedure dalla fase di programmazione e progettazione a quella di affidamento ed esecuzione; sottoscrivere la validazione del progetto; effettuare le verifiche sulla disponibilità di aree e immobili prima della consegna dei lavori; richiedere la nomina per il coordinatore per l'esecuzione dei lavori; verificare l'assicurazione di responsabilità civile professionale del direttore dei lavori; promuovere la nomina del direttore dei lavori e del collaudatore; assumere il ruolo di responsabile della sicurezza ai fini delle norme su sicurezza e salute; emettere il certificato di pagamento annotandolo nel registro di contabilità; irrogare le penali per il ritardato adempimento degli obblighi contrattuali; proporre la risoluzione del contratto, la transazione e la definizione bonaria delle controversie; trasmettere all'Osservatorio A.N.AC. gli elementi relativi agli interventi[28].

---

[24] Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1104; T.A.R. Venezia, Sez. I, 1° febbraio 2019, n. 128; T.A.R. Trieste, Sez. I, 29 ottobre 2019, n. 450;

[25] T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, sentenza 30 luglio 2020 n. 1673. Il TAR Palermo, con tale sentenza celebra le capacità e i poteri del responsabile unico del procedimento (RUP), titolare di una competenza che si estende sino all'adozione dei provvedimenti di esclusione dei concorrenti, nel procedimento di individuazione del contraente: l'anima che regge l'intero apparato pubblico delle gare in qualità di *dominus*.

[26] Come affermato dal Cons. Stato, Comm. spec., 25 settembre 2017, n. 2040.

[27] ANAC, Linee guida n. *3*, *op.cit*.

[28] Tra le altre attività del RUP, si ricordano: la predisposizione del programma triennale dei relativi lavori pubblici e dei relativi aggiornamenti annuali, nonché dei programmi biennali dei beni e servizi; la cura, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, del controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo determinati in coerenza alla copertura finanziaria e ai tempi di realizzazione dei programmi; la segnalazione di

ISSN 2036-7821

Dai diversi compiti che il Codice dei contratti affida al RUP, sia da quelli specificatamente previsti, che da quelli che, seppur non espressamente previsti, possono comunque ritenersi a lui attribuiti in forza del rinvio generale alla legge sul procedimento, secondo l'art. 31, comma 3, d.lgs. 50/2016[29], si evince l'importanza e la centralità che tale figura ha assunto all'interno di ogni fase del procedimento ad evidenza pubblica[30]. Una volta nominato con atto formale del soggetto responsabile dell'unità organizzativa, infatti, il Responsabile non può rifiutare tale incarico e deve supervisionare, gestire e controllare l'effettiva e regolare esecuzione di tutte le fasi dell'appalto dalla progettazione alla realizzazione effettiva, sino alla rendicontazione delle attività svolte dall'impresa aggiudicatrice[31].

---

eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi; la predisposizione all'amministrazione aggiudicatrice di dati e informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento dell'attuazione dell'intervento, necessari per l'attività di coordinamento, indirizzo e controllo di sua competenza e la sorveglianza della efficiente gestione economica dell'intervento; la proposta all'amministrazione aggiudicatrice della conclusione di un accordo di programma quando si rende necessaria l'azione integrata e coordinata di diverse amministrazioni; l'indizione della conferenza di servizi quando sia necessario; la verifica e la vigilanza sul rispetto delle prescrizioni contrattuali nelle concessioni; l'irrogazione delle penali per il ritardato adempimento degli obblighi contrattuali; la programmazione di accessi diretti sul luogo dell'esecuzione, nonché la verifica, anche a sorpresa, sull'effettiva ottemperanza a tutte le misure mitigative e compensative, alle prescrizioni in materia ambientale, paesaggistica, storico-architettonica, archeologica e di tutela della salute umana impartite dagli enti e dagli organismi competenti.

[29] L'art. 31 d.lgs. 50/2016 va interpretato tenendo conto, per effetto dell'espresso rinvio alle disposizioni contenute nella L. 241/90 operato dal Codice dei contratti oggi vigente, dell'art. 30, comma 8, e dell'art. 31, comma 3. In altri termini deve confermarsi, anche con riferimento alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici vigente, che esse vengono costantemente integrate e completate dalle disposizioni sul procedimento amministrativo contenute nella L. 241/90, con riferimento in particolare alle fasi dell'operazione contrattuale pubblica disciplinata dal diritto amministrativo (fatta quindi esclusione per la fase di esecuzione, ove l'integrazione viene realizzato dalle disposizioni del codice civile).

[30] L'art. 31, comma 3, d.lgs. 50/2016, stabilisce che "il RUP, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti". Il successivo comma 4 declina in modo puntuale, poi, una serie di compiti del RUP "oltre" a quelli specificatamente previsti da altre disposizioni del codice.

[31] Inoltre, non prevedendo l'art. 31 del Codice una specifica disciplina da applicarsi alla ipotesi in cui non vi sia stata, nel corso del procedimento selettivo, una formale nomina del Responsabile unico del procedimento, risulta applicabile in tal caso la regola generale della legge 241 del 1990 virgola in particolare propria della previsione recata nell'articolo 5, in virtù della quale, nel caso di mancata nomina di un funzionario quale responsabile del procedimento, deve intendersi che tale funzione sia attribuita automaticamente e naturalmente al dirigente responsabile dell'ufficio e del procedimento ovvero il funzionario che detto ufficio dirige nel caso in cui l'organigramma dell'ente o stazione appaltante non preveda virgola in pianta organica, la presenza di posizioni dirigenziali. Può quindi affermarsi che anche alla vigenza del nuovo codice dei contratti pubblici, nel caso di mancata nomina espressa di responsabile unico del procedimento, deve intendersi automaticamente assunta tale funzione del dirigente o del funzionario responsabile dell'ufficio, senza che la mancata espressione manifesta e formale della nomina del responsabile unico del procedimento si possa tradurre in un vizio invalidante della procedura, ne possa costituire, come avvenuto nella specie, una valida ragione per disporla annullamento degli atti di una gara. Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 07 febbraio 2018, n. 778.

ISSN 2036-7821

Inoltre, con il decreto sblocca-cantieri, si è prevista anche la possibilità che, in caso di inadeguatezza dell'organico dell'amministrazione aggiudicatrice[32] o di appalti di particolare complessità che richiedano valutazioni e competenze altamente specialistiche[33], è possibile conferire appositi incarichi di supporto all'attività del RUP. A conferma di ciò, l'art. 31, comma 9, d.lgs. 50/2016 prevede la possibilità di istituire una struttura stabile a sostegno dei RUP, anche alle dirette dipendenze del vertice della pubblica amministrazione di riferimento[34].

4. La qualificazione professionale del RUP.

Per effetto degli innumerevoli compiti che il RUP deve svolgere in materia di appalti e concessioni di lavori[35], servizi e forniture, le Linee guida ANAC hanno indicato che lo stesso, all'atto di nomina, debba essere in possesso di una specifica qualificazione professionale e debba aver maturato un'adeguata esperienza nello svolgimento di attività analoghe a quelle da realizzare in termini di natura, complessità e importo dell'intervento[36].

La qualificazione professionale richiesta, in particolare, varia a seconda del valore degli importi riguardanti gli appalti e le concessioni. Ad esempio, per gli importi di appalti e concessioni di lavoro inferiori a 150 mila euro, il RUP deve almeno aver conseguito un diploma in discipline tecniche (quali: perito industriale, perito commerciale, perito agrario, agrotecnico, perito edile, geometra/tecnico delle costruzioni o titoli equipollenti ai precedenti) e un'anzianità di servizio ed esperienza nell'ambito dell'affidamento di appalti e concessioni di lavori di almeno tre anni. Invece, per gli importi pari o superiori a 150 mila euro ma inferiori a un milione di euro, deve essere in possesso di almeno uno dei seguenti titoli: del diploma, ma con un anzianità di servizio ed esperienza almeno decennale nell'ambito

[32] Art. 31, comma 11, d.lgs. 50/2016.

[33] Art. 31, comma 7, d.lgs. 50/2016.

[34] Il d.l. n. 32/2019 ha previsto, introducendo all'articolo 216, comma 27-octies del codice degli appalti, la sostituzione di numerosi decreti attuativi e linee guida ANAC previste dal previgente testo del codice con un regolamento unico, da emanare ai sensi dell'art. 17 co.1 lett. a) e b) l. 23.8.1988 n. 400 entro centottanta giorni dall'entrata in vigore della norma stessa, in una serie di materie espressamente indicate. Quando entrerà in vigore, risulteranno quindi superate le linee guida n. 3 e n. 4 e anche tutte le linee guida di cui all'art. 213 co.2 del codice, nonché tutte quelle che risulteranno comunque in contrasto con il regolamento stesso. Con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies è definita, inoltre, una disciplina di maggiore dettaglio sui compiti specifici del RUP, sui presupposti e sulle modalità di nomina, nonché sugli ulteriori requisiti di professionalità rispetto a quanto disposto dal presente codice, in relazione alla complessità dei lavori. Con il medesimo regolamento sono determinati, altresì, l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista, con il direttore dei lavori o con il direttore dell'esecuzione. Sulla natura delle linee guida, si veda I. A. NICOTRA, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in I. A. NICOTRA (a cura di), *L' Autorità Nazionale Anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichelli, 2016, pp 38 e ss.

[35] Sulla figura del responsabile del procedimento nel campo di lavori pubblici, si veda tra gli altri L. CARBONE, F. CARINGELLA, G. DE MARZO (a cura di), *L'attuazione della legge quadro sui lavori pubblici*, Milano, 2001, pp. 43 e ss.

[36] ANAC, Linee guida n. *3*, *op.cit.*; G. D. COMPORTI, *op. cit.*, p. 291.

ISSN 2036-7821

dell'affidamento di appalti e concessioni di lavori; o di un laurea triennale in architettura, ingegneria, scienze e tecnologie agrarie, scienze e tecnologie forestali e ambientali, scienze e tecnologie geologiche, scienze naturali, con abilitazione all'esercizio della professione ma con un'esperienza almeno triennale nell'ambito delle attività di programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di lavori; oppure di una laurea quinquennale nelle materie suindicate, con abilitazione all'esercizio della professione ed un'esperienza almeno biennale nelle attività di programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di lavori[37]. Infine, per gli importi da un milione di euro, ma inferiori alla soglia è previsto che il RUP debba essere di in possesso di un diploma (geometra o tecnico delle costruzioni e titoli equipollenti) con quindici anni di esperienza in materia di affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di lavori; o di una laurea triennale nelle materie su indicate con cinque anni di esperienza; o anche una laurea quinquennale con tre anni di esperienza in programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessione di lavori.
Ulteriori requisiti sono previsti per gli appalti sopra soglia, ai sensi dell'articolo 35, d.lgs. 50/2016, e per gli appalti di servizi[38]e, in caso di appalti particolarmente complessi, il RUP, oltre ad una laurea magistrale o specialistica nelle materie attinenti all'oggetto dell'affidamento e ad una esperienza almeno quinquennale nell'ambito della procedura di gara per appalti e concessioni di lavori, deve avere anche un'adeguata competenza come *project manager*[39]. Da tale previsione, di derivazione

[37] I requisiti di professionalità del RUP per appalti e concessioni di lavori sono disciplinati dal capitolo 4, paragrafo 4.2, delle Linee guida ANAC, n. 3/2016. Nella suddivisione degli importi, sono previsti anche i requisiti per gli importi pari o superiori a 1.000.000,00 di euro il RUP, e inferiori alla soglia di rilevanza comunitaria di cui all'art. 35 del Codice e gli importi pari o superiori alla soglia di cui all'art. 35 del Codice dei contratti pubblici. In tali casi il RUP deve essere in possesso di diploma di laurea triennale, magistrale o specialistica e di un'anzianità di servizio ed esperienza di almeno cinque anni nell'ambito delle attività di programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di servizi e forniture.

[38] Come precisato, la fissazione dei titoli di studio richiesti per ricoprire l'incarico di RUP varia a seconda del valore dell'appalto. Per gli appalti sopra soglia, è richiesta la laurea magistrale in architettura, ingegneria, scienze e tecnologie agrarie, scienze e tecnologiche forestali e ambientali, scienze e tecnologiche geologiche, l'abilitazione all'esercizio della professione e cinque anni di esperienza in programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessione di lavori. Invece per gli appalti di servizio, in caso di importo inferiore alla soglia, le Linee guida ANAC prevedono che il RUP sia in possesso alternativamente o del diploma di istruzione superiore di secondo grado, con cinque anni di esperienza in programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di servizi e forniture; o della laurea triennale e tre anni di esperienza (programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di servizi e forniture); o laurea magistrale e due anni di esperienza (programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di servizi e forniture); infine, in caso di importo pari o superiore alla soglia (articolo 35, d.lgs. 50/2016): diploma di istruzione superiore di secondo grado (corso di studi quinquennale) e dieci anni di esperienza (programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di servizi e forniture); laurea triennale/magistrale o specialistica e cinque anni di esperienza (programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di servizi e forniture).

[39] Nel 2016 l'ANAC, nelle Linee guida di attuazione del d.lgs. 50/2016 ha previsto che il RUP, a prescindere dall'importo del contratto, il RUP dovrà possedere "la qualifica di *project manager*, essendo necessario enfatizzare

ISSN 2036-7821

europea[40], si intuisce come la figura del RUP stia diventando sempre più necessaria nelle fasi di pianificazione del procedimento di gara e nella gestione dello sviluppo di specifici progetti[41].
È chiaro, dunque, che per poter ricoprire questo fondamentale ruolo è necessario sia avere delle competenze tecniche sia aver maturato una notevole esperienza, tale da assicurare una elevata qualità della prestazione, nonché un saldo controllo sui rischi.
Tuttavia, oltre alla qualificazione professionale richiesta per poter essere nominato come responsabile unico, è necessario che le amministrazioni si adoperino a fornire e garantire corsi di formazione e di aggiornamento, per far fronte a eventuali cambiamenti dell'amministrazione[42] e per dipanare il problema della complessità del contesto normativo, che non fa altro che alimentare la paura negli operatori ad assumersi la responsabilità delle decisioni[43].

5. Il regime di responsabilità dei RUP.
Alla luce delle numerose competenze di cui è titolare, il Responsabile unico è chiamato a rispondere secondo le leggi penali, civili e amministrative di omissioni, ritardi e violazioni commessi nelle fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione.
Il quadro normativo, spesso incompleto e contraddittorio, ha reso l'attività dei RUP molto delicata: i rischi di commettere errori infatti sono molto elevati. Invero, l'ampio clima di incertezza della normativa ha creato un forte disorientamento nei funzionari pubblici, tale da comprometterne la capacità decisionale, intimoriti di incorrere in responsabilità che inevitabilmente colpiscono chi "decide male" piuttosto che chi si astiene. Anche tali soggetti, quindi, sono stati vittime della c.d. paura della firma,

le competenze di pianificazione e gestione dello sviluppo di specifici progetti, anche attraverso il coordinamento di tutte le risorse a disposizione, e gli interventi finalizzati ad assicurare l'unitarietà dell'intervento, il raggiungimento degli obiettivi nei tempi e nei costi previsti, la qualità della prestazione e il controllo dei rischi".

[40] La Commissione europea, infatti, con la direttiva 2014/24/EU sul *public procurement* ha raccomandato la presenza di un responsabile di progetto.

[41] Negli ultimi anni, infatti, il ruolo del RUP, alla luce della direttiva in materia di *public procurement* della Commissione, EU/24/2014, è stato sempre di più assimilato alla figura del *project manager*. In un primo momento, pertanto, le Linee guida dell'ANAC hanno definito che, almeno per i progetti complessi, tra i requisiti previsti per la nomina, il RUP dovesse avere la "qualifica" di *project manager*. Tuttavia, non essendo stato chiarito che cosa si intendesse per tale qualifica e che competenze nello specifico erano richieste, in assenza di altra specifica normativa di riferimento, il requisito della qualifica di *project manager* è stato sostituito con una "adeguata formazione in materia di *project management*", specificando che i contenuti di tale formazione debbano essere coerenti con gli standard nazionali e internazionali in tema di *project management*. Tale modifica è stata ritenuta necessaria dall'ANAC perché con la richiesta di certificazione, così come delineata, si sarebbe corso il rischio concreto di contravvenire al divieto del c.d. *gold plating*.

[42] L. SALTARI, *La formazione e la selezione dei dirigenti pubblici nell'ordinamento statale, negli ordinamenti regionali e negli altri Stati*, in B.G. MATTARELLA (a cura di), *La dirigenza dello Stato e il ruolo della Scuola superiore della pubblica amministrazione*, Roma, 2009, p. 30

[43] L. DONATO, *Gli appalti pubblici nel guado tra anticorruzione e semplificazione*, in L. DONATO (a cura di) *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, 2020, n. 89, p. 36.

ISSN 2036-7821

cioè quel fenomeno per il quale i funzionari pubblici preferiscono non prendere le decisioni che competono loro per evitare di incorrere in responsabilità.
Per tale ragione, il questionario ha dedicato ampio spazio al tema della responsabilità e interessanti sono state le risposte dei funzionari delle stazioni appaltanti. In particolare, alla domanda "*quali responsabilità intimoriscono e condizionano l'operato del RUP*?" su 4670 RUP, il 43% ha indicato la responsabilità erariale e quasi la stessa percentuale (45%) ha indicato invece la responsabilità penale, mentre poche reazioni si sono avute rispetto a quella amministrativa (8%) e civile (2%). Se si analizzano le risposte su base territoriale, invece, si nota che i RUP provenienti dalle regioni del nord e del sud[44] sono intimoriti principalmente dalla responsabilità penale, a differenza di quelli del centro preoccupati di più da quella erariale. Un dato interessante, inoltre, emerge in merito alle principali cause che conducono alla paura della firma: le stazioni appaltanti hanno fatto riferimento soprattutto alla complessità delle procedure e alla poca chiarezza delle norme, mentre le imprese hanno messo sotto accusa soprattutto la mancanza di preparazione dei dipendenti pubblici preposti alla gestione delle procedure contrattuali.
Secondo le risposte fornite dai RUP, non sembra che il legislatore sia ancora riuscito a trovare un punto di equilibrio tra efficacia dell'azione amministrativa e assetto normativo chiaro in cui il timore delle responsabilità non esponga a rallentamenti ed inerzie da parte dei funzionari. Va precisato, però, che i risultati dell'analisi risalgono a prima del decreto semplificazioni, n. 76/2020, convertito in legge n. 120/2020, che ha introdotto due novità di assoluto rilievo volte alla semplificazione nel campo dei contratti pubblici e dell'edilizia.
Tale provvedimento ha introdotto, da un lato, sanzioni in caso di ritardo del responsabile unico del procedimento nella conclusione delle procedure di gara, al fine di accelerare i tempi troppo spesso dilatati; dall'altro lato, ha previsto sia una disciplina temporanea nella quale, sino al 31 dicembre 2021, la responsabilità erariale è limitata solo ai fatti commessi con dolo[45], sia una regola generale in base alla quale la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso[46].

---

[44] Nell'indagine sono state coinvolte tutte le regioni d'Italia. Il Nord ricomprende: Friuli-Venezia Giulia, Veneto, Provincia autonoma di Trento, Emilia-Romagna, Valle d'Aosta, Piemonte, Liguria e Lombardia. Il Sud: Campania, Basilicata, Puglia, Calabria, Sicilia e Sardegna. Invece il Centro: Umbria, Toscana, Marche, Lazio, Molise e Abruzzo.

[45] Art. 21, d.l. 76/2020, chiarisce che limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2021, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente. Per una ricognizione sulle forme di responsabilità dei funzionari, si veda G. MANNUCCI, *Le responsabilità proprie dei funzionari*, in Rivista Trimestrale di diritto pubblico, 1, 2021, pag. 361 e ss.

[46] Il decreto Semplificazioni ha introdotto una modifica all'articolo 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20 prevedendo che "*la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso*". La norma chiarisce,

ISSN 2036-7821

La limitazione temporanea di responsabilità solo per dolo nelle ipotesi di condotte commissive, e non nei casi di quelle omissive o inerzia per le quali si continua ad applicare la disciplina generale secondo cui al soggetto agente viene addebitata la responsabilità amministrativa non solo in caso di dolo, ma anche in caso di colpa grave[47], infatti, è un importante passo in avanti del legislatore per contrastare l'immobilismo della pubblica amministrazione.

Per fronteggiare il fenomeno noto anche come "burocrazia difensiva" [48] e al contempo agevolare in ogni modo la ripresa economica dopo il blocco delle attività produttive imposto dalle misure di contenimento della pandemia da Covid-19, il d.l. Semplificazioni, oltre ad aver delimitato la responsabilità amministrativo-contabile, si è mosso anche sul versante penale ridimensionando la portata della fattispecie incriminatrice dell'abuso d'ufficio ex art. 323 c.p. In particolare, l'area penalmente rilevante viene circoscritta all'inosservanza di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità[49].

Il legislatore, dunque, operando un'*abolitio criminis parziale*, è intervenuto su tre fronti: sull'oggetto, in quanto la violazione commessa deve riguardare una regola di condotta; sulla fonte, dovendo la regola violata essere specifica ed espressamente prevista da una legge o da un atto avente forza di legge; sul contenuto, in quanto la regola non deve lasciare spazi di discrezionalità. Con tale modifica, appare chiaro che l'intento principale è stato quello di circoscrivere la cornice applicativa dell'abuso d'ufficio alle sole violazioni che non comportino un previo esercizio della discrezionalità amministrativa, affinché i funzionari pubblici abbiano certezza su quali siano gli specifici comportamenti puniti dalla legge[50].

---

infatti, che il dolo va riferito all'evento dannoso in chiave penalistica e non in chiave civilistica, come invece risulta da alcuni orientamenti della giurisprudenza contabile che hanno ritenuto raggiunta la prova del dolo inteso come dolo del singolo atto compiuto. A questo proposito, si deve evidenziare come fosse sin qui controverso il criterio di individuazione dell'elemento soggettivo del dolo nelle fattispecie di danno erariale.

[47] Gli eventi che possono determinare la condizione di responsabilità per colpa grave del RUP sono: l'evidente e marcata trasgressione degli obblighi di servizio; l'adozione di regole di condotta contrarie al criterio di diligenza normalmente richiesto; per le attività che devono essere svolte e pienamente prevedibili in relazione ai compiti assegnati; palese imperizia o imprudenza non motivata da alcun fattore esterno; valutazione gravemente carente delle conseguenze di atti o disposizioni in termini di alterazione o ritardo delle procedure da eseguire. Per un approfondimento sull'istituto della responsabilità amministrativa, si veda L. MASTROIANNI, *Le nuove frontiere della responsabilità amministrativa: operatori pubblici e danno erariale*, in dirittoegiustizaonline.it.

[48] Per burocrazia difensiva si intende il rischio che il funzionario amministrativo non assuma decisioni o condotte utili alla realizzazione dell'interesse pubblico, e ne assuma invece altre, o resti inerte, per timore che da quelle scelte possa subire conseguenze negative a proprio carico. Cfr. S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in Riv. Trim. di dir. Pub., n. 1/2019, p. 293 e ss.

[49] La disciplina contenuta nell'art. 323 c.p. è stata oggetto di una pluralità di riforme da parte del legislatore, intervenuto prima nel 1990 con la legge n. 86/1990, poi nel 1997 con la legge n. 234/2017 e, infine, con la legge n. 120/2020, di conversione del d.l. 76.2020. F. ROTONDO, *Linee guida ANAC ed abuso d'ufficio: principio di legalità e modifiche mediate della fattispecie incriminatrice,* in *Penale Diritto e Procedura*, 13 maggio 2020.

[50] Governo, comunicato stampa del 7 luglio 2020, su www.governo.it.

ISSN 2036-7821

Inoltre, alla luce della posizione di garanzia che i RUP ricoprono, è configurabile anche una co-responsabilità – nel caso in cui il RUP debba svolgere un'attività di sorveglianza - insieme al responsabile dei lavori, al coordinatore per la sicurezza durante la progettazione dei lavori e al coordinatore per la sicurezza durante l'esecuzione dei lavori, sia nella fase genetica dei lavori in cui sono redatti i piani di sicurezza, che nella fase della loro attuazione.
Questo, dunque, conferma la delicatezza del ruolo del responsabile unico. Inoltre, secondo recente giurisprudenza, la responsabilità del RUP "non potrà considerarsi esclusa o attenuata in caso di propria condotta omissiva, (…) neppure in presenza di un comportamento negligente di un altro titolare di posizione di garanzia"[51]. In sintesi, con l'intervento del decreto Semplificazione si sta cercando di raggiungere una situazione in cui, garantendo maggiore discrezionalità al dipendente pubblico e riducendo il rischio di azioni giudiziarie in caso di decisioni prese in condizioni di incertezza, possa essere ridotta notevolmente la c.d. paura della firma. Dunque, non ci resta che attendere che trascorra un lasso di tempo necessario al fine di verificare in che modo tali modifiche abbiano impattato sull'attività dei dipendenti pubblici e sul settore degli appalti[52], augurandoci che questa volta, in considerazione della peculiarità del ruolo assunto dal responsabile unico all'interno delle procedure ad evidenza pubblica, le diverse forme di responsabilità - così come previste - siano di stimolo e non di disincentivo[53].

