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. 2/2022

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 Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, 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. 2/2022

SOMMARIO

1. **Financiación asimétrica regional. El modelo español.**
di Juan Jesús Martos García.....pag. 1

2. **In virtù della interpretazione coordinata delle disposizioni costituzionali di cui agli articoli 2 e 3 le formazioni sociali non perseguono il fine di rimarcare la distinzione sociale ma al contrario sono funzionali alla integrazione solidale nel popolo "sovrano" in modo che possano concorrere adeguatamente a determinare la volontà generale (a proposito specifico dei cosiddetti ordini professionali legali).**
di Giuseppe Palma .....pag. 23

3. **I.I.A. (intelligenza artificiale amministrativa) e sindacato giurisdizionale.**
di Gennaro Terracciano.....pag. 37

4. **Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma. Punti critici e spunti di riflessione.**
di Aristide Police e Anna Maria Chiariello .....pag. 47

5. **Considerazioni sulla riapertura dei termini per la rideterminazione del valore delle partecipazioni societarie non negoziate in mercati regolamentati, sull'imposta sostitutiva e sul possibile emergere di condotte abusive.**
di Laura Letizia.....pag. 81

6. **Eccesso di potere giurisdizionale, fuga dalla legge e ricorso ai poteri impliciti: gli equivoci della semplificazione del giudizio e della elasticita' delle decisioni della Corte costituzionale in materia di tutela della salute.**
di Mariaconcetta D'Arienzo.....pag. 95

ISSN 2036-7821

7. **Considerazioni in tema di vincoli di bilancio e tutela del diritto alla salute.**
di Laura Lamberti……pag. 133

8. **Democrazia deliberativa e ciclo della performance. Riflessioni sul ruolo della dirigenza pubblica nello sviluppo della programmazione condivisa degli obiettivi.**
di Bruno Mercurio...……pag. 150

9. **Il caso Gamestop: chiare evidenze di un fallimento regolamentare e di supervisione dei mercati finanziari.**
di Luigi Scipione……..pag. 172

10. **Delimitazione legislativa alla partecipazione pubblica in società di capitali .**
di Massimiano Sciascia…….....pag. 200

11. **La partecipazione del proponente alla predecisione di impatto ambientale.**
di Sveva Bocchini……...pag. 245

12. **Il caso "bonus Covid" in favore dei titolari di cariche pubbliche: i rilievi sollevati all'INPS dal Garante per la protezione dati personali.**
di Filippo Lorè……..……..pag. 264

13. **Blockchain e Smart Contracts nella Pubblica Amministrazione: aspetti di un tentativo di digitalizzazione del settore pubblico.**
di Pasquale La Selva……..…….pag. 279

14. **Brevi riflessioni sui profili privatistici del "contratto di fiume".**
di Massimiliano Cicoria……..pag. 314

ISSN 2036-7821

15. **Gian Domenico Romagnosi giurista e teorico del Diritto Amministrativo Comparato.**
di Luigi Maria Pepe……pag. 333

16. **Cons. Stato, Adunanza Plenaria, Ord. 25 settembre 2020, n. 20. Cons. Stato, Adunanza Plenaria, Ord. 25 settembre 2020, n. 20. L'accesso come "regola" e la riservatezza come "eccezione": fino a che punto si possono indagare i rapporti finanziari del coniuge?**
di Gianluca Festa……pag. 359

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Financiación asimétrica regional. El modelo español.

di Juan Jesús Martos García

(Profesor titular de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Granada)

Sommario

1. Constitución española y Estado de las Autonomías. Evolución hacia una financiación asimétrica regional. 2. Régimen de financiación general o común. 2.1. Tributos propios autonómicos. 2.2. Cesión de competencias normativas en los impuestos estatales. 2.3. El principio de igualdad tributaria como límite constitucional al desarrollo de la autonomía fiscal de la CC.AA. 2.4. Garantizar la prestación de los servicios públicos fundamentales como límite mínimo del principio de solidaridad. 2.5. El principio de ordinalidad como límite máximo del principio de solidaridad. 3. Régimen de financiación de los territorios forales. 4. Conclusiones.

Abstract

Financing of Regions in Spain has evolved to resemble asymmetrical fiscal system. This accentuated political and financial decentralization of the Autonomous Communities causes the erosion of some constitutional principles. The principle of financial autonomy finds limits in the principles of national unity, fiscal equality and solidarity; while the principle of solidarity was also limited by the Spanish Constitutional Court by resorting to the formulation of the principle of ordinality, typical of federal States.