6. Il sistema di formazione continua a livello nazionale e a livello locale.

Nell'ottica di quanto finora riportato, la formazione gioca dunque un ruolo fondamentale.
L'esigenza di implementare i corsi di formazione e aggiornamento è emersa più volte dalla indagine conoscitiva effettuata da Conferenza dei presidenti delle regioni, Confindustria, Ance e il Centro Vittorio Bachelet della Luiss. Infatti, tra i 4670 RUP a cui è stato somministrato il questionario, all'opzione "*formazione continua ed aggiornamento costante dei dipendenti impiegati nel settore dei contratti pubblici*" come

[51] Corte di Cassazione, sez. IV pen., 29 gennaio 2020, n. 3742. La Suprema Corte ha confermato gli obblighi prevenzionistici e la co-responsabilità del RUP, sostenendo che sul responsabile "*grava una posizione di garanzia connessa ai compiti di sicurezza non solo nella fase genetica dei lavori, laddove vengono redatti i piani di sicurezza, ma anche durate il loro svolgimento, ove è previsto che debba svolgere un'attività di sorveglianza del loro rispetto*".

[52] In generale, il decreto semplificazione rappresenta sicuramente una riforma ambiziosa e coraggiosa, che ha il merito di intervenire concretamente sulle principali cause che impediscono o comunque rallentato la realizzazione delle infrastrutture nel nostro Paese. Il decreto interviene sulle procedure di affidamento dei contratti pubblici, sulla inerzia dei funzionari pubblici e sul rito appalti al fine di accelerare la definizione del contenzioso. Tuttavia, non mancano già alcune riflessioni critiche: S. TORDINI CAGLI, *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, in *Penale diritto e procedura*, 25 febbraio 2021. A. MANNA, G. SALCUNI, *Dalla burocrazia difensiva alla difesa della burocrazia? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Legislazione penale*, 17 dicembre 2020;

[53] Corte costituzionale, 20 novembre 1998, n. 371.

ISSN 2036-7821

azione che contribuirebbe maggiormente a migliorare l'operato delle stazioni appaltanti, su una scala da 1 a 5[54], in cui 5 indica completamente, il 93% ha risposto indicando i valori da 3 a 5, mentre solo il 2% ha indicato i valori 1 e 2[55]. Tuttavia, è da evidenziare che tra coloro che reputano fondamentale la formazione e l'aggiornamento, l'83% è *over* 45 anni, mentre solo il restante 17% è *under* 45. Da questo squilibrio sembrerebbe emergere da un lato, che il ruolo del RUP sia ricoperto principalmente dai più maturi, sia per ragioni legate all'esperienza e alla competenza richiesta per esercitare tale funzione, sia perché in generale scarseggiano le figure più giovani nella pubblica amministrazione[56]; dall'altro, invece, che apparentemente l'esperienza sul campo non basta in un contesto in cui la normativa è in continua evoluzione[57].

Anche da tale quadro generazionale e culturale, dunque, si evince l'importanza di una continua formazione, che deve essere certamente considerata una dimensione costante e fondamentale del lavoro e uno strumento essenziale nella gestione delle risorse umane, che però vada di pari passo con l'adozione di uno stabile sistema di reclutamento[58]. Le organizzazioni, inoltre, dovrebbero dare maggiore importanza anche alle *soft skills* dei dipendenti, al fine di pianificare e programmare le attività formative tenendo conto delle esigenze e delle inclinazioni degli individui: in tal modo si potrebbe stimolare negli individui un comportamento tale da produrre risultati più agevolmente. Per tale ragione è necessario istituire strutture particolarmente qualificate ed efficaci dedicate alla formazione e alla valorizzazione del personale.

L'importanza delle competenze e delle conoscenze da acquisire per svolgere i compiti relativi alle procedure di appalto è stata confermata anche dalla nuova strategia europea in materia di appalti pubblici[59]. La Commissione europea, infatti, ponendosi in linea di continuità con le direttive del 2014[60], il 3 ottobre 2017, con la

[54] Secondo la scala di valori da 1 a 5: 1 indica l'indice di gradimento "per niente", 2 "poco", 3 "abbastanza", 4 "molto" e 5 "completamente".

[55] Il restante 5% non ha risposto alla domanda.

[56] L'età media del personale pubblico è di 50,7 anni, il 16,9% di dipendenti è over 60 e solo il 2,9% è under 30. Si veda L. CARBONE, *Recovery Plan e PA, tre linee d'azione per un salto di qualità*, ilsole24ore, 26 febbraio 2021.

[57] I fattori che costantemente spingono a richiedere corsi di formazione sono esterni all'amministrazione, come la crescita della domanda sociale di istruzione e competenza professionale, i cambiamenti nelle dinamiche offerta/domanda di lavoro, nuove applicazioni scientifiche e tecnologiche ai processi di produzione, di servizio e amministrativi. Ma possono essere interni, come mutamenti strutturali, razionalizzazione di settori dell'organizzazione e di procedure di lavoro, settorializzazione, introduzione di sistemi digitali e modifiche dei sistemi di gestione delle risorse umane.

[58] Direttiva su formazione e valorizzazione del personale delle Pubbliche amministrazioni 2001/2002

[59] Comunicazione, Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa, COM (2017)572 del 3 ottobre 2017.

[60] Dir. 2014/24/UE sugli appalti pubblici, Dir. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione e Dir. 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE. Le tre direttive sono state pubblicate nella GUUE L. 94 del 28 marzo 2014.

ISSN 2036-7821

Comunicazione COM/2017/572[61] ha presentato le direttrici della nuova strategia europea in materia di appalti pubblici, corredate da una serie di indicazioni complementari, tra cui la Raccomandazione per gli orientamenti in materia di professionalizzazione (C/2017/6654), al fine di indirizzare gli Stati membri a migliorare ogni fase della procedura di aggiudicazione delle commesse pubbliche. Secondo l'UE, infatti, rafforzare e sostenere la professionalità degli operatori nel settore degli appalti pubblici può contribuire a promuovere l'impatto di tale settore sull'intera economia[62].

La Raccomandazione, nello specifico, detta le modalità con cui dovrebbe articolarsi una politica di professionalizzazione efficace, per incoraggiarne lo sviluppo e l'attuazione da parte degli Stati Membri. Le amministrazioni pubbliche sono chiamate ad affrontare molte sfide, tra cui quelle di migliorare la propria offerta formativa e di innalzare la qualità della formazione. Sul punto, si dimostra sempre più importante l'elaborazione di un linguaggio comune in materia di appalti, al fine di permettere un confronto anche in un contesto internazionale[63]. Questo permetterebbe anche la costruzione di un quadro comune europeo, c.d. *European Competence Framework for Public Procurement*, fondamentale per lo sviluppo di capacità specifiche, per il mantenimento nel lungo periodo dei profili professionali e per la progettazione delle attività di formazione[64].

Secondo la Commissione, dunque, è necessario sviluppare un'architettura politica adeguata alla professionalizzazione, migliorare la formazione e la gestione delle carriere dei professionisti degli appalti pubblici e garantire la disponibilità di strumenti e metodologie atte a sostenere la pratica professionale degli appalti pubblici.

Il tema delle misure da adottare al fine di promuovere la specializzazione, l'aggregazione e la condivisione delle competenze è stato già affrontato più volte nel nostro ordinamento. I corsi di aggiornamento e la preparazione del personale sono stati infatti spesso al centro di diversi piani volti ad assicurare il miglioramento del settore pubblico[65]. A livello nazionale, la principale istituzione che si occupa di

[61] Raccomandazione (UE) 2017/1805 della Commissione del 3 ottobre 2017 Costruire un'architettura per la professionalizzazione degli appalti pubblici, pubblicata nella G.U.U.E. L 259 del 7 ottobre 2017.

[62] Nel documento di lavoro dei servizi della Commissione [SWD (2015)202] che accompagna la strategia per il mercato unico vengono stimati a oltre 80 miliardi di EUR i potenziali vantaggi economici realizzati in seguito alla soluzione dei problemi connessi alla professionalizzazione.

[63] M. SIMONCINI, *Standards internazionali di qualità e formazione della dirigenza nazionale*, in B.G. MATTARELLA (a cura di), *La dirigenza dello Stato e il ruolo della Scuola superiore di pubblica amministrazione*, Roma, 2009, p. 12.

[64] M. COZZIO, *La nuova strategia europea in materia di appalti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo,* 1/2019, p. 60.

[65] Ad esempio, la Direttiva del 13 dicembre 2001 del Ministro per la Funzione pubblica sulla "Formazione e valorizzazione del personale delle Pubbliche Amministrazioni", ha rappresentato un momento significativo per lo sviluppo delle attività di formazione nelle organizzazioni pubbliche. P. CARDUCCI, *L'investimento in formazione nella Pubblica Amministrazione. La Direttiva Frattini,* in *Rassegna di cultura professionale*, 2002, Anno VI, n. 16.

ISSN 2036-7821

attività formative e di reclutamento dei funzionari e dei dirigenti dello Stato è la Scuola Nazionale dell'Amministrazione (SNA)[66]. La SNA, infatti, ad oggi è considerata il punto centrale del sistema unico della formazione pubblica, istituita per migliorare l'efficienza e la qualità della Pubblica Amministrazione italiana[67] e per porre un freno ai problemi storici della formazione in Italia, come ad esempio, l'incapacità di comprendere a priori i reali fabbisogni formativi delle pubbliche amministrazioni e l'assenza di sincronia tra la formazione e la riforma organizzativo-funzionale della PA[68].

Anche nel settore dei contratti pubblici, la Scuola, operando come un "agente interno" [69] dedicato alla formazione e all'aggiornamento professionale dei dipendenti pubblici, rappresenta un riferimento fondamentale per i dirigenti e funzionari che operano (o sono destinati a operare) nell'ambito delle commesse pubbliche e contribuisce in maniera efficace al miglioramento delle attività delle stazioni appaltanti, non solo e non tanto perché ha incrementato notevolmente il numero dei corsi di formazione, sia iniziale che continua[70], ma soprattutto perché ha disegnato le

[66] La SNA è una istituzione di alta cultura e formazione, sottoposta alla vigilanza della Presidenza del Consiglio, i cui compiti si sono ampliati con il d.l. n. 90 del 2014. La Scuola, infatti, ha come obiettivo principale quello di formare un personale esperto, qualificato e motivato, di garantire una crescita professionale continua e necessaria, nonché di supportare le amministrazioni nello sviluppo di una struttura di carriera volta a stimolare i funzionari pubblici a svolgere in maniera efficiente le proprie attività, motivandoli pertanto a conseguire dei risultati strategici.

[67] La formazione costituisce il *core business* della Scuola, rispetto ad altre, pur importanti funzioni, come quelle di ricerca (qui praticata) e di consulenza per le amministrazioni pubbliche. Cfr. B.G. MATTARELLA, *Introduzione*, in B.G. MATTARELLA (a cura di), *La dirigenza dello Stato e il ruolo della Scuola superiore di pubblica amministrazione*, 2009, p. 4. S. CASSESE, *ult. cit.*, p. 432. S. CASSESE, A che cosa serve la formazione dei dipendenti pubblici?, in Pol. del dir., 1989, p 431 e ss .

[68] Numerosi sono stati gli interventi di riordino e di riforma a cui la Scuola è andata incontro nei suoi più di cinquanta anni di attività. L'art. 21 del d.l. n. 90/2014 dispone la soppressione di cinque scuole di formazione delle pubbliche amministrazioni (la Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze del Ministero dell'Economia e delle Finanze, la Scuola Superiore dell'Amministrazione dell'Interno del Ministero dell'Interno, il Centro di formazione della Difesa del Ministero della Difesa, l'Istituto Diplomatico Mario Toscano del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale e la Scuola superiore di statistica e di analisi sociali ed economiche dell'ISTAT) e la contestuale assegnazione delle funzioni degli organismi soppressi alla Scuola nazionale dell'amministrazione (SNA). Per un approfondimento sul tema, cfr. M. MACCHIA, L. SALTARI, *La Scuola nazionale dell'amministrazione tra modello francese e prospettive di riforma*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3/2015, p. 313. V. LOSTORTO, *La formazione per le amministrazioni delle scuole confluite nella SNA*, in Formare la PA. Rapporto SNA 2017-2020, p. 155 e ss. Inoltre, come evidenziato nel Rapporto Giannini, a causa delle numerose norme e prescrizione la Scuola superiore della pubblica amministrazione e le altre scuole di singole amministrazioni avevano scarsa possibilità di azione. M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, 16 novembre 1979, p. 21.

[69] L. SALTARI, *Introduzione*, in Formare la PA. Rapporto SNA 2017-2020, p. 11 e ss.

[70] Dal 2017 al 2021 la quantità dei corsi è pressoché quadruplicata. Il numero di edizioni organizzate è passato da 146 edizioni del 2017 alle 393 del 2020. Inoltre, le previsioni per il 2021 migliorano ulteriormente il dato, portando il numero delle edizioni previste a 400, un volume triplo rispetto al 2017. Nell'ultimo quadriennio, sono stati effettivamente erogati 658 corsi; 1.299 edizioni; 27.924 ore di didattica; 63.838 partecipanti ai diversi percorsi formativi. Per un approfondimento sul tema della formazione continua della SNA, si veda E. ESPA, *Caratteristiche e obiettivi della formazione continua*, in Formare la PA. Rapporto SNA 2017-2020, p. 23 e ss.

ISSN 2036-7821

attività di formazione sulla base delle esigenze specifiche delle amministrazioni[71]. In questo modo, le attività di formazione hanno concorso a risolvere molte difficoltà che le amministrazioni aggiudicatrici si trovano ad affrontare in materia di appalti.
Nell'ambito dell'offerta formativa, la SNA non solo offre corsi singoli dedicati a tutti gli aspetti dell'attività dei RUP per soddisfare fabbisogni specifici delle amministrazioni[72], ma ha iniziato a confezionare dei "percorsi formativi" specialistici, composti da una pluralità di insegnamenti, pensati per fornire l'insieme delle competenze necessarie al RUP di una stazione appaltante[73]. La partecipazione ai corsi, inoltre, è a titolo gratuito solo per i dipendenti delle Amministrazioni centrali, degli organi costituzionali, delle Autorità indipendenti e dell'Istituto nazionale di statistica[74], mentre è soggetta al pagamento di una quota individuale di iscrizione per i dipendenti di tutte le altre amministrazioni pubbliche e per i dipendenti di soggetti privati[75].
Tuttavia, nonostante la Scuola appaia ben programmata e ben strutturata e abbia saputo rispondere alle differenti esigenze delle amministrazioni, dalle risposte dei RUP nel questionario pare che si senta ancora l'esigenza di ripensare il sistema della formazione pubblica[76]: probabilmente ciò è dovuto al fatto che risulta ancora ampio il divario tra la domanda e l'offerta formativa[77]. Infatti, l'aumento del numero di corsi non ha consentito comunque di soddisfare per intero la domanda di formazione dei

[71] La progettazione dell'offerta formativa a catalogo è stata costituita, in particolare, dalla consapevolezza che il fabbisogno maggiore di crescita e di sviluppo per i funzionari e i dirigenti dello Stato è, ad oggi, non tanto nell'accumulo di conoscenze specialistiche ma nella maturazione e nello sviluppo di capacità di comportamento. Per un approfondimento, si veda G. MANGIA, *Formare manager pubblici e usare la formazione come strumento di management: l'innovazione possibile*, in Formare la PA. Rapporto SNA 2017-2020, p. 45 e ss.

[72] I Corsi SNA in materia di contratti pubblici sono: Diploma di esperto in appalti pubblici; Il codice dei contratti pubblici (corso base, avanzato e seminario di aggiornamento); Analisi economica dei contratti pubblici; Il portale Acquisti in Rete – in collaborazione con Consip; Il Portale Acquisti in Rete: dalla ricerca all'acquisto. Strumenti gestionali e di negoziazione attraverso il portale MEF-Consip (corso dedicato al Ministero Economia e Finanza); Il nuovo Codice dei contratti pubblici: gli aspetti più rilevanti per l'esercizio della funzione di controllo; La gestione operativa dei contratti pubblici di servizi e forniture in ambito sociale: dalla *law in book* alla *law in action* (corso dedicato a Roma Capitale); Le sponsorizzazioni; Contratti pubblici – Seminario integrativo "il RUP: ruolo, funzioni e responsabilità"; Contratti pubblici – Seminario integrativo "la gestione del contratto di appalto di lavoro: strumenti e metodi per la risoluzione delle criticità"; Contratti pubblici – Seminario integrativo "Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici e soccorso istruttorio: strumenti di risoluzione delle criticità".

[73] Un esempio di percorso formativo è il "percorso RUP", che prevede un pacchetto di lezioni al fine di affrontare gli aspetti giuridici, tecnici e manageriali.

[74] L'elenco delle Amministrazioni per i cui dipendenti la partecipazione è a titolo gratuito è rinvenibile sul sito www.sna.gov.it, ove vi è indicato il Comparto delle Funzioni Centrali ex art. 3 del CCNQ per la definizione dei comparti e delle aree di contrattazione collettiva nazionale (2016-2018).

[75] La quota di iscrizione è a carico del datore di lavoro, amministrazione o soggetto privato, secondo le modalità descritte sulla pagina ufficiale della Scuola Nazionale della Amministrazione, in *www.sna.gov.it*.

[76] Puntando a competenze non prevalentemente giuridico-amministrative, ma più tecniche o più strategiche (*project management*, negoziazione, consultazione, *policy making*)

[77] Tra gli elementi che contribuiscono a definire le condizioni della domanda, bisogna far riferimento alla possibilità di esternalizzare certi servizi e quella di conferire incarichi di collaborazione nei settori ad alta competenza e al fattore economico.

ISSN 2036-7821

RUP, sicché la selezione dei partecipanti avviene sulla base del loro *curriculum*, delle loro motivazioni e del fabbisogno delle amministrazioni.
L'esigenza di stabilire una partecipazione limitata però non nasce per mancanza di spazi fisici, questione in parte anche risolta grazie all'uso della modalità *e-learning*[78], ma principalmente per esigenze didattiche: ad esempio, i corsi volti ad approfondire le tematiche necessarie per il responsabile unico del procedimento richiedono un approccio non solo teorico, volto ad inquadrare in modo più ampio le problematiche affrontate, ma anche pratico, enfatizzando così la discussione di casi concreti. Per tale motivo, aumentare il numero dei partecipanti non permetterebbe un confronto diretto con il docente e non faciliterebbe i dibattiti durante le lezioni[79].
Inoltre, con l'entrata in vigore del d.lgs. 75/2017, il numero dei funzionari da formare dipende dalle indicazioni espresse nel piano triennale dei fabbisogni di ogni amministrazione, nel quale vengono individuate le professionalità necessarie al raggiungimento dei fini istituzionali, tenuto conto del rispetto dei vincoli di spesa e di finanza pubblica.
Questo profilo si somma a un'altra fondamentale questione: le attività della Scuola sono rivolte principalmente alle amministrazioni centrali dello Stato. Di conseguenza viene data la precedenza alle domande di partecipazione provenienti da queste ultime rispetto a quelle provenienti dalle amministrazioni locali.
Tale aspetto mette in luce il divario che sussiste tra il sistema di formazione a livello nazionale e quello a livello locale. Gli enti locali, infatti, non sono dotati di una struttura centralizzata, ma organizzano le proprie attività di formazione autonomamente, sulla base delle proprie caratteristiche demografiche, delle disposizioni normative ed economico-finanziarie e del piano di formazione dei dipendenti[80].
Le amministrazioni locali, pertanto, si rivolgono, in base alle proprie esigenze e alle proprie disponibilità economiche – essendo le attività di formazione per loro

[78] Sembrerebbe, infatti, che il trasferimento delle attività didattiche alle modalità in e-learning, in risposta all'emergenza legata alla pandemia del Covid-19, grazie alla fruizione più ampia che tale modalità comporta, ha favorito notevolmente la maggiore partecipazione dei dipendenti pubblici (passando da un numero complessivo di 18.705 dipendenti nel 2019, alla cifra di 31.335 nel 2020). Questo aumento però non si è potuto raggiungere nei corsi volti alla formazione del RUP proprio per il metodo didattico richiesto per tali corsi. Per un approfondimento sull'introduzione delle metodologie *eLearning* nell'offerta formativa della SNA, si veda M. PIREDDU, G. RONCAGLIA, *La formazione online del personale pubblico e il percorso della SNA,* in Formazione PA. Rapporto SNA 2017/2020, p.31.

[79] I corsi inoltre assicurano l'apprendimento di competenze multidisciplinari, non solo giuridiche ma anche di carattere comparativistico e socioeconomico.

[80] L'art. 49-*ter* del nuovo CCNL del 2018 disciplina le modalità di redazione del Piano di formazione dei dipendenti: «I piani di formazione possono definire anche metodologie innovative quali formazione a distanza, formazione sul posto di lavoro, formazione mista (sia in aula che sul posto di lavoro), comunità di apprendimento, comunità di pratica.

ISSN 2036-7821

subordinate ad un costo[81] - a enti appositi come la SNA, la scuola dell'Associazione Nazionale Comuni Italiani o l'Istituto per la Finanza e l'Economia Locale oppure anche ad Università o enti privati.

Gli enti locali, inoltre, hanno sentito in particolar modo del taglio di spesa previsto dal d.l. 78/2010, che ha portato a una drastica diminuzione della capacità di spesa delle amministrazioni, riducendo considerevolmente diverse attività, tra cui anche quelle riguardanti la formazione[82]. Le possibilità economiche concesse per il finanziamento di Piani di formazione, dunque, sono diminuite a tal punto da avere avuto un impatto rilevante sull'intera organizzazione dedicata alla formazione[83] che, purtroppo, sembrerebbe perdurare tutt'ora[84]. Tale situazione è stata confermata anche da un'indagine condotta da *ForumPA* nel 2018, secondo la quale di fronte ai rigidi vincoli posti dallo Stato alle attività di formazione e aggiornamento, la presa di posizione più diffusa da parte dei dipendenti sembra essere stata quella dell'autoformazione[85].

---

[81] Il CCNL, all'art. 49-*ter*, prevede che gli enti locali devono stanziare una quota minima di risorse da destinare alla formazione del personale: in particolare, «una quota annua non inferiore all'1% del monte salari relativo al personale (…) Ulteriori risorse possono essere individuate considerando i risparmi derivanti dai piani di razionalizzazione e i canali di finanziamento esterni,

comunitari, nazionali o regionali». Inoltre, Gli enti possono assumere iniziative di collaborazione con altri enti o amministrazioni finalizzate a realizzare percorsi di formazione comuni ed integrati.

[82] Dopo l'entrata in vigore del d.l. 78/2010, numerose sezioni regionali della Corte dei Conti sono intervenute per escludere varie voci di spesa dai limiti imposti dall'art. 6 del decreto stesso. In particolare, i magistrati contabili hanno escluso dai limiti di spesa la formazione obbligatoria in materia di anticorruzione sulla base degli indirizzi forniti dai PNA, in materia di sicurezza sul lavoro, la formazione interamente finanziata nel 2009 attraverso contributi esterni15 e numerose altre casistiche. Da tali pronunciamenti è emerso che le spese per la formazione obbligatoria, sia essa generale o settoriale, non sono sottoposte ai vincoli imposti dall'art. 6 del decreto. Oltre ai numerosi interventi della Corte dei conti, sin dai primi anni di entrata in vigore del d.l. 78/2010 è stata chiamata in causa la Corte costituzionale in merito alla possibile presenza di elementi di incostituzionalità della norma, viste le enormi restrizioni che il presente decreto imponeva all'autonomia finanziaria di Regioni ed Enti locali. In due sentenze la Corte si è espressa circoscrivendo l'applicazione dell'art. 6 a tutela dell'autonomia finanziaria di Regioni ed Enti locali.

[83] Infatti, come mostra il 15° Rapporto nazionale sulla formazione nella PA, rispetto alla cifra media di 131€ che i Comuni investivano in formazione pro capite nel 2007 si registra nel 2011 un investimento che ammonta in media a circa 52€ (relazione FormezPA, 2013, p. 20). Con un altro indicatore, il 16° Rapporto nazionale sulla formazione nella PA rileva che, nel triennio successivo al 2010, le spese di formazione (comprensive di quelle obbligatorie e non soggette a vincoli di spesa) ammontano in media allo 0,2% del totale delle retribuzioni lorde del personale, rimanendo invariate nel 2012 e 2013. Relazione FormezPA, 2015, p. 37.

[84] A. LA MONICA, *La produzione della domanda di formazione negli Enti locali. Mutamenti normativi, vincoli di spesa, sistemi di disposizioni*, in Riv. Trim. di scienza dell'amministrazione, n.1/2019, p. 8

[85] All'indagine di ForumPA, nel 2018 hanno preso parte 1100 dipendenti pubblici, i quali hanno dichiarato che in mancanza di un sistema di formazione, le proprie competenze sono cresciute grazie all'autoformazione (48,5%) e all'esercizio del proprio ruolo (31,2%). Decisamente inferiore il numero di chi pensa che sia stata la formazione ricevuta a far aumentare le proprie competenze professionali (9,5%). Nel dettaglio, il 91,5% dei dipendenti intervistati aggiunge alla formazione offerta dalla propria organizzazione percorsi di autoformazione, quali la lettura di articoli e riviste specializzate (29,1%) la partecipazione a workshop, seminari o convegni (24,2%) e il 22,9% si occupa del proprio aggiornamento attraverso *webinar* o corsi *on line*. Relazione *ForumPA*, 2018, p. 30 e 31.

ISSN 2036-7821

Ciò dunque porta a riflettere sul fatto che, nonostante i notevoli passi in avanti della Scuola nazionale, appare ancora scarso l'investimento in formazione, soprattutto se si considera la condizione degli enti locali: sarebbe dunque importante che i repentini mutamenti organizzativi e normativi vengano accompagnati dalla creazione di adeguate strutture organizzative che si dedichino in particolare alla formazione per gli enti locali, al fine di garantire un modello che favorisca, incoraggi e premi la crescita professionale, promuova lo sviluppo delle competenze e la condivisione delle conoscenze, fondamentale volano di sviluppo dell'intero Paese. Sul punto, di fondamentale rilievo è anche il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), il quale dedica molta attenzione al tema delle competenze. Secondo il PNRR, infatti, "*sulle persone si gioca il successo non solo del Piano Nazionale, ma di qualsiasi politica pubblica indirizzata a cittadini e imprese*", divenendo determinante il miglioramento del sistema di reclutamento, di formazione e di valorizzazione del capitale umano. Parte degli obiettivi, nonché dei fondi del Piano, dunque, saranno dedicati alla definizione dei profili professionali e alla coerenza tra competenze e percorsi di carriera, attraverso una revisione dei percorsi di carriera della PA e una specifica azione a supporto delle medie amministrazioni locali (Provincie e Comuni da 25.000 a 250.000 abitanti)[86].

Ci si auspica che, anche in ragione del peculiare ruolo rivestito dal responsabile unico del procedimento in un settore strategico come quello dei contratti pubblici, le cui funzioni – tra l'altro – richiedono sempre di più una preparazione manageriale, tali riforme e investimenti sulla formazione vengano rivolti anche a tale figura,

[86] Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, p. 49. Secondo il Piano, "per raggiungere tali obiettivi si intende investire su due direttrici di intervento. Da un lato, una revisione dei percorsi di carriera della PA, che introduca maggiori elementi di mobilità sia orizzontale tra Amministrazioni, che verticale, per favorire gli avanzamenti di carriere dei più meritevoli e capaci e differenziare maggiormente i percorsi manageriali. Dall'altro, è prevista una specifica azione a supporto delle medie amministrazioni locali (Provincie e Comuni da 25.000 a 250.000 abitanti), sulla base del modello sul futuro dell'ambiente di lavoro già definito dalla Commissione Europea (*behaviours, bricks and bytes*, COM(2019) 7450), con il finanziamento di specifici programmi volti a una revisione dei processi decisionali e organizzativi (*behaviours*), a una riorganizzazione degli spazi di lavoro (*bricks*), e a una crescente digitalizzazione delle procedure (*bytes*), con acquisizione delle competenze specifiche, tramite formazione o attraverso l'immissione in ruolo di nuovo personale.

Importante sarà inoltre favorire, anche attraverso modelli di mobilità innovativi, l'accesso da parte di persone che lavorano nel privato più qualificato, in organizzazioni internazionali, in università straniere o presso soggetti pubblici e privati all'estero. Tema centrale di questa linea di azione è il miglioramento della capacità formativa della PA. A questo scopo l'intervento si articola su quattro assi: 1) Potenziamento della Scuola Nazionale dell'Amministrazione (SNA), anche attraverso la creazione di *partnership* strategiche con altre Università ed enti di ricerca nazionali; 2) Riorganizzazione e razionalizzazione dell'offerta formativa, a partire dalla predisposizione di specifici corsi *on-line* (MOOC) aperti al personale della PA sulle nuove competenze oggetto di intervento nel PNRR, con standard qualitativo certificato. Questi vanno integrati da una rigorosa misura dell'impatto formativo a breve e medio termine; 3) Creazione, per le figure dirigenziali, di specifiche *Learning Communities* tematiche, per la condivisione di *best practices* e la risoluzione di concreti casi di amministrazione; 4) Sviluppo di metodi e metriche di rigorosa misura dell'impatto formativo a breve medio termine".

ISSN 2036-7821

ripensando a un sistema che garantisca, indistintamente dalla posizione ricoperta all'interno della PA, o dal livello di governo, un costante aggiornamento professionale.

7. Le possibili soluzioni in grado di migliorare l'operato delle stazioni appaltanti: la centralizzazione delle committenze e il sistema di qualificazione.

In considerazione dei molteplici profili critici affrontanti nel presente lavoro, parte del questionario è stata dedicata anche alle possibili soluzioni che, secondo i dipendenti pubblici e le imprese, possono essere in grado di migliorare l'operato delle stazioni appaltanti e quello del responsabile unico del procedimento.

Dai dati emersi si evince che, per entrambi gli attori, le principali azioni che dovrebbero essere implementate e perfezionate per rendere l'attività delle amministrazioni aggiudicatrici più efficiente sono: un sistema di formazione continua e un aggiornamento costante dei dipendenti impiegati nel settore dei contratti pubblici (93% RUP e 82% imprese), lo sviluppo dei processi di digitalizzazione e semplificazione nella gestione degli affidamenti pubblici (82% RUP e 84% imprese) e nuove assunzioni di personale dotato di specifica competenza ed esperienza (81% RUP e 70% imprese). I RUP, inoltre, si sono espressi molto a favore anche dei meccanismi di premialità (79%) e di miglioramento delle carriere e degli stipendi dei dipendenti (81%)[87].

Infine, tra le soluzioni proposte, si è fatto riferimento anche all'attuazione del sistema di qualificazione e professionalizzazione delle stazioni appaltanti (72% RUP e 75% imprese) e al sistema di centralizzazione e aggregazione della committenza (52% RUP e 53% imprese).

[87] L'istituto degli incentivi per la programmazione e per la progettazione, con lo scopo di incoraggiare l'attività del Responsabile unico del procedimento e degli incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo, nonché dei collaboratori del RUP, è stato modificato più volte dagli interventi legislativi che hanno interessato il codice dei contratti pubblici. Ad oggi, l'articolo 113 del d.lgs. n. 50/2016, rubricato "Incentivi per funzioni tecniche", prevede che le amministrazioni aggiudicatrici destinano ad un apposito fondo di risorse finanziarie in misura non superiore al due per cento modulate sull'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti interni (le attività relative alla programmazione della spesa per investimenti, alla valutazione preventiva dei progetti, alla predisposizione ed al controllo delle procedure di gara e di esecuzione dei contratti pubblici, alle attività del RUP, del direttore dei lavori, direttore dell'esecuzione, del collaudo e verifica di conformità). Questa modalità di remunerazione applicabile anche ai dipendenti delle Centrali Uniche di Committenza e per gli appalti di servizi e forniture, ad eccezione delle amministrazioni che abbiano stipulato specifici contratti o convenzione (oltre ai dirigenti). L'ottanta per cento delle risorse finanziarie del fondo è ripartito, per ciascuna opera o lavoro, servizio, fornitura, con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale, sulla base di apposito regolamento adottato dalle amministrazioni secondo i rispettivi ordinamenti, tra il responsabile unico del procedimento e gli altri soggetti coinvolti. Il restante 20%, invece, è destinato all'acquisto di beni e strumentazioni, possibilità di finanziamento di tirocini formativi e di dottorati di ricerca. L'incentivo è disposto da Dirigente o Responsabile del Servizio, mentre il limite è del 50% dell'importo annuo lordo dello stipendio del dipendente.

ISSN 2036-7821

In merito a tale ultimo aspetto, a cui si dedicherà solo un breve cenno data la complessità e vastità del tema[88], è interessante vedere che solo il cinquanta per cento degli attori coinvolti nel questionario si è mostrato a favore delle centrali di committenza, che rappresentano, insieme al sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, uno dei profili più innovativi del Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 50/2016[89].

L'introduzione della centrale di committenza ai sensi dell'art. 37 del codice, infatti, consente la realizzazione di un sistema accentrato di acquisti nel settore pubblico, volto a garantire maggiore qualità della prestazione ed efficienza della spesa. La centralizzazione degli acquisti, inoltre, si ritiene fondamentale in quanto permette di accelerare il processo di professionalizzazione del personale nel settore appalti[90]: difatti, affidando la gestione delle procedure contrattuali a soggetti esperti, si eviterebbe che la disciplina normativa dei contratti pubblici, così complessa e continuamente aggiornata, venga applicata da amministrazioni che spesso – come abbiamo visto - sono prive di professionalità necessarie o di competenze adeguate[91].

La qualificazione delle stazioni appaltanti, invece, è la modalità prevista dall'art. 38 del d.lgs. 50/2016 con cui quest'ultime attestano il proprio possesso della capacità organizzativa e professionale necessaria ad indire appalti di lavori, servizi e forniture per importi, settori merceologici ed aree territoriali diverse. Inoltre, anche il tema della qualificazione contribuirebbe ad assicurare la creazione di amministrazioni più competenti e, quindi, maggiormente preparate ad esercitare in maniera adeguata gli strumenti di flessibilità offerti loro dall'ordinamento europeo e nazionale, così da far fronte al meglio alle richieste del mercato[92].

---

[88] Per un più ampio approfondimento sul tema, vista la molteplicità di profili problematici che da esso emergono, si veda la letteratura più recente: E. MORLINO, *Centralizzazione degli acquisti pubblici ed enti locali: la prospettiva europea nel caso Asmel*, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, n. 2/2021, p. 315 e ss.; G. RACCA, *La Corte di giustizia e le scelte nazionali per una efficiente e trasparente aggregazione dei contratti pubblici: una sfida per l'evoluzione digitale della "funzione appalti" nazionale, regionale e locale,* in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, n. 2/2021, p. 185 e ss.

[89] B.G. MATTARELLA, *La centralizzazione delle committenze*, in Giornale di diritto amministrativo, n. 5/2016, p. 613.

[90] L. FIORENTINO, Le centrali di committenza, in L. FIORENTINO e C. LACAVA (a cura di), Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici, in Quaderni del giornale di diritto amministrativo, n. 9/2004, p. 63 e ss.

[91] B.G. MATTARELLA, *ult. cit.*, p. 614.

[92] L'art. 38, d.lgs. 50/2016, attribuisce all'ANAC la predisposizione di un apposito elenco di stazioni appaltanti qualificate in grado di garantire almeno una efficiente programmazione, progettazione e affidamento di un appalto sia esso di lavori, servizi o forniture attraverso il possesso di requisiti base e di requisiti premianti tra cui si citano: la presenza di strutture organizzative stabili; la formazione e l'aggiornamento del personale; il numero di gare svolte nel quinquennio precedente; la presenza di varianti nelle gare gestite o il rispetto dei tempi e dei costi di esecuzione. Per un approfondimento, si veda: F. MATALUNI, *Disciplina e qualificazione delle stazioni appaltanti (Artt. 37-39, 41-43)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, II ed., Torino, p. 345. Tema di fondamentale importanza, come sottolinea lo stesso Consiglio di Stato nel proprio parere al Codice: «le nuove procedure e criteri di affidamento, particolarmente innovativi [...] richiedono stazioni appaltanti competenti e specializzate, che padroneggino gli strumenti e siano in grado di governare le procedure» (Cons. Stato, parere 1° aprile 2016, n. 855, p. 45).

ISSN 2036-7821

La centralizzazione delle committenze e la qualificazione delle stazioni appaltanti, dunque, assumono un importante rilievo non solo sotto il profilo della razionalizzazione della spesa pubblica nel settore dei appalti, o della riduzione dei costi e dei tempi di espletamento delle gare, ma anche della formazione del personale: infatti professionalizzando le amministrazioni aggiudicatrici, queste sarebbero più competenti e capaci di operare sul mercato, anche al fine di sfruttare al meglio l'ampia discrezionalità e flessibilità di azione che viene loro concessa all'interno del settore in esame. Inoltre, stazioni appaltanti più competenti e più professionali riducono le occasioni di errore nell'aggiudicazione dei contratti pubblici nonché quelle di incorrere in fenomeni corruttivi.
Gli articoli 37 e 38 del Codice dei contratti pubblici, quindi, letti in maniera congiunta possono rappresentare una valida soluzione non solo per la riorganizzazione dell'intero sistema appalti, ma anche per ridurre la complessità e la mole di lavoro per i RUP: infatti, da un lato, le centrali di committenza fanno dell'attività di aggiudicazione dei contratti pubblici la propria funzione principale, se non esclusiva, quindi il personale, specializzandosi nel settore dei contratti pubblici, diviene sempre più competente e preparato; dall'altro, con il sistema di qualificazione, la riduzione del numero delle stazioni appaltanti comporterebbe una conseguente diminuzione del numero dei soggetti da formare e anche da controllare, facilitando e velocizzando l'espletamento delle procedure[93].

8. Conclusioni.

Alla luce dei dati emersi dall'analisi condotta, appare in maniera chiara che i dipendenti delle stazioni appaltanti hanno una certa difficoltà ad applicare il Codice dei contratti pubblici.
I responsabili unici del procedimento, il più delle volte, esprimono una sensazione di inadeguatezza e di incertezza rispetto alle attività cui sono preposti ed evidenziano la necessità di semplificare le procedure nell'ambito del procedimento ad evidenza pubblica.
Le principali preoccupazioni derivano dalla scarsa chiarezza delle disposizioni normative e dalla mancanza di un sistema organico di formazione e aggiornamento professionale, che permetterebbe agli stessi di saper circoscrivere il proprio potere di azione in modo da non avere paura di incorrere in responsabilità.
L'instabilità normativa, le numerose competenze tecniche e specifiche richieste ai RUP non supportate da un sistema organico di formazione e la previsione di responsabilità di diversa natura demotivano, infatti, gli operatori delle stazioni appaltanti ad assumere il ruolo di RUP.

[93] In tal senso, si vedano, F. MATALUNI, *ult. op. cit*, p. 349; R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in Dir. amm., 2010, pp. 325-354; G.M. RACCA, *Le prospettive dell'aggregazione nell'amministrazione dei contratti pubblici*, in Aperta Contrada (www.apertacontrada.it), 2014.

ISSN 2036-7821

Nonostante un quadro così fosco si intravedono però delle opportunità di miglioramento: dall'indagine sono emerse delle proposte su come motivare i funzionari pubblici ad assumere il ruolo di RUP: il 44% degli operatori delle stazioni appaltanti ha indicato come possibile rimedio, ad esempio, la professionalizzazione del ruolo di RUP, attraverso una carriera distinta e autonoma rispetto agli altri funzionari; il 27% ha segnalato l'attuazione di un sistema di premi economici, di riconoscimenti in termini di visibilità e di promozioni di carriera per stimolare gli stessi ad essere più efficienti nell'esercizio delle proprie funzioni; il 24% ha suggerito, invece, la nomina di consulenti esterni o la creazione di una struttura interna dedicata all'assistenza al RUP.

Inoltre, per le ragioni che abbiamo visto sopra, pare che anche il sistema di centralizzazione degli acquisti e di qualificazione delle stazioni appaltanti consentirebbe di rendere più efficiente la gestione degli appalti e delle concessioni. La diminuzione dei centri di spesa, che ad oggi ne sono addirittura 36924[94], porterebbe a una riduzione consistente del numero dei RUP, permettendo di alleggerire l'impegno pubblico nell'organizzazione delle attività di formazione, necessarie a consolidare queste professionalità. Ciò non toglie, però, che anche in caso di centralizzazione della domanda o di gestione del sistema di qualificazione, sia necessario uno sforzo delle pubbliche amministrazioni, dovendo esse sia adattare i processi interni al continuo cambiamento dei bisogni e del mercato, sia procurarsi dotazioni tecniche e personale adeguato e specializzato[95].

Il problema principale rimane, dunque, quello di capire come investire sulle competenze tecniche e manageriali di chi è chiamato a gestire gli acquisti pubblici e come garantire un sistema stabile che assicuri una formazione continua sia a livello centrale che locale. Come abbiamo visto, la SNA rappresenta un esempio virtuoso di istituzione dedicata alle attività di formazione[96], tuttavia si notano ancora diversi limiti nel rapporto tra domanda e offerta. Inoltre, anche il PNRR rappresenta un'occasione per ridisegnare il Codice dei contratti pubblici e riorganizzare il sistema di formazione: il Piano, infatti, prevede espressamente che tale ambito dovrà essere riformato, intervenendo – tra l'altro - anche sulla riduzione e razionalizzazione delle norme in materia di appalti pubblici e concessioni, sulla riduzione degli oneri

[94] Secondo l'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti

[95] L. FIORENTINO, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in Giorn. dir. amm., n. 4/2016, p. 446.

[96] Ad esempio, la progettazione dell'offerta formativa a catalogo della SNA è stata costituita dalla consapevolezza che il fabbisogno maggiore di crescita e di sviluppo per i funzionari e i dirigenti dello Stato è, ad oggi, non tanto nell'accumulo di conoscenze specialistiche ma nella maturazione e nello sviluppo di capacità di comportamento. Cfr. G. MANGIA, *op. cit.*, p. 45.

Inoltre, il PNRR prevede anche il potenziamento della Scuola Nazionale dell'Amministrazione, attraverso la creazione di *partnership* strategiche con altre Università ed enti di ricerca nazionali. Cfr. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, p. 52. In tale prospettiva, il 7 ottobre 2021, è stato siglato un protocollo di intesa tra il Ministero dell'Università e della Ricerca e il Ministro per la Pubblica amministrazione.

ISSN 2036-7821

documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti alle procedure ad evidenza pubblica e sulla semplificazione e digitalizzazione delle procedure delle centrali di committenza[97].

In conclusione, il funzionamento del mercato del *public procurement* e l'efficienza della spesa pubblica giocano ad oggi un ruolo assolutamente centrale. Gli appalti rappresentano uno dei settori nevralgici di ripresa economica per il nostro Paese: perciò è indispensabile neutralizzare i fattori di disordine attraverso una riallocazione di ruoli, compiti e responsabilità[98].

[97] Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, p. 65 e 66. Secondo il Piano, nell'ambito dei contratti pubblici si interverrà con legge delega, il cui disegno di legge verrà sottoposto al Parlamento entro il 2021 e i decreti legislativi saranno adottati nei nove mesi successivi all'approvazione della legge delega.

[98] G. BIANCONI, Intervista a FILIPPO PATRONI GRIFFI, *Patroni Griffi: la ripresa? Necessarie leggi più chiare Ma attenti alla corruzione*, sul Corriere della sera del 15 aprile 2020.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'uso degli algoritmi nel processo penale ed amministrativo: analisi e confronto dei rispettivi metodi applicativi alla luce degli arresti giurisprudenziali in materia.

di Elisa Galloppa

(Dottoressa in Giurisprudenza - Praticante avvocato presso l'Avvocatura di Roma Capitale)

Sommario

1. Premessa introduttiva; 2. Brevi riferimenti all'ampia applicazione degli strumenti di intelligenza artificiale in ambito giuridico; 3. L'uso degli algoritmi nello svolgimento dell'attività amministrativa e sua conformità alle garanzie procedimentali; 4. Algoritmi e ordinamento italiano: i recenti arresti della giurisprudenza amministrativa in tema di decisione automatizzata; 5. L'utilizzo degli algoritmi nel processo penale, con particolare riferimento all'esperienza statunitense; 6. Considerazioni conclusive: limiti e opportunità sottesi alle applicazioni negli ambiti esaminati.

Abstract

The essay examines the use of algorithms in the administrative procedure, with a focus on the most recent rulings in the matter. The analysis shows the ambivalence of these instruments in the judicial sector: they implement efficiency of the decisions but, on the other hand, they undermine multiple procedural guarantees and administrative principles. The main issues are the lack of explainability of the algorithmic decision-making process and the risk of implicit bias hidden into the software. Moving forward, is assessed the impact of algorithms in the criminal procedure and how they affect the fair trail principles. In conclusion, is made a comparison between the criticalities and opportunities in both the examined areas.

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa introduttiva.

L'incertezza che caratterizza la nostra epoca ha spinto l'uomo a ricorrere sempre più frequentemente a strumenti che possano, in qualche misura, ridurla: l'automazione del processo decisionale a mezzo di algoritmi[1] è ormai una costante che pervade ogni ambito della quotidianità[2].

Nella società odierna, il cui imperativo è quello dell'efficienza ad ogni costo, le conquiste della "quarta rivoluzione" si pongono come un *pharmakòn*, un antidoto contro l'incertezza e la fallibilità delle valutazioni umane. Difatti, l'Intelligenza Artificiale[3] si è integrata nel nostro vivere al punto da essersi configurato un vero e proprio «*assistentato algoritmico del quotidiano*[4]», che sancisce la definitiva transizione nell'era digitale.

Per comprendere il potenziale applicativo di questi modelli matematici e l'impatto che hanno sulla realtà, si consideri che recentemente sono stati realizzati algoritmi in grado di riconoscere correttamente le emozioni dei soggetti analizzati, tramite l'analisi delle espressioni del volto[5]. Gli algoritmi sembrano in grado di comprendere atti e fatti che gli umani stessi non riuscirebbero a cogliere, risolvendo in modo efficiente problemi estremamente complessi. Appare naturale, stante la pervasività di tali strumenti, farsi travolgere dal c.d. "*automation bias*", in virtù del quale si ripone un'eccessiva fiducia nei confronti del contributo algoritmico, ritenuto oggettivamente neutrale e infallibile, dunque affidabile[6].

---

[1] Gli algoritmi possono eseguire operazioni di calcolo, di elaborazione dati e ragionamento automatizzato che sarebbero estremamente complesse per un essere umano: sulla base di un insieme di dati in ingresso (*input*), producono dei dati in uscita (*output*), operando con il potere della riduzione computazionale di alcuni elementi; lo scopo perseguito è rendere tali elementi calcolabili, quantificabili e misurabili tramite un linguaggio matematico. Cfr. A. Vespignani, *L'algoritmo e l'oracolo: come la scienza predice il futuro e ci aiuta a cambiarlo,* Il Saggiatore, Milano, 2019; B. Romano, *Algoritmi al potere: calcolo, giudizio, pensiero*, Giappichelli, Torino, 2018.

[2] A titolo esemplificativo, si pensi al *Recommandation System* sfruttato dai siti *di e-commerce* o dalle piattaforme d'intrattenimento che, sulla base degli interessi dell'utente, suggeriscono il contenuto che più si adatta alle preferenze di quest'ultimo. Le applicazioni algoritmiche sono pressoché sconfinate e si possono rinvenire in ogni campo: dalla finanza (per l'assegnazione del credito) alle risorse umane (per le assunzioni e il reclutamento di personale), dall'istruzione alla medicina (per effettuare prognosi e diagnosi precoci, ad esempio per il riconoscimento di patologie dalle radiografie, c.d *image recognition*, o per prevedere mutazioni genetiche).

[3] L'espressione fu utilizzata per la prima volta nel 1956 da John McCarthy in occasione di un convegno al Dartmouth College di Hannover, definendola come un processo consistente nel far sì che "una macchina si comporti in modi che sarebbero definiti intelligenti se fosse un essere umano a comportarsi così". Oggi l'innovazione tecnologica e il progresso hanno dimostrato che, operando con il potere della riduzione computazionale di alcuni elementi, è possibile replicare numerose funzioni cognitive dell'uomo. Lo stesso concetto di "Intelligenza Artificiale" rimanda a una concezione "antropomorfica" della macchina, che sarebbe così in grado di riprodurre determinate funzioni cerebrali appannaggio di un essere vivente dotato di logica.

[4] E. Sadin, *Critica della ragione artificiale: una difesa dell'umanità*, Luiss University Press, Roma, 2019.

[5] R. Sharma, R.B.Pachori, P.Sircar, *Automated Emotion Recognition based on Higher Order Statistics and Deep Learning Algorithm* in *Biomedical Signal Processing and Control*, 2020.

[6] Definito come «*possible endency of automatically relying or over-relying on the output produced by a high-risk AI system*» in Art. 14 § 4 lett. b) della proposta di Regolamento europeo dell'Intelligenza Artificiale della Commissione Europea presentata in data 21.4.2021; I contributi in materia sono numerosi, *Infra multis* D. Citron,

ISSN 2036-7821

Il fascino della perfezione degli automatismi non ha risparmiato il campo del diritto: la *technology disruption* sta ridefinendo il ruolo del giudice nel processo; si registra, difatti, una crescente tendenza «alla *digitalizzazione* dell'amministrazione della giustizia e alla sostituzione del lavoro dell'*homo juridicus* con il *software*[7]». Si è così innescato un processo di trasformazione non solo a livello antropologico, ma anche giuridico: i sistemi di intelligenza artificiale pongono nuovi e inaspettati quesiti, poiché sono coinvolte nuove entità, le cui decisioni e i cui risultati non sono integralmente l'effetto di azioni umane. Esse derivano da una serie di processi che, a seguito dell'istruzione della macchina, assumono autonoma capacità decisionale.
Scopo del presente contributo è quello di fornire strumenti di analisi dell'attuale scenario applicativo degli algoritmi in ambito amministrativo e penale, analizzando e confrontando le rispettive criticità e opportunità d'uso.
Il *fil rouge* della trattazione è l'ambivalenza degli strumenti oggetto di discussione, la cui applicazione si muove su un sottile crinale: quello tra mero supporto alle valutazioni del giudice e strumento delegato a decidere circa le questioni poste all'attenzione del magistrato. In definitiva, l'elaborato si pone in prospettiva critica, ma non preclusiva, rispetto alle recenti aperture del mondo giudiziario all' intelligenza artificiale L'incertezza che caratterizza la nostra epoca ha spinto l'uomo a ricorrere sempre più frequentemente a strumenti che possano, in qualche misura, ridurla: l'automazione del processo decisionale a mezzo di algoritmi[8] è ormai una costante che pervade ogni ambito della quotidianità[9].
Nella società odierna, il cui imperativo è quello dell'efficienza ad ogni costo, le conquiste della "quarta rivoluzione" si pongono come un *pharmakòn*, un antidoto contro l'incertezza e la fallibilità delle valutazioni umane. Difatti, l'Intelligenza Artificiale[10] si è integrata nel nostro vivere al punto da essersi configurato un vero e

---

Technological Due Process in *Washington University Law Review* 1249, 1271 (2008); K. Freeman, *Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in State v. Loomis*, 18 N.C. J.L. & Tech. 75 (2016), p.98.