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

ISSN 2036-7821

1. Constitución española y Estado de las Autonomías. Evolución hacia una financiación asimétrica regional.

La Historia contemporánea de España está plagada de Constituciones partidistas que fueron derogadas y sustituidas por otro partido, de signo opuesto, cuando llegaba al poder. Durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, hasta siete Constituciones hechas por y para una parte de la sociedad fueron sucediéndose. Ninguna llegó a ser aceptada por una inmensa mayoría de españoles[1].

Tras la Guerra civil española (1936-1939) y, posteriormente, 40 años de dictadura de corte fascista, se produjo la transición hacia la democracia, que tuvo como elemento central el diseño de una nueva Constitución. En esta oportunidad se tuvieron presente los errores del pasado y se partió de una premisa fundamental: La nueva Constitución debía contar con el respaldo de todos los partidos políticos, de manera que ninguno propusiese que se votará en contra. Así, se conseguiría que fuese aprobada por una amplísima mayoría de ciudadanos, que tuviera una larga vigencia y que contribuyera a la estabilidad democrática del país, objetivo prioritario.

Para conseguirlo se diseñó tan abierta que todos pudieran hacerla suya. Este contexto justificó que la Constitución Española de 1978 (CE), a través de su Disposición Adicional Primera, ofreciera una sutil cobertura jurídica a posibles concesiones a 2 territorios especialmente reivindicativos, País Vasco y Navarra.

De la misma forma, el modelo de Estado no quedó plenamente cerrado. La Constitución no autoproclama a España como un Estado federal, pero sin embargo reconoce autonomía política, financiera y fiscal a las Regiones, denominadas en el texto constitucional como Comunidades Autónomas (CC.AA.), sin que concretara hasta donde debía llegar.

No predeterminó con precisión las competencias que corresponden a las CC.AA. Les asigno unas, pero dejó abierta la puerta a que el Estado central les pudiera ceder otras.

Tampoco predeterminó con precisión el sistema fiscal y de financiación de las Regiones, sino que lo dejó en manos del Estado Central para que lo haga mediante Ley orgánica, respetando los límites que emanan de la propia Constitución.

Al diseñar la Constitución desconocía hasta donde llegaría la descentralización política del Estado de las Autonomías y, por tanto, cuáles serían sus necesidades de financiación en cada momento. Por ello, se decidió que la Constitución no determinase de forma precisa el modelo de financiación autonómico, optando por que ésta estableciese simplemente unos principios generales y ciertas limitaciones,

[1] Constitución de 19 de marzo de 1812, que estuvo vigente en 3 periodos, desde 1812 a 1814, desde 1820 a 1823 y desde 1836 a 1837; Estatuto Real de 10 de abril de 1934, en vigor hasta 1936; Constitución de 18 de junio de 1837, que estuvo vigente hasta 1845; Constitución de 23 de mayo de 1845, cuya vigencia se extendió hasta 1868; Constitución de 6 de junio de 1869, en vigor desde 1869 hasta 1873; Constitución de 30 de junio de 1876, vigente hasta 1923; y Constitución de 9 de diciembre de 1931, que estuvo vigente en todo el territorio hasta 1936, cuando se inició la Guerra Civil, y solo en una parte hasta que concluyó, en 1939.

ISSN 2036-7821

para trasladar después al Estado central la labor de concretar en cada momento el modelo de financiación autonómico a través de Ley Orgánica, colocándolo en un plano de superioridad.

Este planteamiento constitucional ha permitido que se hayan sucedido diferentes modelos de financiación autonómica en España; y es que la Constitución está redactada de forma tan general que puede albergar modelos dispares, en los que la autonomía financiera en materia de ingresos pueda variar sensiblemente.

Inicialmente la mayor fuente de financiación autonómica procedía de la transferencia directa de fondos del Estado central, siendo su peso relativo en el conjunto de la financiación autonómica sumamente elevado en contraposición con otros ingresos sobre los que las CC.AA. tenían poder normativo para regularlos.

Esta situación de la financiación autonómica, descrita gráficamente como "*la asimetría del poder tributario y del poder del gasto*"[2] o como "*la asimetría del proceso descentralizador*"[3], evidenciaba que "*una cosa es la cantidad de dinero que administran y otra la forma en que se financia*"[4], esto es, de donde procede y si las propias CC.AA. tienen capacidad de decisión para modificarlo, directa o indirectamente, tanto en la cuantía como en la estructura de los ingresos.

Sin embargo, esta situación de partida fue cambiando. Surgieron algunas voces que reclamaron un cambio en el modelo de financiación autonómica que redujera significativamente el peso de las transferencias estatales y dotara de mayor protagonismo a los ingresos propios autonómicos, permitiéndoles con ello mayor autonomía para llevar a cabo políticas propias en materia de ingresos públicos[5].