[7] L.D'Agostino, *Gli algoritmi predittivi per la commisurazione della pena* in *Diritto penale contemporaneo,* 2019, pp. 354-373.

[8] Gli algoritmi possono eseguire operazioni di calcolo, di elaborazione dati e ragionamento automatizzato che sarebbero estremamente complesse per un essere umano: sulla base di un insieme di dati in ingresso (*input*), producono dei dati in uscita (*output*), operando con il potere della riduzione computazionale di alcuni elementi; lo scopo perseguito è rendere tali elementi calcolabili, quantificabili e misurabili tramite un linguaggio matematico. Cfr. A. Vespignani, *L'algoritmo e l'oracolo: come la scienza predice il futuro e ci aiuta a cambiarlo,* Il Saggiatore, Milano, 2019; B. Romano, *Algoritmi al potere: calcolo, giudizio, pensiero*, Giappichelli, Torino, 2018.

[9] A titolo esemplificativo, si pensi al *Recommandation System* sfruttato dai siti *di e-commerce* o dalle piattaforme d'intrattenimento che, sulla base degli interessi dell'utente, suggeriscono il contenuto che piu' si adatta alle preferenze di quest'ultimo. Le applicazioni algoritmiche sono pressoché sconfinate e si possono rinvenire in ogni campo: dalla finanza (per l'assegnazione del credito) alle risorse umane (per le assunzioni e il reclutamento di personale), dall'istruzione alla medicina (per effettuare prognosi e diagnosi precoci, ad esempio per il riconoscimento di patologie dalle radiografie, c.d *image recognition*, o per prevedere mutazioni genetiche).

[10] L'espressione fu utilizzata per la prima volta nel 1956 da John McCarthy in occasione di un convegno al Dartmouth College di Hannover, definendola come un processo consistente nel far sì che "una macchina si

ISSN 2036-7821

proprio «*assistentato algoritmico del quotidiano*[11]», che sancisce la definitiva transizione nell'era digitale.

Per comprendere il potenziale applicativo di questi modelli matematici e l'impatto che hanno sulla realtà, si consideri che recentemente sono stati realizzati algoritmi in grado di riconoscere correttamente le emozioni dei soggetti analizzati, tramite l'analisi delle espressioni del volto[12]. Gli algoritmi sembrano in grado di comprendere atti e fatti che gli umani stessi non riuscirebbero a cogliere, risolvendo in modo efficiente problemi estremamente complessi. Appare naturale, stante la pervasività di tali strumenti, farsi travolgere dal c.d. "*automation bias*", in virtù del quale si ripone un'eccessiva fiducia nei confronti del contributo algoritmico, ritenuto oggettivamente neutrale e infallibile, dunque affidabile[13].

Il fascino della perfezione degli automatismi non ha risparmiato il campo del diritto: la *technology disruption* sta ridefinendo il ruolo del giudice nel processo; si registra, difatti, una crescente tendenza «alla *digitalizzazione* dell'amministrazione della giustizia e alla sostituzione del lavoro dell'*homo juridicus* con il *software*[14]». Si è così innescato un processo di trasformazione non solo a livello antropologico, ma anche giuridico: i sistemi di intelligenza artificiale pongono nuovi e inaspettati quesiti, poiché sono coinvolte nuove entità, le cui decisioni e i cui risultati non sono integralmente l'effetto di azioni umane. Esse derivano da una serie di processi che, a seguito dell'istruzione della macchina, assumono autonoma capacità decisionale.

Scopo del presente contributo è quello di fornire strumenti di analisi dell'attuale scenario applicativo degli algoritmi in ambito amministrativo e penale, analizzando e confrontando le rispettive criticità e opportunità d'uso.

Il *fil rouge* della trattazione è l'ambivalenza degli strumenti oggetto di discussione, la cui applicazione si muove su un sottile crinale: quello tra mero supporto alle valutazioni del giudice e strumento delegato a decidere circa le questioni poste all'attenzione del magistrato. In definitiva, l'elaborato si pone in prospettiva critica,

---

comporti in modi che sarebbero definiti intelligenti se fosse un essere umano a comportarsi così". Oggi l'innovazione tecnologica e il progresso hanno dimostrato che, operando con il potere della riduzione computazionale di alcuni elementi, è possibile replicare numerose funzioni cognitive dell'uomo. Lo stesso concetto di "Intelligenza Artificiale" rimanda a una concezione "antropomorfica" della macchina, che sarebbe così in grado di riprodurre determinate funzioni cerebrali appannaggio di un essere vivente dotato di logica.

[11] E. Sadin, *Critica della ragione artificiale: una difesa dell'umanità*, Luiss University Press, Roma, 2019.

[12] R. Sharma, R.B.Pachori, P.Sircar, *Automated Emotion Recognition based on Higher Order Statistics and Deep Learning Algorithm* in *Biomedical Signal Processing and Control*, 2020.

[13] Definito come «*possible endency of automatically relying or over-relying on the output produced by a high-risk AI system*» in Art. 14 § 4 lett. b) della proposta di Regolamento europeo dell'Intelligenza Artificiale della Commissione Europea presentata in data 21.4.2021; I contributi in materia sono numerosi, *Infra multis* D. Citron, *Technological Due Process* in *Washington University Law Review* 1249, 1271 (2008); K. Freeman, *Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in State v. Loomis*, 18 N.C. J.L. & Tech. 75 (2016), p.98.

[14] L.D'Agostino, *Gli algoritmi predittivi per la commisurazione della pena* in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, pp. 354-373.

ISSN 2036-7821

ma non preclusiva, rispetto alle recenti aperture del mondo giudiziario all' intelligenza artificiale.

2. Brevi riferimenti all'ampia applicazione degli strumenti di intelligenza artificiale in ambito giuridico.

Il progresso tecnologico ha fornito valide soluzioni al problema della complessità tecnica, dei tempi e dei costi delle operazioni giudiziali, riuscendo a penetrare gradualmente anche in un settore sensibile come quello del diritto.

L'impronta dell'intelligenza artificiale nel processo è ormai rintracciabile in molteplici contesti: dalle banche dati giurisprudenziali all'uso di *chatbots* per l'assistenza legale, dall'analisi delle clausole contrattuali sino agli strumenti di valutazione del rischio in campo penale (I c.d *risk assessment tool)* [15], ma le potenzialità applicative sono pressoché sconfinate. Si pensi, a titolo di esempio, alle possibilità offerte dalla giustizia predittiva[16], in grado di prevedere l'esito della controversia ai fini di una migliore gestione delle *small claims* o per la determinazione dell'indennizzo in caso di risarcimento.

Anche nell'ambito della valutazione delle prove esistono numerosi *software* di intelligenza artificiale capaci di guidare l'apprezzamento del giudice: sono stati sviluppati diversi programmi[17] capaci di ricostruire i fatti sulla base di indizi che, in precedenti casi, hanno svolto un ruolo chiave nella ricerca[18].

A titolo esemplificativo il programma ALIBI, di fronte a uno specifico crimine, è in grado di prevedere le giustificazioni del comportamento che fornirebbe l'accusato. Impersonando il sospettato, esso produce delle osservazioni e delle spiegazioni alternative rispetto alle accuse mosse nei suoi confronti.[19]

Grazie al *Data Mining* è stato inoltre possibile individuare i luoghi in cui è più probabile rinvenire tracce di delitto: sulla base di dati provenienti da diverse scene

---

[15] Si tratta di algoritmi predittivi impiegati per calcolare la percentuale di rischio di recidiva del condannato entro un certo lasso temporale; come si approfondirà nel corso della trattazione, tali strumenti sono diffusi nel sistema statunitense, soprattutto in fase di *pretrial* (per stabilire se e quale misura cautelare applicare) e di *sentencing* vero e proprio.

[16] La giustizia predittiva ha la finalità di prevenire il possibile esito di un giudizio, fornendo agli utenti dei dati di prevedibilità circa il successo o insuccesso della causa che si intende promuovere, scoraggiando le cause "temerarie" o che non hanno possibilità di successo a livello giudiziario e, nel caso, incentivando a seguire altre strade come quella stragiudiziale.

[17] In argomento cfr. Nissan, *Digital technologies and artificial intelligence's present and foreseeable impact on lawyering, judging, policing and law enforcement*, Springer-Verlag, London, 2015.

[18] J. Nieva-Fenoll, *Intelligenza artificiale e processo*. Giappichelli, Torino, 2019, pp. 14 et ss.

[19] Il software scompone le azioni coinvolte nella sequenza criminosa separandole dalle loro connotazioni morali o legali: il termine "rubare" può essere interpretato come un semplice "prendere" in alcune circostanze, dunque non necessariamente oggetto di rimprovero; ALIBI simula una spiegazione in base alla quale l'atto del "prendere" risulti legittimo rispetto alla condotta dell'accusato. In arg. E. Nissan, *Digital technologies and artificial intelligence's present and foreseeable impact on lawyering, judging, policing and law enforcement*, Springer-Verlag London 2015, cit., p. 11.

ISSN 2036-7821

del crimine, vengono elaborati ipotetici luoghi del crimine, indirizzando le ricerche della polizia in questi punti [20].

Anche nell'ambito dell'elaborazione delle argomentazioni sono stati progettati programmi in grado di fornire - in un brevissimo lasso di tempo - una serie di argomenti a favore e contro, supportandoli con riscontri documentali. Detti programmi sono stati inoltre in grado di rilevare il ragionamento seguito dalle giurie nelle decisioni, permettendo di individuare il percorso logico seguito dai giurati.

Programmi come ROSS INTELLIGENCE individuano gli argomenti piu` solidi da utilizzare in fase di giudizio e altri, come RAVEL LAW[21], individuano le argomentazioni con maggiori probabilità di essere accolte dal giudice. L'algoritmo ricerca le decisioni e le citazioni di ogni singolo magistrato, l'argomento piu` persuasivo, le sue opinioni e i suoi scritti[22].

Il progresso si è spinto al punto che in Estonia si sta tentando di progettare un "giudice robot" che sia in grado di svolgere funzioni giudiziarie per le controversie di valore inferiore a settemila euro. Il fine perseguito e` alleggerire la mole di lavoro dei giudici per consentire a questi ultimi di concentrarsi sui casi piu` complessi[23]. Sulla base dei documenti processuali caricati sulla piattaforma dai ricorrenti, l'algoritmo dovrebbe essere in grado di analizzare la normativa pertinente e gli atti rilevanti, emanando una decisione sulla questione (fermo restando la possibilità appellare la decisione richiedendo l'intervento di un giudice umano).

Per quanto concerne gli strumenti di *risk assessment*, anche in Europa - come già avviene negli Stati Uniti - è iniziata la sperimentazione in ambito processuale: nel Regno Unito la polizia di Durham, in collaborazione con l'Universita` di Cambridge, ha ideato un programma denominato *Harm Assessment Risk Tool* (HART).

L'obiettivo dell'algoritmo e` predire la probabilita` che il condannato compia reati nei successivi due anni, classificandolo in base a un rischio basso, moderato o alto[24]. Il risultato e` utile per valutare l'idoneità dell'imputato a essere ammesso al programma di riabilitazione *Checkpoint*, alternativo all'esercizio dell'azione penale, possibile solo se il livello di rischio e` basso o moderato[25].

---

[20] J. Nieva-Fenoll, *ult. op. cit.*, p.15. Vedere sul punto anche R. Adderley, J.W. Bond, M. Townsley, *Predicting Crime Scene Attendance* in *International Journal of Police Science & Management*. 2007, pp. 312-323.

[21] In arg. Nissan, *Digital technologies and artificial intelligence's present and foreseeable impact on lawyering, judging, policing and law enforcement*, Springer-Verlag London 2015, pp. 8- 9.

[22] Programmi come ARGUMED e CATO facilitano il lavoro di ricerca e strutturazione delle argomentazioni giuridiche a supporto di conclusioni, presentando modelli argomentativi estrapolati da precedenti casi giudiziari. Cfr. V. Aleven, K. Ashley, *Evaluating a learning environment for case-based argumentation skills*. *ICAIL* ,1997.

[23] R. Banerjee, *Estonia develops "robot judge"*, The New statesman, Vol.148 (5474), 2019, p.5 e ss.

[24] M.Oswald, J. Grace, S. Urwin, G.C. Barnes, *Algorithmic Risk Assessment Policing Models: Lessons from the Durham HART Model and 'Experimental' Proportionality*, in *Information & Communications Technology Law*, n. 27, 2018.

[25] Quanto al meccanismo di funzionamento sostanziale, la stima avviene sulla base di 34 parametri, 29 dei quali basati sui precedenti del soggetto e i restanti comprendenti il sesso, i precedenti penali, l'eta` e due tipi di codice di

ISSN 2036-7821

Risulta evidente che, se impiegati in funzione di mero ausilio all'attivita` umana per le operazioni ripetitive e che non necessitano di valutazioni critiche, gli algoritmi possono fornire un contributo unico per lo sviluppo e l'efficienza del processo: gli avvocati possono utilizzare tale tecnologia per fornire ai loro clienti consigli piu` informati grazie a una valutazione empirica delle probabilita` di successo di una procedura, nonche´ incoraggiare la conclusione di transazioni che consentono di evitare un processo lungo e costoso[26].

Il tema dell'applicazione degli strumenti di AI in ambito processuale ha sollevato problemi etici, di responsabilita` e di rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti.

La possibilita` di elaborare macchine capaci di riprodurre le infinite e complesse funzioni umane, *in primis* l'intuito, è ancora lontana, tanto piu` in fase di giudizio, settore che necessita piu` di ogni altro del coinvolgimento di fattori umani e psicologici per il lavoro di interpretazione della norma[27]. Gli algoritmi non esauriscono la peculiarita` della condizione umana, che si sostanzia nella sua capacita` di eccedere la massa dei dati, che sono *mezzi* e non scopi[28]: non e` possibile delegare agli algoritmi dei procedimenti mentali che solo l'attivita` cognitiva dell'uomo e` in grado di elaborare.

E` necessario dunque stabilire dei confini oltre i quali non lasciar penetrare tali strumenti, preservando e valorizzando il ruolo certamente insostituibile dell'essere umano: si corre altrimenti il rischio che l'efficienza legale prevalga sull'equita`[29].

In ragione di quanto evidenziato, si è resa necessaria una puntuale regolamentazione del fenomeno[30], motivo per cui la Commissione Europea ha presentato ad aprile 2021

---

avviamento postale. Questo ultimo parametro rischia di acuire la discriminazione dei soggetti che provengono dalle zone piu` degradate. Inoltre, possono innescarsi dei *feedback loops*, in quanto «*Se la polizia risponde alle previsioni concentrando i propri sforzi sulle aree con codici postali a piu` alto rischio, piu` persone provenienti da queste aree verranno all'attenzione della polizia e saranno arrestate rispetto a coloro che vivono in quartieri a basso rischio e non mirati. Questi arresti diventano quindi risultati che vengono utilizzati per generare successive iterazioni dello stesso modello, portando a un ciclo di attenzione della polizia sempre maggiore.*» M. Oswald, *op.cit.*, pag. 28.

[26] CEPEJ, *Carta etica sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e nel loro ambiente*, 2018.

[27] L. De Renzis, *Primi passi nel mondo della giustizia «High Tech»: La decisione in un corpo a corpo virtuale fra tecnologia e umanita`* in Carleo A. (a cura di) *Decisione Robotica,* Il Mulino, Bologna, 2019.

[28] B. Romano, *ult. op. cit.*, p. 62.

[29] *Ibidem*

[30] Gia` nel 2016, con il GPDR in materia di protezione dei dati personali, il Parlamento e il Consiglio europeo avevano affrontato alcune criticita` legate all'impiego di meccanismi decisionali automatizzati di *machine learning*. Successivamente la strategia europea per la regolazione dell'AI e` stata implementata con la presentazione da parte della Commissione europea del documento *"L'intelligenza artificiale per l'Europa"* nell'Aprile del 2018. E` stato poi pubblicato il *"Piano coordinato sull'intelligenza artificiale"* ed istituito un Gruppo di esperti al fine di promuovere un AI trasparente e affidabile, culminato con l'adozione da parte del Consiglio d'Europa delle *"Ethics Guidelines for trustworthy AI* e della *"Carta etica europea sull'uso dell'Intelligenza artificiale sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari"*. Nello specifico, la Carta etica fissa i principi da osservare per un impiego consapevole dell'AI nei sistemi giudiziari: I) Il principio del rispetto dei diritti fondamentali; II) Il

ISSN 2036-7821

una proposta di regolamentazione[31] che stabilisce norme armonizzate in materia di intelligenza artificiale. La finalità della proposta è assicurare un livello di protezione sufficientemente adeguato dei diritti fondamentali sanciti nella CEDU, obbligando all'adozione di strumenti per garantire la qualità dei dati utilizzati e la trasparenza delle procedure e doveri di informazione.

3. L'uso degli algoritmi nello svolgimento dell'attività amministrativa e sua conformità alle garanzie procedimentali.

I diversi interventi di digitalizzazione dell'amministrazione, volti a migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti, hanno costituito il presupposto per l'impiego delle rilevanti potenzialità della c.d. "rivoluzione digitale" nel procedimento amministrativo.

La spinta all'implementazione di strumenti di supporto alla formazione della volontà amministrativa si fonda su guadagni in termini di efficienza e neutralità: come anche affermato dal Consiglio di Stato[32], gli algoritmi limiterebbero gli errori e le imperfezioni che inevitabilmente caratterizzano l'azione umana. L'utilità di tali strumenti è apprezzabile soprattutto in riferimento alle procedure "seriali" o "standardizzate", implicanti l'elaborazione di ingenti quantità di istanze e caratterizzate dall'acquisizione di dati certi e comprovabili e dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale.

L'asserita neutralità dell'algoritmo e la sua capacità di processare enormi quantità di dati in breve tempo hanno condotto a riporre un'eccessiva fiducia nei confronti del suo *outcome*. Si rende necessaria, in tale ottica, una profonda riflessione sul tema, per scongiurare un impiego acritico e lesivo dei diritti costituzionalmente garantiti.

Numerosi studi[33] hanno dimostrato come il procedimento dell'algoritmo sia tutt'altro che neutrale: le operazioni di quest'ultimo, infatti, sono «*frutto di precise scelte e di*

---

principio di non-discriminazione; III) Il principio di qualità e sicurezza; IV) Il principio di trasparenza, imparzialita` e equita`; V) Il principio del controllo da parte dell'utilizzatore.

Nel Febbraio 2020 e` stato infine adottato da parte della Commissione europea il "*Libro bianco sull'intelligenza artificiale*", in cui sono definiti approcci normativi e orientamenti che hanno come obiettivo la predisposizione di una strategia per allineare gli sforzi a livello europeo, nazionale e regionale nello sviluppo sicuro e affidabile dell'AI in Europa, nel rispetto dei valori e dei diritti dei cittadini UE per creare un "ecosistema di eccellenza e fiducia" dove i diritti fondamentali dei cittadini siano garantiti anche limitando le applicazioni considerate ad alto rischio.

[31] Denominato "*Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on Artificial Intelligence and amending certain Union legislative acts*" .

[32] Cons. Stato, Sez. VI, sent. n. 8472/2019.

[33] *Infra multis*, A. Chouldechova , D. Benavides-Prado , O. Fialko , *A Case Study of Algorithm-Assisted Decision Making in Child Maltreatment Hotline Screening Decisions* in SA Friedler and C Wilson (eds), *Proceedings of the 1st Conference on Fairness, Accountability and Transparency, Proceedings of Machine Learning Research* ,Vol 81, 2018; D. Ensign , Friedler SA, S. Neville, '*Runaway Feedback Loops in Predictive Policing*' Proceedings of the 1st Conference on Fairness, Accountability and Transparency (FAT*) (2018); Anne L. Washington, *"How to Argue with an Algorithm: Lessons from the COMPAS-ProPublica Debate,"* in *Colorado Technology Law Journal* 17, no. 1 (2018): 131-

ISSN 2036-7821

valori, consapevoli o inconsapevoli[34]». Non è un caso che siano stati definiti delle "opinioni codificate[35]": i programmatori potrebbero introdurre i loro pregiudizi – volontariamente o inconsapevolmente – all'interno del codice sorgente.
Ecco, dunque, che gli indubbi vantaggi che i modelli matematici offrono *in astratto* si scontrano con difficoltà applicative *in concreto*: un rischio è rappresentato proprio dai c.d. *implicit bias* nascosti all'interno del codice sorgente[36] o dei *data* utilizzati[37]. Di conseguenza, in assenza di correttivi in sede di programmazione, l'algoritmo potrebbe riservare a determinate categorie sociali un trattamento deteriore[38].
Un ulteriore aspetto critico legato all'impiego degli algoritmi è il c.d. "vizio di opacità": il meccanismo di funzionamento, basato sul *Machine Learning*[39], non consente di stabilire in che modo il *software* sia giunto a quello specifico risultato, né quali siano stati i fattori coinvolti nella decisione o il peso loro attribuito.
A tal proposito, in riferimento a modelli di cui è possibile descrivere solo il comportamento esterno (*output*), ma di cui non si è in grado di conoscere e/o comprendere il funzionamento interno, è stata coniata l'espressione "*black boxes*[40]".

160; J. Angwin, J. Larson, S. Mattu e L. Kirchner, *Machine Bias*, ProPublica in https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing

[34] Consiglio di Stato nella sentenza n. 2270/2019.

[35] C. O' Neil, *Armi di distruzione matematica. Come i Big Data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, Bompiani, Firenze, 2017.

[36] Il quale potrebbe riflettere i preconcetti propri del programmatore o generati dai valori di riferimento dell'organizzazione in cui il programmatore opera (si pensi all'inclusione o l'esclusione di caratteri che identificano o rinviano ad una categoria protetta, a rischio di discriminazione); In arg. P. Zuddas, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, in *Liber amicorum* per Pasquale Costanzo, 16 marzo 2020.

[37] L'algoritmo utilizza dei *training data* per alimentarsi: tali dati possono facilmente riflettere *bias* di chi li ha selezionati o, più banalmente, contenere errori dovuti a generalizzazioni basate su mezzi di raccolta non adeguati, dati parziali, incoerenti o non adeguatamente rappresentativi delle minoranze coinvolte. Se il campione di dati raccolti risulta sensibilmente più ampio per un certo gruppo e molto più esiguo per un altro, il gruppo sovra-rappresentato (o sottorappresentato) è sfavorito dalla falsa rappresentazione della realtà.

[38] Per avere un'idea del fenomeno, basta pensare alle società che ricorrono a sistemi automatici per la concessione del credito sulla base di punteggi di affidabilità: se il richiedente proviene da un quartiere economicamente svantaggiato, con alti tassi di soggetti inadempienti, saranno richiesti tassi di interesse più elevati. Ciò può portare a un ciclo di *feedback* che rafforza le pratiche di prestito discriminatorie esistenti: se i richiedenti hanno difficoltà a pagare queste commissioni più elevate, questo indica al sistema che erano effettivamente a rischio più elevato, il che si tradurrà in punteggi inferiori per altri richiedenti simili in futuro. Sul punto cfr. C. O' Neil, *Come i Big Data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, Bompiani, Firenze, 2017, p. 156 e ss.

[39] Il *Machine Learning* una particolare tecnica di apprendimento ispirata a quella propria degli esseri umani, tramite cioè induzione di principi generali a partire dall'osservazione di dati, con la possibilità di imparare nuove funzioni senza essere esplicitamente programmati per farlo. Il termine è stato utilizzato per la prima volta da Arthur Samuel nel 1959 nell'articolo "*Alcuni studi sul machine learning usando il gioco della dama*". Il concetto deve essere distinto da quello di intelligenza artificiale in quanto il *machine learning* costituisce una modalità di apprendimento specifico utilizzato nell'ambito della prima, di cui rappresenta un sottoinsieme. In arg. R. Marmo, *Algoritmi per l'intelligenza artificiale. Progettazione dell'algoritmo - Dati e Machine Learning - Neural Network - Deep Learning*, Hoepli, Milano, 2020, Capitolo 8.

[40] F. Pasquale, *The Black box society, The Secret Algorithms That Control Money and Information*, pp. 144 e ss.., Harv. Un. Press, 2015; in arg. S. Quattrocolo, *Processo penale e rivoluzione digitale: da ossimoro a endiadi?* In *Medialaws*,

ISSN 2036-7821

L'algoritmo è infatti coperto da brevetto: per mantenere i propri vantaggi competitivi sul mercato, le aziende oppongono il segreto industriale, impedendo così di accedere alle specifiche di funzionamento del *software*. Quand'anche ciò fosse concesso, per comprendere tali informazioni sarebbero necessarie delle competenze tecniche non alla portata dei comuni cittadini, rendendo impossibile verificare l'attendibilità dell'*output* per chiunque non sia il programmatore del codice sorgente stesso[41].

In ragione di quanto esposto, è evidente come l'opacita` del procedimento algoritmico mini *in nuce* il diritto di difesa dei soggetti coinvolti; tale garanzia implica il poter svolgere in modo effettivo tutte le argomentazioni e le prove a favore e la possibilita` di verificare (in termini di piena accessibilita` e comprensibilita`) qualunque contributo utile a influenzare la decisione finale. Il vizio di opacita` così delineato preclude la verifica del contributo algoritmico, che dovrebbe sempre essere sempre assicurata, soprattutto alla luce del principio di trasparenza amministrativa[42].

Al fine di scongiurare risultati discriminatori o errori commessi dal sistema decisionale, risulta fondamentale conoscere i fattori considerati, il peso specifico attribuito a ciascuno di essi e se si e` fatto – in definitiva - un uso proprio di quella informazione.

L'inaccessibilita` alla logica sottesa si riverbera cosi` sul piano procedurale e sostanziale[43]: ciò appare ancor piu` problematico in ambito amministrativo poiche', alla luce dei principi di buon andamento della pubblica amministrazione – in particolare di trasparenza - la stessa deve essere sempre in grado di motivare e spiegare adeguatamente le sue decisioni e l'*iter* logico alla base.

Non solo: la pubblica amministrazione deve anche tutelare gli interessi sottesi al segreto industriale e ai diritti di proprietà intellettuale, interessi che inevitabilmente entrano in collisione con le norme poste a presidio del diritto di difesa, di accesso agli atti e di garanzia di partecipazione al processo amministrativo[44].

È evidente come l'uso di algoritmi nello svolgimento dell'attività amministrativa ponga complesse sfide in termini di rispetto delle garanzie procedimentali e dei diritti individuali degli utenti coinvolti. Difatti, soprattutto con riguardo al settore

---

3/2020; L. Tiller, *A Minority Report: The Unregulated Business of Automating the Criminal Justice System* in *The Business, Entrepreneurship & Tax Law Review's* B.E.T.R. White Paper, Marzo 2019, p. 10 e ss.; Burrell J. *How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms* in *Big Data & Society*. June 2016, p. 1 e ss.

[41] S. Quattrocolo, *Equita` del processo penale e automated evidence alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo* in *Revista Italo-Española de Derecho Procesal*, Vol. 1, 2019.

[42] C. Cesari, *Editoriale: L'impatto delle nuove tecnologie sulla giustizia penale – un orizzonte denso di incognite* in *Revista brasileira de direito processual penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 3,* p. 1177 e ss.

[43] G. Pesce, *Il Consiglio di Stato ed il vizio della opacita` dell'algoritmo tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in Giustizia Amministrativa, 2020.

[44] *Ibidem*

ISSN 2036-7821

dei servizi pubblici, sono richieste valutazioni e bilanciamenti che non possono essere prodotte meccanicamente o codificate in sistemi automatizzati[45].

4. Algoritmi e ordinamento italiano: i recenti arresti della giurisprudenza amministrativa in tema di decisione automatizzata.

A livello normativo, di la` del timido riferimento alla possibilita` di impiegare strumenti telematici in ambito amministrativo contenuto nell'art. 3-bis della L. 241/90, nel nostro ordinamento non si rinviene alcun esplicito riferimento all'impiego di algoritmi all'interno delle procedure amministrative; e` stata dunque la giurisprudenza, sensibile agli indirizzi provenienti dall'ordinamento comunitario[46], a fornire i primi arresti e i primi segnali di apertura[47].

In materia è intervenuta nel 2018 la sentenza del Tar Lazio n. 9224[48], con cui il tribunale ha ammesso la sostanziale impossibilita` di sostituire l'attivita` valutativa umana con un algoritmo.

La vicenda che ha dato origine alla pronuncia in questione è sorta contestualmente all'avvio del piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato e mobilita` su scala nazionale promosso nel 2015 dal M.I.U.R. In tale occasione è stata prevista l'assunzione di docenti attraverso un piano di trasferimenti interprovinciale del personale (c.d. mobilita` della "buona scuola"), elaborato tramite un algoritmo. I docenti hanno impugnato la graduatoria di mobilita` (che prevedeva il trasferimento in province piu` lontane da quella della propria residenza o da quella indicata), lamentando che si fosse demandato a un impersonale algoritmo lo svolgimento

[45] M. Veale e I. Bass, *Administration by Algorithm? Public Management meets Public Sector Machine Learning, in Algorithmic Regulation*, a cura di K. Yeung e M.Lodge, Oxford, Oxford University Press, 2019.

[46] A livello europeo si e` avvertita l'esigenza di mettere in atto politiche di prevenzione finalizzate a neutralizzare i potenziali rischi associati all'utilizzo dei dati trattati da tali algoritmi e alle conseguenze del loro utilizzo per gli utenti coinvolti. Le norme piu` rilevanti ai fini di tutela dell'individuo nell'ambito di decisioni automatizzate sono ricavabili principalmente dalla disciplina europea in materia di trattamento dei dati personali, che vuole creare cosi` una barriera simbolica alle decisioni prese senza intervento umano. Le principali norme di riferimento sono rappresentate dagli articoli 13 e 15 del GDPR in materia di trasparenza algoritmica, che stabiliscono il diritto dell'interessato a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino ed a ricevere informazioni sulla logica utilizzata. All' art. 22, par.1, del GDPR è affermato il principio di non esclusivita` della decisione algoritmica - principio restrittivo alle decisioni pubbliche prese tramite algoritmi - secondo cui "*L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona*". Viene inoltre enunciato il diritto di contestazione della decisione basata unicamente su un processo decisionale automatizzato, nonche` il principio di non discriminazione algoritmica fissato al considerando 71 del GDPR.

[47] D.U. Galetta, J. G. Corvalán, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialita`, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto,* in Federalismi, n.3/2019.

[48] Tar Lazio, sez. III *bis*, n. 9224/ 2018.

ISSN 2036-7821

dell'intera procedura di assegnazione dei docenti e che l'algoritmo avesse «*completamente sostituito l'istruttoria commessa ad un ufficio e ad un responsabile*» [49].

Il Tar del Lazio, accogliendo i ricorsi, ha censurato l'assenza di una effettiva attivita` amministrativa alla base delle assegnazioni; l'algoritmo e` infatti del tutto «*impersonale e orfano di capacita` valutazionali delle singole fattispecie concrete tipiche della garantistica istruttoria procedimentale*» e determina un *vulunus* non solo per il diritto di difesa e partecipazione al procedimento, ma anche per l'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative di cui all'art. 24 della Costituzione, non potendosi ricostruire l'*iter* logico alla base della decisione. Il Tar conclude sul punto che «*gli istituti di partecipazione, di trasparenza e di accesso, in sintesi, di relazione del privato con i pubblici poteri non possono essere legittimamente mortificate compresse soppiantando l'attivita` umana con quella impersonale*».

Il Tribunale ha inoltre precisato come gli algoritmi, finanche pervengano al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione, non possano mai sostituire del tutto l'attivita` cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata al responsabile del procedimento[50] e` in grado di garantire.

Dalla pronuncia si evince che gli algoritmi dovrebbero mantenere una posizione meramente servente e ausiliare rispetto all'attivita` del funzionario amministrativo: solo in tal modo e` possibile scongiurare la lesione delle garanzie processuali costituzionalmente garantite e delle posizioni giuridiche soggettive dei singoli soggetti coinvolti.

Nel 2019 è tornato a pronunciarsi sul punto il Consiglio di Stato [51], mostrando i primi segnali di apertura sul tema; la pronuncia in rassegna ha incoraggiato l'utilizzo degli strumenti di automazione, chiarendo tuttavia una serie di principi posti a presidio dei cittadini coinvolti nelle procedure e subordinandone l'uso al rispetto di determinate condizioni di legittimita`.

Nella sentenza si afferma che l'utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata, ma anzi incoraggiata. Essa comporta, infatti, numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalita`, risultando coerente declinazione dell'art. 97 Cost.

L'utilizzo di dette procedure, tuttavia, non puo` sostanziarsi in una elusione dei princìpi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi

[49] In particolare, «*i ricorrenti denunciano che il delineato piano straordinario non e` stato corredato da alcuna attivita` amministrativa ma e` stato demandato ad un algoritmo, tuttora sconosciuto, per effetto del quale sono stati operati i trasferimenti e le assegnazioni in evidente contrasto con il fondamentale principio della strumentalita` del ricorso all'informatica nelle procedure amministrative*».

[50] Che per legge "*accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari*" (art. 6 l.n. 241/90).

[51] Sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

ISSN 2036-7821

dell'attivita` amministrativa. La regola tecnica che governa ciascun algoritmo «*resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall'uomo e non dalla macchina*».
L'algoritmo deve essere considerato a tutti gli effetti un *atto amministrativo informatico:* cio` implica il necessario rispetto di una serie di principi fondamentali individuati anche a livello comunitario, *in primis* il *principio di trasparenza algoritmica*[52], secondo cui il meccanismo con cui si concretizza la decisione robotizzata deve essere sempre conoscibile. Tale conoscibilita` - secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza - deve essere effettiva e garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorita` assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti[53]. Cio` al fine di poter verificare che gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalita` stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinche' siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalita` e le regole in base alle quali esso e` stato impostato.
In sostanza, sul versante della verifica degli esiti e della relativa imputabilità, deve essere garantita la verifica a valle, in termini di logicità e di correttezza degli esiti.
In secondo luogo, la regola algoritmica deve essere non solo conoscibile in se', ma anche sindacabile dal giudice amministrativo: e` necessario garantire l'imputabilita` della decisione all'organo titolare del potere (*principio di responsabilita`*), il quale deve poter effettuare una verifica in termini di logicita` e di correttezza degli esiti decisionali dell'algoritmo[54].
Alla luce di quanto testè esposto, e` stato ritenuto fondato l'appello dei docenti che contestavano l'illogicita` del meccanismo di assegnazione alla sede di servizio,

[52] Il principio di *trasparenza algoritmica* puo` essere qualificato in termini generali come «*l'obbligo, gravante sui soggetti che adottano decisioni con l'ausilio di sistemi automatizzati di trattamento dei dati, di fornire ai destinatari una spiegazione comprensibile delle procedure utilizzate e di motivare sotto questo profilo le decisioni assunte*». Per garantire a pieno la decodifica di tali strumenti, le informazioni devono essere non solo accessibili, ma anche *comprensibili*. Come osservato sul punto «*transparency is not enough, in itself: transparency must be meaningful; the disclosure of the source code is not considered true transparency, because only experts can understand it*». In arg. S. Quattrocolo, C. Anglano, M. Canonico, M. Guazzone, *Technical Solutions for Legal Challenges: Equality of Arms in Criminal Proceedings* in *Global Jurist,* 2020.

[53] P. Zuddas, *Brevi note sulla trasparenza algoritmica* in *Amministrazione in Cammino*, 5 giugno 2020.

[54] Come si legge nella sentenza «*La suddetta esigenza risponde infatti all'irrinunciabile necessita` di poter sindacare come il potere sia stato concretamente esercitato, ponendosi in ultima analisi come declinazione diretta del diritto di difesa del cittadino, al quale non puo` essere precluso di conoscere le modalita` (anche se automatizzate) con le quali e` stata in concreto assunta una decisione destinata a ripercuotersi sulla sua sfera giuridica*». Di fatto, l'accesso a rimedi effettivi potrebbe essere messo a rischio dall'*opacita`* degli algoritmi, che ostacolerebbero cosi' il diritto di difesa (non potendo conoscere il meccanismo di funzionamento dell'algoritmo ne' il peso dato ai singoli elementi valutati dallo stesso il ricorrente non ha a disposizione elementi essenziali), contribuendo a determinare una asimmetria informativa tra le parti. La criticita` e` particolarmente acuta quando tali sistemi sono impiegati per prendere decisioni all'interno dei sistemi giudiziari: e` necessario garantire il rispetto dei principi di equo processo e chiarire chi e` legalmente responsabile per le decisioni prese tramite tali sistemi, garantendo una riparazione adeguata a chi ha subito una violazione e adeguate garanzie di non ripetizione.

ISSN 2036-7821

effettuato mediante un algoritmo di cui non si conosceva il metodo di funzionamento e per cui risultavano soccombenti rispetto a colleghi con punteggio inferiore in graduatoria.

Il Consiglio di Stato ha accertato la violazione dei principi di di imparzialità, pubblicita` e trasparenza *«poiché non e` dato comprendere per quale ragione le legittime aspettative di soggetti determinata posizione in graduatoria siano andate deluse»*. L'impossibilita` di comprendere le modalita` con le quali siano stati assegnati i posti disponibili costituisce di per se´ un vizio tale da inficiare la procedura.

Nella medesima questione si innesta la successiva pronuncia n. 8472/2019[55] del Consiglio di Stato, relativa ad un analogo caso di mobilita` interprovinciale dei docenti.

Il giudice amministrativo, dopo aver configurato il ricorso all'algoritmo in termini di *modulo organizzativo* e di *strumento procedimentale/ istruttorio* (e dunque soggetto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo), afferma la possibilità di farvi ricorso non solo in caso di attività vincolata, ma anche discrezionale[56], in quanto anch'essa espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse.

In quest'ultimo caso la pubblica amministrazione dovrà assicurare la cooperazione con il funzionario responsabile del procedimento, dovendo garantire a) la piena conoscibilità[57] a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati; b) l'imputabilità[58] della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo.

---

[55] Cons. Stato Sez. VI, Sent., 13-12-2019, n. 8472. Il tema è affrontato anche nelle sentenze 8473 e 8474 del 13 dicembre 2019.

[56] Sul tema della discrezionalità i contributi sono numerosi: *infra multis* M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939; A. Piras, *Discrezionalita` amministrativa*, in *Enc. del dir.*, Milano 1964; B.G. Mattarella, *Discrezionalita` amministrativa*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, p. 1993 ss.

[57] In base al quale "*ognuno ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino ed in questo caso a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata*". Ciò in diretta applicazione dell'art. 2 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali, il quale afferma che quando la Pubblica Amministrazione intende adottare una decisione che può avere effetti avversi su di una persona, essa ha l'obbligo di sentirla prima di agire, di consentirle l'accesso ai suoi archivi e documenti, e, infine, ha l'obbligo di "dare le ragioni della propria decisione". Si specifica nel successivo paragrafo che "*Tale diritto alla conoscenza dell'esistenza di decisioni che ci riguardino prese da algoritmi e, correlativamente, come dovere da parte di chi tratta i dati in maniera automatizzata, di porre l'interessato a conoscenza, va accompagnato da meccanismi in grado di decifrarne la logica. In tale ottica, il principio di conoscibilità si completa con il principio di comprensibilità, ovverosia la possibilità, per riprendere l'espressione del Regolamento, di ricevere "informazioni significative sulla logica utilizzata*".

[58] Deve cioè essere individuabile "*un centro di imputazione e di responsabilità*" riferibile a una persona "*in grado di verificare la legittimità e logicità della decisione dettata dall'algoritmo*". In ogni caso "*deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica. In ambito matematico ed informativo il modello viene definito come HITL (human in the loop)*". Cons. Stato Sez. VI, Sent., 13-12-2019, n. 8472.

ISSN 2036-7821

Viene inoltre riaffermato il principio per cui la "formula tecnica", cioè l'algoritmo, deve essere traducibile nella "regola giuridica" ad essa sottesa in modo tale da essere leggibile e comprensibile[59], statuendo che «*non può assumere rilievo l'invocata riservatezza delle imprese produttrici dei meccanismi informatici utilizzati i quali, ponendo al servizio del potere autoritativo tali strumenti, all'evidenza ne accettano le relative conseguenze in termini di necessaria trasparenza*».

In ragione del complesso rapporto tra algoritmi e diritti fondamentali, vengono ribaditi i principi contenuti nel Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR) che devono guidare le decisioni pubbliche prese tramite procedimento algoritmico: *i)* la piena conoscibilità del modulo utilizzato;[60] *ii)* il principio di non esclusività[61]; *iii)* il principio di non discriminazione algoritmica, fissato al considerando 71[62].

In conclusione, la giurisprudenza amministrativa sembra aver raggiunto un compromesso circa la possibilità di introdurre il contributo automatizzato nel processo amministrativo: l'algoritmo è assimilabile a un atto amministrativo informatico soggetto a tutti i principi che informano l'agire amministrativo, vincolato o discrezionale che sia. Questo in quanto "*l'algoritmo resta pur sempre una regola*

[59] G. Pesce, *Il Consiglio di Stato ed il vizio della opacità dell'algoritmo tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in *Giustizia Amministrativa*, 2020.

[60] Le principali norme di riferimento sono rappresentate dagli articoli 13 e 15 del GDPR in materia di trasparenza algoritmica, che stabiliscono il diritto dell'interessato a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino ed a ricevere informazioni sulla logica utilizzata.

[61] "L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona". Per *decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato* si deve intendere una decisione presa senza il coinvolgimento di un essere umano che possa influenzare ed eventualmente cambiare il risultato attraverso la sua autorità o competenza.

Per il legislatore Europeo, l'intervento umano è visto come un "controllo di qualità" sulla decisione a garanzia di potenziali errori del sistema decisionale automatizzato: il patrimonio conoscitivo dell'essere umano, le intuizioni, le capacità di effettuare bilanciamenti tra i diritti, possono essere utili per identificare errori che produrrebbero danni su larga scala. Vi sono fattori da valutare che non possono essere tradotti in linguaggio matematico e soppesati adeguatamente da un algoritmo: per questo è necessario garantire che i soggetti non siano ridotti a meri fatti matematicamente computabili. Ulteriori caratteri della decisione sono l'*effetto legale* che deve produrre, cioè l'idoneità a pregiudicare la sfera giuridica del soggetto e incidere *significativamente* sulla persona, cioè sulle sue scelte e i suoi comportamenti. In arg. M. Almada, *Human Intervention in Automated Decision-Making: Toward the Construction of Contestable Systems*, 2019, Forthcoming, 17th International Conference on Artificial Intelligence and Law (ICAIL 2019); C. Serra, *Il diritto di contestazione delle decisioni automatizzate nel GDPR* in *Anuario de la Facultad de derecho de la Universidad de Alcalá*, Vol. XII, 2019; A. Ziroldi, *Intelligenza artificiale e processo penale tra norme, prassi e prospettive*, in *Questione di Giustizia*, 2019.

[62] Secondo cui le procedure matematiche e statistiche utilizzate devono essere appropriate e sottoposte a controllo per evitare inesattezze o errori, al fine di impedire "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 un trattamento che comporti misure aventi tali effetti".

ISSN 2036-7821

amministrativa generale, costruita dall'uomo e non dalla macchina[63]". Vengono anzi elaborati dal Consiglio di Stato[64] dei criteri di "ammissibilità" dell'algoritmo nella procedura amministrativa, secondi i quali : a) la regola tecnica alla base deve avere "*una piena valenza giuridica e amministrativa, anche se viene declinata in forma matematica*"; b) non può lasciare spazi applicativi discrezionali (di cui l'elaboratore elettronico è privo), ma deve prevedere con ragionevolezza una soluzione definita per tutti i casi possibili, anche i più improbabili (e ciò la rende in parte diversa da molte regole amministrative generali); la discrezionalità amministrativa, se senz'altro non può essere demandata al *software*, è quindi da rintracciarsi al momento dell'elaborazione dello strumento digitale; c) l'amministrazione deve sempre compiere un ruolo *ex ante* di mediazione e composizione di interessi; d) deve contemplare la possibilità che – come è stato autorevolmente affermato – sia il giudice a "dover svolgere, per la prima volta sul piano 'umano', valutazioni e accertamenti fatti direttamente in via automatica".

Per quanto concerne il versante della trasparenza dell'algoritmo, una soluzione al problema potrebbe essere quella di rendere accessibile una certa quantita` di informazioni predeterminate, ad esempio quali variabili sono utilizzate, per quale obiettivo e` stato ottimizzato l'algoritmo, la tipologia di dati immessi, il modo in cui vengono monitorate le prestazioni dell'algoritmo, come l'algoritmo stesso evolve nel tempo, i fattori rilevanti per il funzionamento dell'algoritmo, i dati inseriti per il suo "addestramento", la loro classificazione e il peso attribuito a ciascuno di essi[65].

5. L'utilizzo degli algoritmi nel processo penale, con particolare riferimento all'esperienza statunitense.

Le corti statunitensi hanno mostrato, negli ultimi anni, una forte propensione all'utilizzo degli algoritmi di valutazione del rischio in ambito processuale (c.d *risk assessment tool)*, al punto da potersi definire ormai una «*Algorithmic Criminal Justice* [66]».

Il crescente impiego di questi strumenti e` legato alle recenti conquiste della statistica, impiegata negli ultimi decenni per prevedere il comportamento umano, soprattutto in campo penale. Particolarmente utile si e` rivelato il contributo algoritmico in fase di giudizio prognostico del *periculum* per l'applicazione delle misure cautelari, essendo difficilmente determinabile nell'*an* e nel *quando*[67]*:* il ricorso a variabili statistiche sembra neutralizzare, o quantomeno ridurre, l'incertezza legata a tali valutazioni.

[63] Sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

[64] *Ibidem*

[65] L. McGregor, D. Murray, Ng,V., *International human rights law as a framework for algorithmic accountability* in*International and Comparative Law Quarterly,*Vol. 68, 2019, p. 309-343.

[66] A.Z. Huq, *Racial Equity in Algorithmic Criminal Justice*, in *Duke Law Journal*, 2019, p. 1060 e ss.

[67] J. Nieva Fenoll, *op. cit*., p. 52.

ISSN 2036-7821

In linea generale, la cultura della valutazione del rischio ha fatto parte del sistema americano sin dal 1930, ma per decenni tali prognosi venivano effettuate clinicamente, cioè tramite il parere di un esperto. È noto come i giudici incontrino numerose difficolta` sul tema, proprio a causa dei numerosi fattori sociali e criminogeni coinvolti. Per questo negli ultimi decenni sono stati sviluppati sofisticati strumenti in grado di combinare fattori di rischio statici e dinamici, atti ad orientare le valutazioni del giudice nelle varie fasi del giudizio.

A differenza dei tradizionali strumenti di *risk assessment*, gli strumenti algoritmici non sono costruiti sulla base di una comprensione teorica del comportamento criminale: i modelli predittivi si basano sull'estrapolazione di *patterns* comportamentali da modelli statistici. In sostanza, questi strumenti sono impiegati per effettuare prognosi di pericolosita` sociale e,in particolare, per determinare il rischio di recidiva del soggetto incriminato[68].

Viene infatti assegnato un punteggio di rischio combinando le informazioni del soggetto con dati statistici di gruppo, usati come campione di riscontro[69]. Il risultato e` utile per decidere se concedere la liberta` vigilata, per personalizzare i programmi di sostegno ai detenuti, per stabilire chi ha diritto alla liberta` su cauzione e (impropriamente) anche per determinare la severita` della condanna[70], a seconda della fase di giudizio in cui vengono utilizzati.

Nonostante le indicazioni e le cautele su come tali strumenti andrebbero utilizzati, i giudici spesso ne fanno un uso *improprio*, modulando la gravita` della pena sulla base del risultato dell'algoritmo e quasi sostituendoli alle *sentence guidilines* dettate in materia[71]. Se il candidato e` valutato ad alto rischio, sara` considerato meno idoneo alla riabilitazione e la pena sara` piu` severa[72]; viceversa, se il soggetto e` considerato a basso rischio, il giudice potra` optare per una misura alternativa alla detenzione[73].

Il *Guiding Principles Report* (2011) elaborato in materia dal *National Working Group* ha specificato che i *risk scores* forniti non dovrebbero essere impiegati per mitigare o aggravare la sentenza di condanna, ma piuttosto per fornire informazioni utili a individuare le esigenze riabilitative del condannato e al fine di incoraggiare

---

[68] S. L. Chanenson, J. M. Hyatt, *The Use of Risk Assessment at Sentencing: Implications for Research and Policy*, Villanova University Charles Widger School of Law, 2016.

[69] Quattrocolo, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche? Consolidati paradigmi normativi vs rischi e paure della giustizia digitale "predittiva"* in *Cassazione penale* n .4/2019.

[70] H.Fry, *Hello World*, Bollati Boringhieri, Torino, 2019.

[71] J. Eaglin, *The Perils of 'Old' and 'New' in Sentencing Reform* in *NYU Annual Survey of American Law*, Forthcoming, 2020.

[72] Tale assunto tuttavia lascia adito a molti dubbi: non vi e`, infatti, alcuna fondata evidenza scientifica che confermi gli effetti positivi della lunga incarcerazione sulla probabilita` di recidiva dell'individuo. In arg. L. D'Agostino, *Gli algoritmi predittivi per la commisurazione della pena* in Diritto penale contemporaneo 2/2019, p. 361.

[73] In arg. D. Kehl, P. Guo, S. Kessler. 2017. *Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of Risk Assessments in Sentencing. Responsive Communities Initiative, Berkman Klein Center for Internet & Society*, Harvard Law School, p.10.

ISSN 2036-7821

l'applicazione di misure alternative alla detenzione, riducendo le sentenze di incarcerazione.

Il principale strumento predittivo utilizzato nelle corti statunitensi è il COMPAS (*Correctional Offender Management Profiles for Alternative Sanctions*), algoritmo di valutazione del rischio di recidiva[74] sviluppato dalla societa` privata Northpointe, Inc[75].

Il COMPAS e` in grado di fornire un punteggio di pericolosita` sociale sulla base del quale è stabilita l'entita` e le modalita` di esecuzione delle sanzioni penali[76]. Tale punteggio è calcolato combinando le informazioni personali dell'imputato - ottenute tramite un questionario di 137 domande[77]- con dati statistici di diversi gruppi sociali[78]. Il giudice, sulla base dell'*outcome* algoritmico, stabilisce se applicare la custodia cautelare o se possono essere applicate misure come la liberta` vigilata o altri programmi alternativi alla detenzione. Di fatto, il prospetto dell'algoritmo finisce per influenzare massicciamente le determinazioni del giudice per quanto concerne la gravita` della misura da comminare.

Peraltro, molti degli elementi considerati nel questionario non solo non sono indicatori di propensione al crimine, ma sono anche fortemente discriminatori: spesso fattori come il livello di educazione, il quartiere residenziale e le condizioni economiche sono connesse all'etnia e alla classe sociale, svantaggiando sistematicamente le minoranze[79] e rinforzando il circolo vizioso incarcerazione - condizione sociale svantaggiata.

---

[74] Esso è in grado di valutare il rischio di recidiva generale e violenta entro due anni, nonchè il rischio di mancata comparizione in udienza (*pretrial risk*).

[75] Il fatto che sia sviluppato da una compagnia privata non e` affatto irrilevante, in quanto il *software* e` coperto dal segreto industriale: di conseguenza non e` possibile accedere ai meccanismi e alle logiche sottese al funzionamento del programma. Nel caso *State vs Loomis* il ricorrente ha lamentato una violazione al suo diritto di difesa e alla *due process clause* proprio sotto questo profilo.

[76] P. Zuddas, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, in *Liber amicorum* per Pasquale Costanzo, 16 marzo 2020.

[77] Il *software* considera numerosi fattori, quali: precedenti criminali dell'imputato e della famiglia; livello di criminalità nella zona di residenza; situazione familiare; livello di istruzione dell'imputato; situazione lavorativa e finanziaria; situazione affettiva ed emotiva; capacità di scendere a compromessi; eventuale abuso di alcol e sostanze stupefacenti; propensione ideologica criminale e personalità criminale; carattere aggressivo o socievole; appartenenza o meno a una banda criminale organizzata. Sul punto è possibile visualizzare il *sample* del documento all'indirizzo https://www.documentcloud.org/documents/2702103-Sample-Risk-Assessment-COMPAS-CORE

[78] S. Quattrocolo, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche? Consolidati paradigmi normativi vs rischi e paure della giustizia digitale "predittiva"* in *Cassazione penale* n .4/2019. Di conseguenza «*Sul piano predittivo, quindi, lo strumento prevede il rischio di ricaduta violenta, senza tuttavia offrire una spiegazione di tale rischio, ma in rapporto al dato statistico*.»

[79] I piu` afflitti da condizioni socioeconomiche svantaggiate sono afroamericani e ispanici. *Cfr*. De Keijser, J.W., Roberts, J.V. and Ryberg, J., *Predictive Sentencing: Normative and Empirical Perspectives*, Bloomsbury Publishing, 2019.

ISSN 2036-7821

Il risultato è che questi strumenti contribuiscono ad esacerbare le ineguaglianze che determinano spesso comportamenti delinquenziali, incluso l'emarginazione sociale e la disoccupazione[80].

Anche se la decisione del giudice non può basarsi *unicamente* sul risultato dell'algoritmo, il problema principale è che le percentuali di rischio di recidiva «*condizionano o almeno influenzano le decisioni giudiziarie sulla colpevolezza*[81]», divenendo a tutti gli effetti uno strumento di supporto al *sentencing*.

Un esempio emblematico dell'applicazione lesiva del COMPAS è fornito dal caso *State v. Loomis*[82], che pone in luce le criticità sottese all'ingresso degli algoritmi in fase di commisurazione della pena e di come questo possa determinare un *vulnus* nei diritti fondamentali dell'individuo in ambito processuale[83].

L'imputato – condannato in primo grado a sei anni di reclusione anche sulla base del risultato fornito dal COMPAS – lamentava l'inaccessibilità alle logiche di funzionamento dell'algoritmo, il che rendeva impossibile contestare adeguatamente il punteggio fornito. In sostanza, il ricorrente non è stato in grado di comprendere con precisione in base a quale calcolo fosse stato prodotto il risultato a causa della natura privata del COMPAS[84].

Per quanto concerne il secondo motivo di doglianza, la difesa parte dal presupposto che il COMPAS usi dati statistici di massa, esponendo l'imputato al rischio di subire gli effetti discriminatori della riconducibilità a un certo gruppo sociale anziché un altro.[85]

---

[80] Inoltre, anche se la razza non è un fattore espressamente considerato, numerosi studi hanno dimostrato che il *software* ha mostrato risultati discriminatori nei confronti degli afroamericani e degli ispanici. Infine, si consideri che il COMPAS non calcola il rischio di recidiva *individuale*, tarato sul singolo caso specifico, ma effettua una *previsione statistica* generale di massa, comparando il caso di specie a altri simili.

[81] J. Nieva-Fenoll, *Intelligenza artificiale e processo, op. cit*., pp. 140 ss.

[82] Nel 2013 Eric Loomis, alla guida di un veicolo precedentemente coinvolto in una sparatoria, veniva fermato dalla polizia e successivamente imputato per 5 capi d'accusa (tra cui messa in pericolo della sicurezza, tentativo di fuga od elusione di un ufficiale, guida di un veicolo senza consenso del proprietario e possesso di arma da fuoco). Loomis si dichiarava colpevole solo per i due minori (tentativo di fuga od elusione di un ufficiale e guida di un veicolo senza consenso del proprietario). In fase di giudizio veniva utilizzato l'algoritmo COMPAS per la valutazione del rischio, che gli attribuiva un punteggio di rischio elevato sia per recidiva violenta, che generale. Il giudice, anche sulla base della previsione dell'algoritmo, stabilì di non concedere la libertà vigilata, condannando l'imputato a 6 anni di reclusione e 5 di *extended supervision.*

[83] A essere minate sono in particolare il diritto dell'imputato di verificare l'accuratezza delle informazioni che hanno determinato la sentenza e il diritto a una sentenza individualizzata, entrambi fondamentali corollari del *fair trial*. Come si vedrà, entrambi tali profili sono messi in discussione dalla natura del COMPAS: sotto il primo profilo a causa del segreto commerciale, sotto il secondo perché lo *score* del COMPAS, calcolato sulla base di dati di gruppo, è necessariamente a «*calculation for a generalized group*.» In arg. K. Freeman, *Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in State v. Loomis*, 18 N.C. J.L. & Tech. 75, 2016.

[84] I. De Miguel Beriain, *Does the use of risk assessments in sentences respect the right to due process? A critical analysis of the Wisconsin v. Loomis ruling* in *Law, Probability and Risk*, 2018.

[85] Il COMPAS non stima la probabilità specifica che un individuo possa recidivare, produce invece una previsione basata su una comparazione delle informazioni relative all'individuo rispetto a simili dati di gruppo. Presupposto di legittimità costituzionale è avere una sentenza determinata su quanto ha commesso l'imputato,

ISSN 2036-7821

La Corte Suprema del Wisconsin[86] ha disatteso le censure del ricorrente, rilevando come la valutazione del COMPAS abbia avuto un ruolo meramente marginale ai fini della decisione, essendo stati altri i fattori determinanti. Viene ammessa, dunque, la legittimita` degli algoritmi predittivi in ambito giudiziario, pur con la specifica che non possano costituire il fattore determinante della decisione.
In realtà, il problema principale e` proprio l'affidamento che i giudici – consapevolmente o inconsapevolmente- ripongono nei confronti di un programma di cui non e` neppure noto il funzionamento. La Corte non sembra realizzare il reale peso di tali strumenti, soprattutto all'interno di una societa` in cui le persone sono fortemente influenzate dall'«*automation bias*» che porta a riporre un'eccessiva fiducia verso questi contributi[87].
Risulta evidente come, di fatto, gli algoritmi finiscano per avere un ruolo rilevante in fase di formulazione della sentenza, poiche´ si sostanziano nell'elemento che piu` di ogni altro influisce nella determinazione della pena. La volonta` di non commettere errori in tribunale si traduce cosi` in una palese violazione dei diritti fondamentali degli imputati, giudicati non tanto per quanto *hanno fatto* ma per quanto potenzialmente *potrebbero fare* in futuro.
Si potrebbe ritagliare un uso legittimo di questi programmi in fase di applicazione della sentenza, in un momento in cui la responsabilità dell'imputato e` accertata in relazione a uno specifico fatto, ma usarli nelle precedenti fasi determina la sostituzione della decisione del giudice a un criterio matematico imperfetto e discriminatorio[88].
Sarebbe auspicabile che l'intelligenza artificiale fungesse da correttivo agli errori umani: bisognerebbe usare i contributi di questa scienza «*nell'indagine dei fatti e non nella scoperta di circostanze esterne che nulla hanno a che fare con la responsabilità di un atto criminale*[89].»

6. Considerazioni conclusive: criticità e opportunità sottese alle applicazioni negli ambiti esaminati.

---

non su quanto e` stato commesso da altri che hanno delle similarita` con lui. La valutazione del rischio deve essere effettuata ponderando le specificita` del singolo individuo del caso concreto, non sulla base di previsioni statistiche e dati di massa appartenenti al passato ma con la pretesa di predire il futuro. Viene, inoltre, lamentato il rischio che un soggetto sia ritenuto piu` incline alla recidiva in virtu` di fattori legati alla condizione sociale e di altri fattori che non dipendono direttamente dalle facolta` del soggetto. In arg. S. Quattrocolo, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche? Consolidati paradigmi normativi vs rischi e paure della giustizia digitale "predittiva"* in *Cassazione penale* n .4/2019.

[86] *State vs Loomis*, 881 N.W.2d at 755.

[87] K. Freeman, *Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in State v. Loomis*, 18 N.C. J.L. & Tech. 75 (2016), p.98.

[88] K. Freeman, *op.cit.*, p. 62 e ss.

[89] *Ibidem*

ISSN 2036-7821

Alla luce del quadro sopra esposto emerge come, sia in ambito amministrativo che penale, la spinta all'uso degli strumenti di intelligenza artificiale sia finalizzata a garantire una maggiore efficienza e precisione della decisione finale.
Mettendo a sistema le considerazioni svolte nel corso della trattazione, è possibile trarre delle conclusioni circa l'opportunità applicativa di tali strumenti.
Pur apportando notevoli vantaggi in termini di certezza e celerità del *decisum*, le implicazioni nei due diversi ambiti esaminati sono profonde e meritevoli di puntualizzazione. Fermo restando quanto osservato circa l'ambivalenza di tali strumenti, quel che merita un'ulteriore riflessione è il fatto che la giurisprudenza abbia mostrato i primi timidi segnali di apertura nell'ambito del procedimento amministrativo e non anche in quello penale.
Una prima considerazione da fare sul punto è che, quantomeno nel nostro ordinamento, l'applicazione in ambito penale è preclusa da molteplici vincoli costituzionali: oltre ai limiti contenuti negli artt. 25 («*nessuno puo` essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge*») e 102 («*la funzione giurisdizionale e` esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario*»), l'art. 101, comma 1, Cost., dispone che i giudici sono soggetti soltanto alla legge, escludendo che il giudice possa essere vincolato dall'esito di procedure algoritmiche[90].
Ulteriore limite è rappresentato dall'art. 220 c.p.p. - considerato il "baluardo" a difesa dell'ingresso degli algoritmi nel processo - proprio perche` afferma l'inammissibilita` di perizie per «*stabilire l'abitualita` o la professionalita` nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalita` dell'imputato e in genere le qualita` psichiche indipendenti da cause patologiche*». La perizia sarebbe finalizzata a delineare un profilo della personalita` e del carattere del reo per individuare la pena o la misura di sicurezza piu` adatta al caso di specie.
Il legislatore si e` fortemente opposto al ricorso a tale tecnica "automatizzata" di analisi: la *ratio* del divieto si puo` rinvenire nella necessita` di tutelare la liberta` morale dell'imputato, giacche´ si delineerebbe il rischio di cedere a pregiudizi inerenti aspetti particolari dell'imputato, che potrebbero condizionare l'organo giudicante.
Si vuole dunque evitare che il giudice, nell'assumere le sue determinazioni, si basi essenzialmente sull' identita` dell'imputato tracciata dalle perizie psicologiche e non sui fatti commessi in concreto[91].
Diverso invece è l'ambito amministrativo: l'algoritmo rappresenta in questo contesto uno strumento organizzativo d'ausilio, il cui utilizzo è addirittura incoraggiato al ricorrere di particolari condizioni. La principale sfida in tale contesto è garantire la trasparenza del procedimento, cioè assicurare la chiarezza dei singoli "passaggi elementari" della sequenza procedimentale e garantire i principi di conoscibilità e

[90] F. Donati, *Intelligenza artificiale e giustizia* in *Rivista Associazione italiana dei Costituzionalisti,* N°: 1/2020, p. 428
[91] A. Di Prisco, *Elementi di criticita` sulla perizia psicologica nel processo penale,* in *Ius in Itinere,* 2018.

ISSN 2036-7821

partecipazione, coinvolgendo quanto più possibile il privato nella procedura algoritmica[92].

Questa stessa garanzia - in termini di conoscibilità - non è più sufficiente in ambito penale, poiché gli interessi e i diritti coinvolti sono ancora più delicati, proprio perché incidono sulle libertà dell'imputato.

L'ingresso degli algoritmi nel processo penale comporterebbe un grave pregiudizio per tutte le garanzie procedimentali: *in primis* il vizio di opacita` dell'algoritmo impedirebbe di disporre delle facilitazioni necessarie a predisporre la propria difesa[93]; vi sono criticità legate anche alla parita` delle armi: alle parti e` preclusa la possibilita` di verificare l'accuratezza dei dati e contestare il risultato algoritmico in maniera efficace, ammettendo nel processo un contributo non scrutinabile né controvertibile dalla difesa, che assurge quasi a livello di prova.

Anche l'imparzialità del giudice ne risulterebbe inficiata: il risultato dell'algoritmo è in grado di creare un "effetto ancoraggio[94]" dal quale è difficile discostarsi[95].

Da ultimo, occorre sottolineare come le decisioni basate sull'utilizzo di dati statistici di massa determini un pregiudizio anche per la presunzione di innocenza e il diritto a una sentenza individualizzata: gli algoritmi, pur utilizzando le specifiche dell'individuo come *input*, li combinano con modelli contenenti dati di massa di altri gruppi sociali. Si svolge cosi` un procedimento di sussunzione da dati collettivi per ragionare sul singolo caso concreto, trasformando le correlazioni tra dati in fattori causali veri e propri[96].

---

[92] N. Mucciaccia, *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa* in *Federalismi*, n.10/2020.

[93] L'accusato non deve infatti essere ostacolato nell'ottenere copia di tutti i documenti rilevanti del giudizio: e` possibile ricondurre nel perimetro di tale garanzia anche la possibilita` di accedere al codice sorgente e alle specifiche del *software* algoritmico. In tal senso vi sono numerose sentenze della CEDU, *infra multis* Eur. Court of human rights, 4th Section, 28.4.2009, 38886/05, *Rasmussen v. Poland*, §§ 48-49.

[94]Fenomeno in base al quale un decisore umano attribuisce un certo peso a un dato tangibile e immediatamente disponibile, in modo potenzialmente lesivo per la decisione. Riprendendo in esame l'utilizzo dei *risk assessment tool* in fase di giudizio, e` evidente come la stima dell'algoritmo circa il rischio di recidiva del soggetto possa fungere da "ancora" per le determinazioni del giudice, che sara` portato (anche solo inconsciamente) a emanare una sentenza in linea con quanto stabilito dallo strumento di intelligenza artificiale. Se il rischio di recidiva calcolato risulta alto, il giudice sara` inevitabilmente condizionato da tale dato nella commisurazione della pena da infliggere all'imputato e portato ad irrogare una pena piu` severa.In arg. M. E. Donohue, *A replacement for justitia's scale? Machine learning in sentencing* in *Harvard Journal of Law & Technology*, Volume 32, N. 2, 2019, p. 661 e ss.

[95] Un giudice al quale viene fornita una valutazione del rischio che pronostica un alto tasso di recidiva «*potrebbe essere portato a irrogare una pena maggiore senza aver neanche la minima consapevolezza del ruolo avuto dall'"anchoring" nella decisione medesima*» In L. Maldonato, *Algoritmi predittivi e discrezionalita` del giudice: una nuova sfida per la giustizia penale* in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2019, p. 410.

[96] I *risk assessment tool* non stimano la probabilita` specifica che quell'individuo possa recidivare, bensi` producono una stima basata sulle similarita` rispetto ad altri casi di soggetti che condividono quelle stesse caratteristiche. L'inserimento di variabili algoritmiche quali i precedenti penali ed il contesto familiare implica che la condotta passata di un certo gruppo «*possa decidere il destino di una persona la quale, ovviamente, e`un essere umano unico con un'origine sociale, un'istruzione, competenze specifiche, un grado di colpevolezza e motivazioni particolari per commettere un reato*» In arg. cfr. CEPEJ, *Carta etica sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e nel loro*

Ben si comprende dunque come, nel decidere sulla detenzione o sull'adozione di altri provvedimenti cautelari, non ci si possa accontentare di una mera percentuale di rischio, calcolata tra l'altro sulla base di dati di gruppo e fattori per lo più statici, cioè indipendenti dal soggetto.

Nel corso della trattazione si è cercato di dimostrare il complesso rapporto tra amministrazione della giustizia e decisione robotica: sarebbe riduttivo e fin troppo semplicistico prendere una posizione netta di contrapposizione rispetto ad essa, anche perché, come dimostrato, i benefici apportati sono molteplici.

L'uso degli algoritmi nell'ambito della giustizia non va demonizzato a prescindere, ma necessita di una regolamentazione puntuale da parte dell'ordinamento. La sinergia tra uomo e macchina affascina da secoli l'essere umano e può costituire un valido supporto alle attività decisionali, ma occorre fissare dei limiti e delle linee-guida uniformi a livello internazionale, per evitare che i grandi benefici lascino spazio alle gravi violazioni dei diritti fondamentali. La *deregulation*, i risultati non scrutinabili, gli *implicit bias* contenuti nei software algoritmici e il rischio di delega della decisione all'algoritmo (ritenuto neutrale e oggettivo in virtù dell'*automation bias*) rischiano di minare in radice le garanzie procedimentali in ambito amministrativo e – ancor di più – in ambito penale, in assenza di un controllo esterno.

Siamo ormai entrati in una nuova era di "tecnoumanesimo" ed è auspicabile ripensare i rapporti tra uomo e macchina, nei quali le prestazioni cognitive del primo vengano potenziate dall' intelligenza artificiale ed eventualmente, verificare le incongruenze ed i contrasti del processo decisionale umano, senza però arrivare a sostituirlo[97].

I limiti regolamentari e normativi sono dunque funzionali e necessari a realizzare questa interazione feconda e rispettosa dei diritti, soprattutto in fase di giudizio: l'uomo si affida a scelte *etiche*, la macchina a scelte *efficienti* e *coerenti*, che tuttavia non sempre assicurano l'equità, come più volte dimostrato in corso di trattazione.

La macchina non può cogliere le sfumature complesse di ogni situazione, non può effettuare un bilanciamento di giudizi e una gradazione degli interessi in gioco: l'attività decisionale umana è infungibile in tal senso. Il rischio è che in questo modo il giudice *decida* senza propriamente *giudicare*. L'attività decisoria umana è complessa e non sintetizzabile in un linguaggio matematico: il giudice, tramite un ragionamento induttivo e deduttivo, effettua una analisi e una sintesi degli elementi del giudizio e perviene alla sentenza sulla scorta del proprio bagaglio di conoscenze, esperienze,

ambiente, 2018, Punto 134; C. Casonato, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialita` e rischi* in *DPC Online,* [S.l.], v. 44, n. 3, oct. 2020, pp. 3383 e ss; De Keijser, J.W., Roberts, J.V. and Ryberg, J., *Predictive Sentencing: Normative and Empirical Perspectives,* Bloomsbury Publishing, 2019.

[97] A. Punzi, *Judge in the Machine: e se fossero le macchine a restituirci l'umanita` del giudicare?* In A. Carleo (a cura di), *Decisione Robotica,* Il Mulino, Bologna, 2019, p. 33.

ISSN 2036-7821

studi e capacita` di analisi. Giudicare e` una combinazione «*di conoscenza, formulazione e verifica di ipotesi e anche interferenza di emozioni umane per adattare la giustizia al caso concreto*».

In conclusione, come sostenuto da Carnelutti, il diritto e` «*materia ribelle ai numeri*[98]». La giustizia necessita di una dimensione dialettica, di un confronto in cui l'elemento umano non e` sostituibile dalla macchina, di una valutazione, anche alla luce del proprio percorso umano e della propria sensibilita`, delle sfumature varie e complesse della realta`, che un algoritmo non e` certamente programmato per cogliere.

La preoccupazione e` che venga gradualmente archiviato il diritto nel suo essere diritto "umano", sostituito da valutazioni impersonali e frutto di calcoli statistici[99].

[98] F. Carnelutti, *Matematica e diritto*, in Riv. Dir. Proc., 1951, p. 211-212.

[99] L. Avitabile, Introduzione al libro di B.Romano, *Algoritmi al potere: calcolo, giudizio, pensiero,* Giappichelli, Torino, 2018.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Ordinanze contingibili e urgenti: natura, presupposti e problematiche connesse anche in epoca pandemica.

di Ludovico Castiglione

(Dottore in Giurisprudenza)

Sommario

1. Premessa: i poteri del Sindaco e il principio di legalità; 2. Le principali problematiche in tema di ordinanze contingibili e urgenti. La loro posizione nella gerarchia delle fonti del diritto; 2.2. Segue: Limiti temporali e limiti procedimentali; 2.3 Segue: La discussa natura giuridica delle ordinanze contingibili e urgenti; 3. Le ordinanze contingibili e urgenti adottabili dal Sindaco nella veste di ufficiale di Governo; 3.1 Segue: I limiti ai poteri del Sindaco; 3.2 Segue: aree di intervento delle ordinanze sindacali de quo; 4. Casi giurisprudenziali sul potere extra ordinem dei Sindaci; 5. Le ordinanze sindacali nell'esperienza pandemica. Conclusioni.

Abstract

This paper examines the main problems related to the contingent and urgent ordinances issued by the mayor. The aim is also to assert the compatibility of the mentioned ordinances with the principle of legality, which must be appreciated in a substantial way. Furthermore, the article takes into exam the limitations that administrative jurisprudence acknowledges for the use of this instrument.

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa: i poteri del Sindaco e il principio di legalità

Il Sindaco, figura che svolge un ruolo primario per la promozione e il mantenimento della sicurezza locale, dispone di poteri spesso oggetto di profondi dibattiti in quanto la legge attributiva di alcuni di questi presenta diversi margini di incertezza e ambiguità[1].

Infatti, la tutela della sicurezza (assicurata anche mediante l'utilizzo di strumenti *extra ordinem* come le ordinanze contingibili e urgenti*)* pone il problema del grado di garanzia riconosciuto al cittadino, in qualità di destinatario di provvedimenti amministrativi. Come noto, ogni potere di questa natura deve trovare non solo fondamento nella legge (principio di legalità in senso formale)[2] ma la legge deve fissare i limiti e i contenuti del potere amministrativo (principio di legalità in senso sostanziale)[3].

Orbene, tale potere, anche detto "atipico", ponendo dei problemi di compatibilità con il principio di legalità dell'azione amministrativa è stato oggetto di numerose

[1] R. LORENZETTI, (a cura di), *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana. Origini, contenuti, limiti*, Napoli, Jovene, 2009; V. ITALIA, *La sicurezza urbana. Le ordinanze dei sindaci e gli osservatori volontari*, Milano, Giuffrè, 2010, in particolare p. 3 ss.; MANETTI-BORELLO (a cura di), *Sicurezza urbana: poteri e garanzie*, Rimini, Maggioli, 2011.

[2] In ossequio al Principio di legalità inteso in senso formale, ogni potere dell'esecutivo deve esser basato su una norma di legge che li preveda e li autorizzi, senza bisogno che tale norma disciplini altresì, le modalità di esercizio del potere. In questo senso F. MODUGNO, *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino 2010, p. 102 ss. Ma cfr. Anche F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969; S. FOIS, «*Legalità (principio di)*», in *Enc. Dir.*, Milano, XXIII, 1973, pp. 659-703; F. LEVI, «*Legittimità (Diritto amministrativo)*», in *Enc. Dir.*, Milano, XXIV, 1974, pp. 124-140; L. CARLASSARE, «Legalità (principio di)», in Enc. Giur., Roma, XVIII, 1988; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in Dig. Disc. pubbl., vol. IX, Torino, 1994; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, DPb, 1995, pp. 91 ss.; F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'Amministrazione*, FA, 1997, pp. 3303 ss.

[3] Inteso in senso sostanziale, il Principio di legalità impone forti vincoli al potere in concreto esercitato, nella misura in cui non solo esso deve essere autorizzato, ma anche disciplinato dettagliatamente dalla legge, che deve definire criteri e modalità del suo esercizio. La dottrina tradizionale è da sempre attenta a queste tematiche e, nell'ambito degli Autori che se ne sono occupati, non si può non tener conto di D. SIMEOLI, *Appunti sul principio di legalità amministrativa*, in Questione Giustizia, n. 4 del 2016 ove si chiarisce sul principio di legalità in senso sostanziale che: "*Tradizionalmente si afferma che, (almeno) nei settori di attività che la costituzione riserva alla legge, il principio di legalità risulta rafforzato in senso "sostanziale" (nel senso di postulare sia il fondamento legislativo dei poteri conferiti all'amministrazione, sia l'apposizione di limiti contenutistici alla sua azione). Ciò in quanto la riserva di legge, nel regolare i rapporti fra le fonti, restringe la discrezionalità della pubblica amministrazione nell'esecuzione della legge. Sennonché, l'analisi rivela come, anche in tali settori, le nuove «sedi tecniche» di regolazione esercitano poteri (normativi e autoritativi) fondati su previsioni spesso generiche ovvero implicite. Secondo una tesi, il principio di legalità starebbe lentamente lasciando il posto ad un più duttile principio di necessaria predeterminazione normativa dell'attività amministrativa, alla cui stregua l'adozione di misure concrete deve essere preceduta dalla formulazione di criteri generali ed astratti. La "legalità" sarebbe soddisfatta anche da fonti subprimarie, in quanto comprensiva di tutto ciò che la concreta attività amministrativa deve rispettare. Così riconfigurato, il principio di legalità non troverebbe più fondamento nell'esigenza democratica di assoggettare l'amministrazione pubblica all'indirizzo politico delle assemblee politiche rappresentative, bensì avrebbe esclusivamente la funzione di garantire l'imparzialità dell'azione concreta delle amministrazioni pubbliche, sottoponendola a regole generali ed astratte preventivamente stabilite ed universalmente conoscibili*".

ISSN 2036-7821

pronunce giurisprudenziali, che saranno nel prosieguo analizzate, in particolare dei Tar e del Consiglio di Stato.
Giurisprudenza e Dottrina, come vedremo, si sono orientate nel senso di delimitare il più possibile gli ambiti di applicazione del potere *de quo* affermandone il carattere assolutamente residuale, di *extrema ratio*, utilizzabile, dunque, solo in assenza di altri mezzi predisposti dall'ordinamento.
L'intento di chi scrive, aderendo ai canoni interpretativi offerti dalla Giurisprudenza stessa, è di soffermarsi sulla evoluzione di tali ragionamenti per riflettere, infine, anche sulla configurazione attuale di tale potere c.d. innominato in seguito alle vicende legate alla diffusione della pandemia COVID-19 in cui abbiamo assistito a una proliferazione di tali ordinanze secondo un modello non conforme, quanto meno *prima facie,* a quello costituzionalmente delineato.

2. Le principali problematiche in tema di ordinanze contingibili e urgenti. La loro posizione nella gerarchia delle fonti del diritto

Prima di analizzare le ordinanze contingibili e urgenti emanabili dal Sindaco, è d'uopo dar conto, in generale, della natura e dei presupposti dei provvedimenti *de quibus*. Le stesse, infatti, pongono molteplici problemi sia sul piano prettamente dogmatico che su quello pratico.
Il primo problema da approfondire è il loro inquadramento nella gerarchia delle fonti. Esse, infatti, possono derogare alla legge, sebbene debbano comunque rispettare i limiti imposti dalla Costituzione e i principi generali dell'ordinamento.
Come sottolineato in dottrina, queste ordinanze "*Rispetto ai singoli eventi calamitosi e alle conseguenti delibere dello stato di emergenza, formano veri e propri microordinamenti, sistemi giuridici in sé completi nei quali operano rapporti tra le fonti che solo in parte riproducono quelli dell'ordinamento generale*"[4].
Il motivo per cui tali ordinanze possono derogare alla fonte primaria si rinviene nella necessità di fronteggiare situazioni di emergenza.
Come indicato dalla dottrina, si tratta di un'esigenza che "*taglia trasversalmente l'ordinamento*" come dimostrano l'art 77 Cost.[5] e l'art. 54 c.p., sullo stato di necessità.[6]

[4] A. ANDRONIO, *Le ordinanze di necessità e urgenza per la tutela dell'ambiente nei più recenti indirizzi giurisprudenziali*, in U. DE SIERVO (a cura di), Osservatorio sulle fonti 1998, Torino, Giappichelli, 1999.
[5] A mente del quale "*Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria. Quando, in casi straordinari di necessità e di urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni. I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti*".
[6] Il quale sancisce che "*Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo*".

ISSN 2036-7821

Tale ultima norma prevede infatti una eccezione all'applicazione della norma incriminatrice proprio in ragione di una situazione urgente, imprevedibile e straordinaria. L'eccezione è giustificata solo se il soggetto sia mosso dalla necessità di salvare se stesso o altri da un pericolo che è attuale e non è stato il frutto di una condotta a monte del soggetto che intende avvalersene. In questo senso, deve trattarsi di una situazione non governabile dal soggetto che invoca lo stato di necessità e rappresenta un esempio di come la straordinarietà delle situazioni possa incidere su fonti primarie anche in materia penale.

Nell'ambito del diritto amministrativo, invece, la necessità giustifica l'esistenza di due categorie di atti amministrativi: gli atti necessitati e le ordinanze di necessità e di urgenza[7]. I primi sono atti la cui adozione è subordinata alla presenza di un pericolo, ad esempio, l'occupazione d'urgenza. Sono atti che rispettano però pienamente i criteri di tipicità perché la norma di legge, che attribuisce il potere, ne predetermina i presupposti e i contenuti. Al contrario, le ordinanze di necessità e di urgenza rappresentano un'eccezione ai principi di tipicità e legalità: non è infatti predeterminato dal dato positivo il loro contenuto proprio al fine di consentire una certa elasticità all'azione amministrativa.

Pertanto, alla luce di una tale atipicità, per evitare il rischio di abusi di potere, tali ordinanze devono rispettare non solo la Costituzione ma anche i principi generali dell'ordinamento[8].

Sul punto la giurisprudenza ha chiarito che, tra i principi generali, rientrano quello di ragionevolezza e proporzionalità[9].

---

[7] Sulla distinzione tra atti necessitati e poteri di ordinanza, si rinvia all'autorevole contributo di M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. Compl. Cass. civ.*, XXVII, 1948, p. 949, ora in *Scritti*, IV, Milano, Giuffrè, 2004, p. 952). Sul punto cfr. anche A. FIORI, *Illegittimità dell'ordinanza sindacale contingibile e urgente in assenza di un'adeguata istruttoria*. Nota a T.A.R. Campania, 4 novembre 2019, n. 5199, in *Giur. Amm.*, secondo il quale "*gli atti necessitati (o provvedimenti d'urgenza) sono atti tipici e nominati, in quanto previsti e disciplinati in ogni loro elemento dalla legge, ferma restando la discrezionalità della Pubblica Amministrazione in ordine alla scelta del tipo di provvedimento da adottare nel caso concreto; le ordinanze extra ordinem, invece, non hanno un contenuto predeterminato, in quanto le norme attributive del relativo potere lasciano all'Amministrazione ampia discrezionalità in ordine ai contenuti del provvedimento, per poterlo opportunamente adattare a quanto le circostanze di volta in volta richiedono*".

[8] Si è escluso, tuttavia, che queste ordinanze abbiano natura normativa: sul punto, si veda G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza* (Diritto costituzionale e amministrativo), in Nss. Dig. it., XII, 91-94 e F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, in *Enc. giur., XXII*, par. 2.1. Ma per un approfondimento cfr. anche *infra* nel testo.

[9] Consiglio di Stato, Sez. I, 24 marzo 2021, n. 830 che dispone: "*Il potere di ordinanza contingibile e urgente presuppone, dunque, necessariamente situazioni non tipizzate dalla legge di pericolo effettivo, la cui sussistenza deve essere suffragata da una istruttoria adeguata e da una congrua motivazione. L'occorrenza di tali situazioni giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente. Possono emanarsi nel caso di una situazione di pericolo, definita quale ragionevole probabilità che accada un evento dannoso nel caso in cui l'Amministrazione ometta di intervenire tempestivamente. In particolare, l'urgenza deve essere intesa come impossibilità di differire l'intervento ad altra data, in relazione alla ragionevole previsione di un danno incombente, mentre la contingibilità deve essere intesa come impossibilità di far fronte alla situazione di pericolo incombente con gli ordinari mezzi offerti dall'ordinamento giuridico (Cons. Stato, sez. I, parere n. 321/2021). Censurano i ricorrenti la legittimità dell'ordinanza*

ISSN 2036-7821

Infatti, l'ordinanza di questo tipo, spesso, incide su interessi dei privati di grande rilievo e per questo tipo la PA deve adottare l'atto che arrechi il minor pregiudizio per il privato.
Ci si è chiesto, in dottrina, se le ordinanze straordinarie possano derogare al diritto dell'Unione europea. Sul punto la giurisprudenza amministrativa, in un isolato caso[10], si è pronunziata in senso favorevole. Teoria, questa, che pare tuttavia criticabile, nella misura in cui secondo il consolidato indirizzo della Consulta, confermato, tra le altre, anche dalle Sentenze 28 marzo 2006, n. 129 e 28 gennaio 2010, n. 28, le norme dell'Unione europea (nel caso di specie si trattava di Direttive) hanno natura di norme interposte, atte cioè ad integrare il parametro per la valutazione della conformità costituzionale delle norme di rango primario e secondario. Conseguentemente, aderendo all'inquadramento di tali fonti come norme "para-costituzionali", ne discende l'inderogabilità, specie da parte di un'ordinanza sindacale.

2.2. Segue: Limiti temporali e limiti procedimentali

Un'altra questione oggetto di dibattito concerne l'esistenza di un limite temporale alle ordinanze.
Secondo l'orientamento tradizionale, questo potere deve necessariamente avere un limite temporale. In questo senso si è espressa anche la giurisprudenza della Consulta, la quale ha rilevato che "*la dizione letterale della norma implica che non è consentito alle ordinanze sindacali "ordinarie" – pur rivolte al fine di fronteggiare «gravi*

lamentando, inoltre, la violazione del principio di proporzionalità. Si è in proposito affermato che «mentre il principio di ragionevolezza postula la coerenza tra valutazione compiuta e decisione presa (rispettivamente, la coerenza tra decisioni comparabili), il principio di proporzionalità esige che gli atti amministrativi non debbono andare oltre quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato e, qualora si presenti una scelta tra più opzioni, la pubblica amministrazione deve ricorrere a quella meno restrittiva, non potendosi imporre obblighi e restrizioni alla libertà del cittadino in misura superiore a quella strettamente necessaria a raggiungere gli scopi che l'amministrazione deve realizzare, sicché la proporzionalità comporta un giudizio di adeguatezza del mezzo adoperato rispetto all'obiettivo da perseguire e una valutazione della portata restrittiva e della necessità delle misure che si possono prendere: criteri valutativi, da applicare in modo particolarmente rigoroso nel sindacato della legittimità di un potere di natura eccezionale, quale quello attribuito al Sindaco di emanare ordinanze contingibili e urgenti, che può essere esercitato solo per affrontare situazioni di carattere eccezionale e impreviste, per le quali sia impossibile utilizzare gli ordinari mezzi apprestati dall'ordinamento giuridico". Si veda anche, nello stesso senso, Consiglio di Stato sez. V, 14 novembre 2017, n.5239.

[10] TAR Puglia, Bari, 25 febbraio 1997, n. 208 che ha statuito che "*La immediata operatività ed efficacia nell'ordinamento dello Stato della normativa comunitaria, viene necessariamente meno a fronte del legittimo esercizio da parte dell'autorità del potere di deroga. Il potere di ordinanza in deroga ad ogni disposizione vigente, con il solo limite del rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, attribuito dal Presidente del Consiglio dei Ministri al commissario delegato per l'attuazione degli interventi conseguenti alla dichiarazione dello stato di emergenza ai sensi dell'art. 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, si estende alla normativa comunitaria. È legittima, pertanto, l'introduzione nel bando della gara per l'affidamento dei lavori di costruzione dell'impianto di depurazione del Comune di Gallipoli, deliberata a seguito del dichiarato stato di emergenza socio– economico–ambientale della Puglia e da aggiudicarsi col criterio del massimo ribasso, della regola della esclusione automatica delle offerte anomale, in deroga alla normativa comunitaria contenuta nella Direttiva n. 93/37/CEE che impone la verifica in contraddittorio delle offerte anormalmente basse*".

ISSN 2036-7821

pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana» – di derogare a norme legislative vigenti, come invece è possibile nel caso di provvedimenti che si fondino sul presupposto dell'urgenza e a condizione della temporaneità dei loro effetti.
La giurisprudenza costante e consolidata, ha infatti precisato che deroghe alla normativa primaria, da parte delle autorità amministrative munite di potere di ordinanza, sono consentite solo se temporalmente delimitate e, comunque, nei limiti della concreta situazione di fatto da fronteggiare[11].
Un secondo orientamento, minoritario, ha invece escluso l'esistenza di un limite temporale a priori: è "*invero, da disattendere la tesi della temporaneità o provvisorietà come carattere ineliminabile delle ordinanze contingibili e urgenti, giacché questa qualificazione si mostra, in via di principio, non condivisibile se lo strumento apprestato deve essere elastico, perché si deve adeguare alle più imprevedibili o impreviste situazioni di rischio per gli interessi contemplati dalla legge*"[12].
Pare tuttavia opportuno ribadire ancora una volta il fatto che la necessità di questo tipo di ordinanze discende direttamente ed indissolubilmente da una situazione di emergenza, cessata la quale viene meno il presupposto della loro legittimazione. Alla luce di tali presupposti, anche in virtù del rispetto dei principi fondamentali, sembra fisiologico nel concetto stesso di tali ordinanze un termine temporale, mutevole a seconda della concreta situazione emergenziale che si deve fronteggiare.
Per quanto concerne i limiti procedimentali vi è l'obbligo di motivazione. Sul punto, il Consiglio di Stato ha avuto modo di precisare che la motivazione deve riguardare non solo la sussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere ma deve dar conto dell'istruttoria[13].

2.3. Segue: La discussa natura giuridica delle ordinanze contingibili e urgenti
Sulla natura giuridica delle ordinanze sono, nel tempo, emerse una serie di tesi.
Una prima tesi sostiene che le ordinanze *de qua* hanno natura normativa e vanno inquadrate come fonti di secondo grado le quali possono eccezionalmente derogare alle norme primarie. Al fine di sostenere ciò si valorizza il carattere astratto e

[11] *Ex plurimis*, cfr. le Sentenze della Corte costituzionale n. 4 del 1977, n. 127 del 1995, n. 418 del 1992, n. 32 del 1991, n. 617 del 1987, n. 8 del 1956. La dottrina è nel senso di ritenere che il potere di ordinanza non possa essere libero nel fine ed illimitato nello spazio e nel tempo C. LOTTA, *Le ordinanze sindacali contingibili e urgenti adottate dai Sindaci nell'emergenza sanitaria dovuta alla diffusione del virus Covid-19,* in *dirittifondamentali.it*, 2/2021, p. 393 ss.
[12] Consiglio di Stato, sez. V, 29 maggio 2006, n. 3264.
[13] Sottolinea Consiglio di Stato, sez. III, 19 gennaio 2021, n. 571, § 8 che "*…il rigoroso svolgimento di una compiuta e mirata istruttoria volta a riscontrare, attraverso una indagine che faccia emergere e dia adeguatamente conto della situazione di fatto da regolare, l'effettiva sussistenza dei presupposti di necessità ed urgenza cui si correla una situazione di effettivo e concreto pericolo per la integrità dei beni tutelati, la quale non sia fronteggiabile con gli ordinari strumenti di amministrazione attiva*".

ISSN 2036-7821

generale delle ordinanze, che può trovare applicazione in una casistica ampia e non predeterminata[14].

Un secondo indirizzo ritiene che le ordinanze di cui si discute non abbiano valore normativo in quanto prive del carattere dell'innovatività, imprescindibile per le fonti normative[15]. In particolare, il Consiglio di Stato ha evidenziato che "Le *cd. ordinanze extra ordinem non hanno carattere di fonti primarie dell'ordinamento giuridico, attesa la loro efficacia meramente derogatoria, e non innovativa, nell'ordinamento medesimo, né l'eventuale attribuzione ad esse della qualifica di atti di alta amministrazione le sottrae al sindacato giurisdizionale, dato che tali atti sono pacificamente sindacabili dal giudice amministrativo*"[16].

A sostegno di questa tesi ci si richiama anche al contenuto concreto e specifico di sovente fatto proprio da tali provvedimenti.

Da ultimo, una terza posizione, ritiene che bisognerebbe indagare la natura giuridica delle ordinanze caso per caso[17].

3. Le ordinanze contingibili e urgenti adottabili dal Sindaco nella veste di ufficiale di Governo

L'art. 54, comma quarto, D.Lgs. 267/2000, novellato dalla L. n. 125/2008 dispone che "*il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta con atto motivato provvedimenti, [anche] contingibili e urgenti, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana*". Con sentenza 115/2011 la Consulta ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale nella parte in cui comprende la locuzione "*anche*" prima delle parole "*contingibili e urgenti*".

L'art. 54 costituisce una novità rispetto alla precedente disciplina di cui all'art. 38, comma 2, L. 142 del 1990, che limitava tale potere a situazioni specificamente individuate[18].

La novella rimanda la definizione del potere ad un successivo decreto del Ministero dell'Interno, poi adottato il 5 agosto 2008, che ha definito le aree di applicazione di tale potere e dettato una nozione di sicurezza urbana che la definisce "*un bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale*".

[14] Cfr. E. CASETTA, Manuale di diritto amministrativo, 2007, p. 339 e R. GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2021, p. 72. Sulla natura normativa delle ordinane emergenziali cfr. anche E.C. RAFFOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributi a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, 2019, p. 248 ss.

[15] Cfr. Corte costituzionale, 4 gennaio 1997, n. 4.

[16] Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 11 dicembre 2013, n. 5973.

[17] R. GAROFOLI, op. cit., p. 73.

[18] Cfr. R. GAROFOLI, op. cit., p. 70

ISSN 2036-7821

Autorevole dottrina[19], subito dopo l'adozione del decreto, ha evidenziato due principali problematiche connesse all'esercizio dei poteri *de quibus*: in primo luogo, non si comprende quali siano i limiti di tali poteri in quanto la legge si riferisce a provvedimenti "anche" contingibili e urgenti; in secondo luogo, non è chiaro quali siano le possibili aree di intervento che possono essere interessate da simili ordinanze. Problematiche – queste – che saranno affrontate nei paragrafi che seguono.

3.1. Segue: I limiti ai poteri del Sindaco

La prima questione enunciata nel paragrafo che precede concerne il contenuto ed i limiti del potere del Sindaco.

In particolare, sul significato da attribuire alla parola "anche", inserita nel citato testo di legge prima dell'intervento della Corte costituzionale.

Sul punto si sono registrate diverse interpretazioni.

Sulla base di un primo orientamento, questa parola implicherebbe che il Sindaco "*al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana*", possa adottare due tipi di provvedimenti. Accanto alle classiche ordinanze sindacali urgenti vi sarebbero ordinanze sindacali senza la caratteristica dell'urgenza e della contingibilità[20]. Questa interpretazione porta a dubitare della legittimità costituzionale di simili ordinanze, prive delle caratteristiche anzidette. Infatti, come anticipato, il principio di legalità dell'azione amministrativa, che si deduce dagli artt. 23, 97 e 113 della Costituzione, pone il divieto di adozione di atti atipici. Questo divieto conosce un'eccezione nella misura in cui il potere serva a fronteggiare situazioni imprevedibili di emergenza o di urgenza. Proprio per permettere al pubblico potere di gestire tali situazioni, l'ordinamento conosce forme di atipicità dei provvedimenti amministrativi, i quali sono legittimi nei limiti in cui servono a fronteggiare l'urgenza.

Un secondo orientamento, al contrario, interpretando la legge in modo costituzionalmente orientato, ritiene che la parola "anche" rappresenti un mero errore del legislatore nella stesura del testo di legge[21].

Quest'ultima soluzione, sebbene abbia il pregio di risolvere radicalmente i problemi di costituzionalità, si pone in aperto contrasto non solo con il testo di legge, evidentemente, ma anche con la *voluntas legis*, in quanto il Decreto-legge si pone l'obiettivo di ampliare i poteri attribuiti al Sindaco.

Il terzo orientamento[22], mediano tra i due sopra enunciati, distingue tra le due tipologie di provvedimenti: la prima tipologia è volta a "*"prevenire" ed "eliminare" i*

[19] Giupponi, "*Sicurezza urbana" e ordinamento costituzionale*, in Le Regioni, 2010 p. 717.
[20] Cfr. Giupponi, op. cit., p. 718.
[21] Cfr. A. PAJNO, *La sicurezza urbana tra poteri impliciti e inflazione normativa,* in Astrid online, p. 27 ss.
[22] Giupponi, op. cit., p. 49 ss.

ISSN 2036-7821

più volte citati gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana, potrebbe ipotizzarsi che, mentre sul piano più generale della prevenzione i provvedimenti generalmente adottabili dovrebbero essere quelli di natura ordinaria, conseguentemente dotati di una maggiore stabilità, sul piano specifico dell'eliminazione e del contrasto puntuale ai fenomeni di insicurezza urbana possano trovare applicazione più confacente le ordinanze contingibili e urgenti, limitate ad affrontare una specifica situazione di disagio, definita nel tempo e nello spazio"[23].

A risolvere la questione è intervenuta, come anticipato, la Consulta, con la sentenza n. 115 del 2011 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 54, comma 4, nella parte in cui comprende la locuzione *"anche"* prima delle parole *"contingibili e urgenti"*[24].

La Corte costituzionale, a tal fine, procede ad un'analitica ricostruzione del quadro normativo di riferimento, effettuando una serie di considerazioni.

Innanzitutto, si chiarisce che le ordinanze non contingibili e urgenti, dunque ordinarie, non possono derogare alla legge.

Per affermare ciò la Corte si richiama proprio al citato testo dell'art. 54, osservando che la frase «anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento» è posta tra due virgole, da ciò deducendosi che solo i provvedimenti contingibili e urgenti devono rispettare i principi generali dell'ordinamento e non anche gli altri non contingibili e urgenti. In altri termini, la frase avrebbe dovuto essere così redatta: «adotta con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento […]».

La Corte, pertanto, sul punto rileva che, stando al dato letterale *"non è consentito alle ordinanze sindacali "ordinarie" – pur rivolte al fine di fronteggiare «gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana» – di derogare a norme legislative vigenti, come invece è possibile nel caso di provvedimenti che si fondino sul presupposto dell'urgenza e a condizione della temporaneità dei loro effetti.*

Sulla scorta del rilievo sopra illustrato, secondo cui la norma censurata, se correttamente interpretata, non conferirebbe in alcun modo ai sindaci il potere di emanare ordinanze di ordinaria amministrazione in deroga a norme legislative o regolamentari vigenti, la Consulta conclude che non sussistono i vizi di legittimità che sono stati denunciati sulla base del contrario presupposto interpretativo.

In secondo luogo, la Corte chiarisce che, sebbene queste ordinanze non siano incostituzionali sotto il profilo di cui al punto che precede, esse attribuiscono un potere fortemente discrezionale al Sindaco.

---

[23] Cfr. Giupponi, op. cit., p. 718

[24] Cfr. si vedano Carrer, *Le ordinanze dei sindaci e la scorciatoia della Corte*, nonché Parisi, *Dimenticare Zagrebelsky? Brevi note su legalità sostanziale e riserva relativa nella sentenza 115*/2011, entrambi in Forum di Quaderni costituzionali al seguente indirizzo www.forumcostituzionale.it.

ISSN 2036-7821

Come noto, ogni forma di discrezionalità amministrativa deve conoscere un limite. Nel caso delle ordinanze contingibili e urgenti l'unico limite al potere è costituito dal fine ossia quello "di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana".
L'assenza di ulteriori limiti al potere pone il problema della conciliabilità di tali ordinanze al principio di legalità in senso sostanziale, fondamentale in ogni Stato di diritto.
Osserva la Corte che, infatti, questo *"(…) principio non consente «l'assoluta indeterminatezza» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, ex plurimis, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa*".

3.2. Segue: aree di intervento delle ordinanze sindacali de quo

La pronunzia dei Giudici costituzionali sopra citata sottolinea, tra l'altro, come il potere del Sindaco incide "*per la natura delle loro finalità (incolumità pubblica e sicurezza urbana) e per i loro destinatari (le persone presenti in un dato territorio)*" sulle libertà fondamentali, imponendo, ad esempio, obblighi comportamentali. In altri termini, queste ordinanze impongono delle "prestazioni" da parte dei consociati e l'art. 23 Cost. contiene il divieto di imporre prestazioni di natura patrimoniale o personale in assenza di una specifica disposizione legislativa di copertura.
Si tratta di una riserva di legge che sebbene relativa (tranne che per le libertà coperte da riserva assoluta, come la libertà personale di cui all'art. 13 della Cost.) non è priva di contenuto. Infatti, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale, la dicitura «in base alla legge» dell'art. 23 Cost. deve essere interpretato «*in relazione col fine della protezione della libertà e della proprietà individuale, a cui si ispira tale fondamentale principio costituzionale»; questo principio «implica che la legge che attribuisce ad un ente il potere di imporre una prestazione non lasci all'arbitrio dell'ente impositore la determinazione della prestazione*»[25].

[25] Cfr. Corte costituzionale, 6 gennaio 1957, n. 4 ove si osserva: "*L'art. 23 della Costituzione esige, come una condizione essenziale per la legittimità costituzionale dell'imposizione di una prestazione patrimoniale, che questa sia imposta "in base alla legge". Non é contestato che il "diritto di contratto", che é imposto dall'Ente risi, é preveduto dall'art. 9 del R.D.L. 11 agosto 1933, n. 1183. Si controverte se le disposizioni di tale articolo, per il modo come regolano l'imposizione del "diritto di contratto", rispondano alle esigenze dell'art. 23 della Costituzione. Nelle ordinanze del Tribunale di Verona e dei Pretori di Mantova e di Mortara si é sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9 del R.D.L. 11 agosto 1933, n. 1183, in riferimento all'art. 23 della Costituzione rilevando, in particolare, che la disposizione legislativa, che conferisce all'Ente nazionale risi il potere di imporre il "diritto di contratto", non fissa il limite massimo di questa prestazione. L'art. 23 della Costituzione prescrive che l'imposizione di una prestazione patrimoniale abbia "base" in una*

ISSN 2036-7821

Da ultimo, la Corte chiarisce che la lacuna legislativa non può essere colmata da un provvedimento amministrativo, come il decreto ministeriale "*in quanto si tratta di atto non idoneo a circoscrivere la discrezionalità amministrativa nei rapporti con i cittadini*". Infatti, si evidenzia che il decreto stesso rappresenta un atto di discrezionalità e "*solo se le limitazioni e gli indirizzi contenuti nel citato decreto ministeriale fossero stati inclusi in un atto di valore legislativo, questa Corte avrebbe potuto valutare la loro idoneità a circoscrivere la discrezionalità amministrativa dei sindaci. Nel caso di specie, al contrario, le determinazioni definitorie, gli indirizzi e i campi di intervento non potrebbero essere ritenuti limiti validi alla suddetta discrezionalità, senza incorrere in un vizio logico di autoreferenzialità*".

Per queste ragioni, la Corte costituzionale accoglie la questione di incostituzionalità sotto questo profilo[26].

Peraltro, la Corte ritiene che la disposizione violi anche l'art. 97 Cost. che garantisce l'imparzialità della PA e, a tal fine, stabilisce che i provvedimenti amministrativi possono solo dare attuazione a ciò che la legge dispone.

Più precisamente, osserva la Corte che nel caso in oggetto "*(…) l'imparzialità dell'amministrazione non è garantita ab initio da una legge posta a fondamento, formale e contenutistico, del potere sindacale di ordinanza. L'assenza di limiti, che non siano genericamente finalistici, non consente pertanto che l'imparzialità dell'agire amministrativo trovi, in via generale e preventiva, fondamento effettivo, ancorché non dettagliato, nella legge*".

A contrario, è inconcepibile un potere di ordinanza libero, privo di fondamento legislativo e svincolato da presupposti di necessità e di urgenza, proprio perché inevitabilmente comporterebbe una palese violazione del principio di uguaglianza del cittadino, atteso che un medesimo comportamento potrebbe esser ritenuto

---

legge, ma non esige che la legge, che conferisce il potere di imporre una prestazione, debba necessariamente contenere l'indicazione del limite massimo della prestazione imponibile. Il rilievo che nella legge, in base alla quale un ente é abilitato a stabilire una prestazione, non é fissato il massimo della prestazione imponibile, non é per sé solo sufficiente per ritenere che, per tale mancanza, la legge sia costituzionalmente illegittima rispetto all'art. 23 della Costituzione. Ma l'espressione "in base alla legge" contenuta nell'art. 23 della Costituzione, dovendosi interpretare in relazione col fine della protezione della libertà e della proprietà individuale, a cui si ispira tale fondamentale principio costituzionale, implica che la legge, che attribuisce ad un ente il potere di imporre una prestazione, non lasci all'arbitrio dell'ente impositore la determinazione della prestazione. Il principio posto nell'art. 23 della Costituzione esige non *soltanto che il potere di imporre una prestazione abbia base in una legge, ma anche che la legge, che attribuisce tale potere, indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'ente impositore nell'esercizio del potere attribuitogli*".

[26] Letteralmente, la Consulta rileva che "*Si deve, in conclusione, ritenere che la norma censurata, nel prevedere un potere di ordinanza dei sindaci, quali ufficiali del Governo, non limitato ai casi contingibili e urgenti – pur non attribuendo agli stessi il potere di derogare, in via ordinaria e temporalmente non definita, a norme primarie e secondarie vigenti – viola la riserva di legge relativa, di cui all'art. 23 Cost., in quanto non prevede una qualunque delimitazione della discrezionalità amministrativa in un ambito, quello della imposizione di comportamenti, che rientra nella generale sfera di libertà dei consociati. Questi ultimi sono tenuti, secondo un principio supremo dello Stato di diritto, a sottostare soltanto agli obblighi di fare, di non fare o di dare previsti in via generale dalla legge*".

ISSN 2036-7821

variamente lecito od illecito a seconda del territorio comunale ove venga posto in essere, proprio in virtù del diverso ambito di competenza dei Sindaci.

4. Casi giurisprudenziali sul potere extra ordinem dei Sindaci.

Chiarite le coordinate teoriche fondamentali sulle ordinanze contingibili e urgenti è opportuno soffermarsi sulla casistica, comprendendo in che termini i Sindaci hanno attivato questo potere *extra ordinem* e individuando i limiti definiti dalla giurisprudenza dei TAR e del Consiglio di Stato.

Un primo profilo che la giurisprudenza amministrativa ha chiarito concerne la valutazione dei presupposti dell'urgenza e dell'imprevedibilità.

Le pronunce intervenute sul punto sono state molto rigide nell'effettuare tali valutazioni, in ossequio al principio di legalità.

In particolare, è opportuno rilevare come la giurisprudenza abbia:

- ritenuto illegittimo il disporsi del divieto di utilizzo di apparecchi automatici da gioco con vincite in certi orari con lo strumento delle ordinanze contingibili e urgenti (cfr. TAR Veneto, sez. III, 29 giugno 2017, n. 606 che ha statuito: "*Dall'esame degli atti si evince che la limitazione degli orari di funzionamento delle apparecchiature per il gioco lecito è stata disposta dal Sindaco con ordinanza contingibile e urgente (…) La possibilità di ricorrere allo strumento dell'ordinanza contingibile e urgente è, quindi, legata alla sussistenza di un pericolo concreto che impone di provvedere in via d'urgenza con strumenti extra ordinem, per fronteggiare emergenze sanitarie o porre rimedio a situazioni di natura eccezionale ed imprevedibile di pericolo attuale e imminente per l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana, non fronteggiabili con i mezzi ordinari apprestati dall'ordinamento*"[27]);
- ritenuta illegittima l'ordinanza disposta *sine die* per la prosecuzione del contratto di trasporto di rifiuti solidi urbani al fine di non interrompere il servizio (TAR Lazio, Latina, sez. I, 15 aprile 2015, n. 344 che ha evidenziato come: "*La ricorrente denuncia che l'ordinanza con cui il comune le ha imposto la prosecuzione della gestione del servizio è stata emanata in carenza dei presupposti dell'articolo 50 d.lg. 18 agosto 2000, n. 267, cioè in assenza di una imprevedibile ed eccezionale situazione di pericolo insuscettibile di essere affrontata facendo ricorso agli ordinari strumenti previsti dall'ordinamento. Si tratta di rilievi chiaramente fondati; sarebbe infatti difficilmente contestabile che il comune – ovviamente ben*

[27] Cfr. TAR Lazio-Roma, Sez. II Ter, 18 febbraio 2015, n.2773 e Cons. Stato, Sez. V, n. 904/2012 e n.820/2010 che ha evidenziato come "*Nel caso di specie, l'ordinanza è stata adottata dal Sindaco di Sesto Fiorentino oltre cinque mesi dall'attentato delle Due Torri e comunque tre mesi dopo la segnalazione prefettizia sulla necessità di intervenire e a fronte di una situazione - il deposito degli appellanti - ben nota alle autorità e quindi né imprevedibile, né eccezionale. Quindi non ricadevano le condizioni contingenti per l'adozione dell'ordinanza sindacale - situazione conosciuta e duratura nel tempo, adozione del provvedimento a lunga distanza dalla rappresentazione dei pericoli per le installazioni aeroportuali - ma difettavano altresì le necessità di coprire un eventuale vuoto normativo di carattere ordinario: infatti gli artt. 714, 714 bis, 715 ter e 716 cod. nav. prevedono una serie di possibilità d'intervento prima rimesse al Ministero dei Trasporti ed ora all'Ente nazionale dell'aviazione civile, da attivarsi in tutti quei casi di presenza di ostacoli o pericoli per la navigazione aerea e che ben potevano essere azionati nell'arco temporaneo rappresentato nella fattispecie (Cons. Stato, V, 15 marzo 2006 n. 1367)*".

ISSN 2036-7821

al corrente che alla data del 18 marzo 2014 il contratto con la ricorrente sarebbe scaduto – si sarebbe dovuto per tempo attivare per la selezione del nuovo gestore al fine di evitare che, alla prevista scadenza, si verificasse una soluzione di continuità nella gestione; ciò non è stato fatto per cui la situazione di pericolo creatasi costituisce la diretta responsabilità dell'inerzia e della negligenza dell'amministrazione che evidentemente non può pretendere di fronteggiarla obbligando un'impresa privata a gestire il servizio, oltretutto sine die (e in questa specifica prospettiva è fondato anche l'ulteriore rilievo secondo cui l'atto impugnato è illegittimo perché non fissa un termine di durata all'obbligo imposto alla ricorrente)".

Inoltre, la giurisprudenza ha, in più occasioni, chiarito un altro aspetto fondamentale per comprendere l'ambito di applicazione delle ordinanze in commento.

Infatti, si è evidenziato che gli strumenti *de quibus* non possono essere utilizzati in luogo di altri poteri tipizzati al solo fine di superare i limiti più stringenti che l'ordinamento prevede.

Un esempio di tale fenomeno è rappresentato dall'utilizzo delle ordinanze contingibili e urgenti che i Sindaci hanno effettuato in materia ambientale.

Come è noto, la materia ambientale trova espressa regolazione nel c.d. Testo unico ambiente o Codice ambiente di cui al D.lgs. n. 152 del 2006[28].

Nell'ambito di tale normativa di settore il legislatore riconosce ai Sindaci un potere tipico, ai sensi dell'art. 192 del Testo unico, in caso di abbandono o deposito di rifiuti sul suolo e nel suolo[29].

Il Sindaco può adottare delle misure ripristinatorie nel rispetto, tuttavia, dei requisiti sanciti dall'art. 192 stesso, che richiede la colpa o il dolo dei soggetti destinatari delle misure ripristinatorie.

Di sovente, per superare l'onere di motivazione in ordine all'elemento soggettivo in capo ai destinatari delle misure, i Sindaci hanno utilizzato lo strumento delle ordinanze contingibili e urgenti previste dal TUEL.

La giurisprudenza, dunque, chiamata a pronunciarsi, ha sottolineato che lo strumento *extra ordinem* non può essere utilizzato come mezzo per eludere i

---

[28] B. CARAVITA, Costituzione, *Principi costituzionali e tecniche di normazione per la tutela dell'ambiente*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), Ambiente e diritto, Firenze, Olschi, 1999.

[29] Letteralmente, l'art. 192 dispone che "*L'abbandono e il deposito incontrollati di rifiuti sul suolo e nel suolo sono vietati.E' altresì vietata l'immissione di rifiuti di qualsiasi genere, allo stato solido o liquido, nelle acque superficiali e sotterranee. Fatta salva l'applicazione della sanzioni di cui agli articoli 255 e 256, chiunque viola i divieti di cui ai commi 1 e 2 è tenuto a procedere alla rimozione, all'avvio a recupero o allo smaltimento dei rifiuti ed al ripristino dello stato dei luoghi in solido con il proprietario e con i titolari di diritti reali o personali di godimento sull'area, ai quali tale violazione sia imputabile a titolo di dolo o colpa, in base agli accertamenti effettuati, in contraddittorio con i soggetti interessati, dai soggetti preposti al controllo. Il Sindaco dispone con ordinanza le operazioni a tal fine necessarie ed il termine entro cui provvedere, decorso il quale procede all'esecuzione in danno dei soggetti obbligati ed al recupero delle somme anticipate. Qualora la responsabilità del fatto illecito sia imputabile ad amministratori o rappresentanti di persona giuridica ai sensi e per gli effetti del comma 3, sono tenuti in solido la persona giuridica ed i soggetti che siano subentrati nei diritti della persona stessa, secondo le previsioni del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, in materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni*".

ISSN 2036-7821

presupposti per l'esercizio di poteri disciplinati *aliunde*: "*Nel caso di specie la situazione poteva essere fronteggiata con mezzi tipizzati, cioè quelli di cui al T.U. in materia ambientale (d.lgs. 152 del 2006). A tali strumenti, naturalmente preposti a risolvere questo tipo di problematica, faceva riferimento anche la nota della Regione del 15.06.2020 (all. 14 al ricorso), che invitava il Comune a procedere "ai sensi degli artt. 191 e 192 del D.Lgs 152/06". Come affermato da Tar Campania, Napoli, sez. V, 03 febbraio 2020, n. 494, pertanto, "la sussistenza della previsione normativa di cui all'art. 192, d.lgs. n. 152/2006, che detta specifiche norme in caso di abbandono o deposito incontrollato di rifiuti, esclude la possibilità, da parte delle Pubbliche Amministrazioni, di ricorrere al potere extra ordinem proprio dei provvedimenti contingibili e urgenti". Infatti, "il potere sotteso all'adozione di un'ordinanza contingibile e urgente ha necessariamente contenuto atipico e residuale e può essere esercitato solo quando specifiche norme di settore non conferiscono il potere di emanare atti tipici per risolvere la situazione di emergenza. Nello specifico, la scelta del Comune di adottare un'ordinanza contingibile e urgente, come emerge dagli atti dell'istruttoria, appare dettata dal riscontro delle difficoltà – se non della radicale impossibilità - di accertare i più rigorosi presupposti sostanziali per le misure ambientali, fissati dagli artt. 188 e 192 del d.lgs. 152 del 2006, con il conseguente rischio di dover sopportare direttamente, almeno in prima battuta, le ingenti spese di rimozione"*[30].

Sempre nell'ottica di restringere la possibilità di ricorso alle ordinanze straordinarie, la giurisprudenza ha ritenuto che il potere possa essere esercitato solo e soltanto dal Sindaco e non dai dirigenti di un'area amministrativa. Ciò si giustifica alla luce della eccezionalità degli interventi di questo tipo, che impedisce una lettura estensiva della norma.

Sul punto, si è rilevato che: "*Orbene, la ricaduta di tali principi –rectius: del principio di legalità – sul caso di specie induce a considerare come sia solo il Sindaco (ma non il dirigente di un'Area amministrativa comunale), ad essere titolare, secondo i casi ex artt. 50 o 54 T.U.E.L. (ossia nei casi di grave pericolo per la salute pubblica), di un potere innominato di ordinanza (detta, appunto, contingibile e urgente) capace di derogare anche a fonti primarie dell'ordinamento. Nel caso di specie, viceversa, un potere innominato (e, comunque, di cui non è stato in alcun modo indicato il fondamento: il che, riguardando la vicenda sotto il profilo della motivazione dell'atto adottato, rende comunque illegittimo quest'ultimo) è stato esercitato da un organo (ossia dal dirigente dell'Area tecnica) che non ne risulta munito in base alle norme di settore; e ciò al fine di reprimere un presunto (e, peraltro, forse neppure sussistente) superamento dei limiti di rumorosità della (supposta) zona urbanistica (quelli generali non pare, invece, che siano superati) con l'irrogazione di una sanzione – l'inibizione della prosecuzione dell'attività artigianale svolta – che non risulta prevista dalla legge (e che nel provvedimento impugnato neppure si assume esserlo)"*[31].

[30] Cfr. Tar Friuli-Venezia Giulia, 18 maggio 2021, n. 154.
[31] Consiglio di Giustizia Amministrativa, sez. giur., 4 settembre 2014, n. 515.

ISSN 2036-7821

Un altro profilo oggetto di pronunce giurisprudenziali ha riguardato la possibilità per il privato di sollecitare con un'istanza il potere straordinario del Sindaco.
Si è chiarito, sul punto, che il terzo che vanti una situazione differenziata e qualificata possa certamente presentare un'istanza di sollecito e che su tale istanza vi sia, addirittura, un obbligo di provvedere (cioè di rispondere all'istanza). In questo senso, si è affermato che nel caso in cui il terzo, che vanta una posizione differenziata e qualificata rispetto ai membri della collettività, presenti un'istanza di sollecito dei poteri *extra-ordinem* e a questa non venga data alcuna risposta si integri un'ipotesi di silenzio inadempimento, tutelabile nelle forme previste dagli artt. 31 e 117 Codice del processo amministrativo.
Più nello specifico, il Consiglio di Stato ha avuto occasione di evidenziare che: "*Bene ha osservato in questo senso il primo giudice – dissipando e superando ogni apparente dubbio, peraltro, circa la potenziale ambiguità e iniziale contraddittorietà del suo ragionamento – che la proprietà dell'immobile, oggetto di occupazione abusiva, sulla quale viene chiesto di provvedere attribuisce alle ricorrenti una situazione di specifico e rilevante interesse, differenziata da quella della generalità dei consociati e tale, pertanto, da radicare in capo all'Amministrazione un obbligo di pronunciarsi sulla relativa istanza (…). Vanta infatti una situazione differenziata e qualificata, meritevole di tutela nelle forme dell'azione contra silentium in ordine ad una istanza sollecitatoria dei poteri sindacali di cui agli artt. 50 e 54 T.U.E.L., il privato, proprietario di un bene, il quale prospetti all'Amministrazione la sussistenza di un pericolo per l'igiene o per l'incolumità pubblica – e non già per il proprio diritto dominicale – derivante dall'abusiva occupazione del proprio bene perpetrata da una serie indeterminata di soggetti con modalità tali da non costituire più o soltanto un semplice spossessamento del bene e, quindi, un fatto illecito avente mera rilevanza inter privatos, ma da costituire un pericolo per l'igiene, l'ordine e la sicurezza pubblici, e invochi conseguentemente l'intervento dell'Amministrazione stessa a tutela dell'incolumità pubblica*"[32].
Alla luce di questo breve *excursus* giurisprudenziale è possibile dedurre che la giurisprudenza sia orientata nel senso di limitare il ricorso allo strumento straordinario tramite una lettura stringente dei requisiti presupposti per l'esercizio del potere c.d. innominato, ai sensi degli artt. 50 e 54 TUEL.
Inoltre, a delimitare ulteriormente l'ambito di applicazione, si pone la regola secondo cui in presenza di poteri tipizzati, previsti per quel determinato settore (es. ambiente), il Sindaco non può, disapplicando la normativa di settore, utilizzare lo strumento del potere innominato, così eludendo i limiti definiti dal legislatore per i poteri tipizzati.

5. Le ordinanze sindacali nell'esperienza pandemica. Conclusioni

[32] Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 14 novembre 2014, n. 5601.

ISSN 2036-7821

L'ancora oggi purtroppo attualissimo problema della pandemia da Covid-19 che interessa l'Italia (e con essa il mondo intero), costituisce senza dubbio una situazione emergenziale idonea a legittimare l'adozione di ordinanze contingibili e urgenti da parte dei Sindaci.

L'ulteriore presupposto, come ampiamente approfondito nei paragrafi che precedono, deve essere costituito dal necessario presupposto giuridico, la fonte normativa cioè dalla quale promana il potere sindacale anzidetto, proprio in ossequio al principio di legalità.

La legge del 23 dicembre 1978, n. 833 che ha istituito il servizio sanitario nazionale, all'art. 32 stabilisce che il Ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni.

Nelle medesime materie sono emesse dal presidente della giunta regionale e dal sindaco ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale.

Ebbene, il primo atto di natura legislativa che ha introdotto misure urgenti atte a contrastare l'epidemia, è stato il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, la quale ultima, all'art. 2 stabili(va) che "*le autorità competenti* [ovverosia i Sindaci] *possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da Covid-19* […]".

Al fine di evitare tuttavia il rischio che potessero essere adottate ordinanze in contrasto con le misure nazionali volte a fronteggiare l'emergenza sanitaria in atto, l'art. 35 del decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9 stabiliva a chiare lettere che "*a seguito dell'adozione delle misure statali di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, non possono essere adottate e, ove adottate sono inefficaci, le ordinanze sindacali contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali*".

Successivamente, con D.P.C.M. del 26 aprile 2020, è stato consentito ai Sindaci di disporre, con apposita ordinanza, la temporanea chiusura di aree ove non fosse possibile contingentare il rischio di assembramenti. Gli studiosi della materia[33], tuttavia, non hanno mancato di sottolineare come un'ordinanza sindacale adottata sulla base di un D.P.C.M. sarebbe stata costituzionalmente illegittima in quanto priva della necessaria autorizzazione legislativa. Per far fronte a questo problema, le disposizioni contenute nel citato D.P.C.M. 26 aprile 2020 sono state sostituite con

[33] Cfr. in particolare N. PIGNATELLI, *Le specialità delle ordinanze dei Sindaci nell'emergenza sanitaria nazionale: un potere "inesauribile"*, in *Dir. Reg.*, 2/2020, p. 76 ss.

ISSN 2036-7821

quelle contenute nel D.P.C.M. 17 maggio 2020, quest'ultimo adottato sulla base del d.l. 16 maggio 2020, n. 33.
Tale ultimo decreto-legge prevede(va) peraltro la "sopravvivenza" delle ordinanze sindacali adottate ai sensi del sopra menzionato art. 35 d.l. 2 marzo 2020, n. 9, ove ciò fosse risultato necessario dall'aggravarsi del rischio pandemico sul territorio comunale[34].
Il descritto quadro normativo è stato poi profondamente modificato dall'entrata in vigore del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, con il quale il legislatore ha inteso ampliare la sfera d'azione concessa ai Sindaci per fronteggiare la persistente emergenza sanitaria, ripristinando, di fatto, i poteri *extra ordinem* attribuiti ai Sindaci ai sensi dell'art. 50 T.U.E.L.
Da ciò è discesa un'ampia proliferazione di ordinanze sindacali su tutto il territorio nazionale, con la conseguenza che ad essere leso è stato il principio di eguaglianza dei cittadini[35]. Lesione derivante dall'assodata disparità di trattamento al livello locale, dal momento che è peraltro indubbio che un'ordinanza sindacale adottata in tempo di pandemia sia in grado di limitare libertà costituzionalmente garantite.
A tale riguardo, per un quadro completo della questione in argomento, si richiama la sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 12 marzo 2021 che, nel decidere su un ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri su questioni di legittimità costituzionale della legge della Regione Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11 (in tema di misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della medesima Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato d'emergenza), ha affermato che *"la materia oggetto dell'intervento legislativo regionale ricade nella competenza legislativa esclusiva dello Stato a titolo di «profilassi internazionale» (art. 117, secondo comma, lettera q, Cost.), che è comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla"*. In buona sostanza la Corte ha ricondotto le misure di contrasto alla pandemia Covid-19 nell'ambito della "profilassi internazionale".
Successivamente, con la sentenza n. 198 del 2021, la Corte ha ribadito che la competenza legislativa per il contenimento della pandemia spetta in esclusiva allo Stato, osservando inoltre che il modello tradizionale di gestione delle emergenze affidato alle ordinanze contingibili e urgenti, se da un lato appare conforme al disegno costituzionale, dall'altro non ne costituisce l'unica attuazione possibile, essendo ipotizzabile che il legislatore statale, a fronte di una emergenza sanitaria dai

[34] Una critica è mossa da C. LOTTA, *Op. cit*., p. 406, nella misura in cui egli ritiene impossibile che il Sindaco possa valutare l'aggravarsi del rischio epidemiologico e, per l'effetto, adottare ordinanze sindacali, senza prima raccordarsi con la struttura sanitaria regionale di riferimento.
[35] In questo senso il Cons. St. con parere 7 aprile 2020, n. 735 ha chiarito che gli stessi comportamenti potrebbero essere ritenuti variamente leciti od illeciti, a seconda delle numerose frazioni del territorio nazionale rappresentate dagli ambiti di competenza dei Sindaci.

ISSN 2036-7821

tratti del tutto peculiari, adotti nuove risposte normative laddove si imponga l'impiego di strumenti idonei alla situazione di crisi in costante divenire.
In conclusione, secondo diversi Autori[36] sarebbe stato opportuno contenere il potere sindacale espresso a mezzo delle ordinanze contingibili e urgenti, limitandolo nel solo ambito dei (pochi) interstizi lacunosi lasciati dai provvedimenti nazionali e regionali preposti a contenere la diffusione del virus.
Appare chiaro infatti che in generale, le ordinanze *de quo* devono trovare legittimazione in un provvedimento normativo che le autorizzi predeterminandone contenuti e limiti, nel pieno rispetto del principio di legalità e dei principi costituzionali, ivi compresa – per lo più nel caso di cui alle ordinanze adottate in era pandemica – la tutela del bene Salute, consacrata dall'art. 32 della Costituzione della Repubblica italiana.

[36] Per tutti cfr. C. LOTTA, *Op. cit.* p. 418 ss. ma anche C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributi a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, *cit*. p. 260.

ISSN 2036-7821