Pero el factor determinante para ese cambio vino por la coyuntura política. En diversas oportunidades durante los últimos 40 años, tanto las competencias como el sistema de financiación de las CC.AA. han sido objeto de negociación política entre los partidos estatales y los partidos nacionalistas - en especial los catalanes- o regionalistas, cuando los primeros han pedido a los segundos su apoyo parlamentario.

Como consecuencia, el Estado ha ido cediendo progresivamente competencias (Educación, Sanidad, etc.) a las CC.AA. y en cada reforma de su sistema de financiación ha ido aumentado su autonomía financiera y fiscal. Han dispuesto de

[2] RAMALLO MASSANET, J., 1993, "La asimetría del poder tributario y del poder de gasto de las Comunidades Autónomas", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, p. 39.

[3] MONASTERIO ESCUDERO, C., 1994, "La evolución reciente de la Hacienda Autonómica", en *Papeles de Economía Española*, p. 59.

[4] CASTELL OLIVERES, A.M., 2003 "El sistema de financiación autonómica. Situación actual y perspectivas de reforma" en *El debate sobre el sistema de financiación autonómica*, Comares. El autor manifestó en aquella época que "*En España, por ejemplo, hemos avanzado mucho en la descentralización del gasto público y poca en la de los impuestos y ahí existe un problema importante que afecta de lleno al sistema de financiación*". La situación cambió posteriormente.

[5] SOLER ROCH, M.T., 1984-85 "La relación entre tributos cedidos y no cedidos", *Anales de la Universidad de Alicante*, Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante, 3-4; RODRÍGUEZ BEREIJO, A., 1985 "Una reflexión sobre el sistema general de la financiación de las Comunidades Autónomas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, p. 15.

ISSN 2036-7821

más dinero para poder prestar los servicios transferidas pero también de más autonomía para configurar su propio sistema de ingresos, acrecentando las diferencias tributarias entre regiones.

Así, tras más de cuatro décadas de vigencia de la Constitución española (CE), se ha pasado de un Estado centralizado a otro con una alta descentralización política, fiscal y financiera, de corte federal y todo ello, bajo los mismos principios constitucionales.

Principios constitucionales que inspiran y limitan el sistema de financiación de las CC.AA.: Unidad nacional, autonomía y solidaridad (Art.2), junto a la coordinación y lealtad institucional (art.156) y al principio de estabilidad presupuestaria (art.135); y junto a ellos, principios que inspiran y limitan el sistema tributario en su conjunto (art.31): Generalidad, capacidad económica igualdad, progresividad y no confiscatoriedad.

La convivencia de estos principios no siempre es pacífica y genera fricciones, dado que algunos de ellos resultan antagónicos. La Constitución formula el principio de autonomía financiera de las CC.AA. e, inmediatamente, otros principios que la limitan, como la unidad nacional, la solidaridad y la igualdad.

Pero también es cierto que este sistema de contrapesos, con principios que pueden estar correlacionados de forma inversa, ha permitido que el texto constitucional haya tenido la suficiente flexibilidad para admitir distintas interpretaciones del modelo de Estado y ha contribuido a la estabilidad democrática del país. Flexibilidad que alcanza su máxima expresión con el reconocimiento de derechos históricos de 2 regiones en la Disposición Adicional Primera de la Constitución, que ha sido fundamento posterior del régimen de financiación especial que vienen gozando País Vasco y Navarra.

Como consecuencia, en el Ordenamiento español conviven 2 sistemas de financiación regional diferenciados, conformando un modelo asimétrico:

a) Modelo de financiación general o común: Integrado por 15 Regiones.

b) Modelo de financiación especial de territorios forales: País Vasco y Navarra.

2. Régimen de financiación general o común.

El diseño del modelo de financiación autonómico debe salvaguardar la autonomía financiera de las CC.AA[6], tanto en materia de gastos como de ingresos.

[6] El art. 2 CE reconoce y garantiza "*el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que lo integran*"; el art. 137.1 CE atribuye a municipios, provincias y CC.AA "*autonomía para la gestión de sus respectivos intereses*"; y el art. 156.1 CE, específicamente dirigido a las CC.AA., reconoce que deberán gozar de "*autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias*"; autonomía financiera que según Sentencia del Tribunal Constitucional 289/2000 FJº3 resulta un "*instrumento indispensable para la consecución de la autonomía política*".

Conforme a la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional en sus Sentencias 201/1988 FJ 4º, 96/1990 FJ 4º y 237/1392 FJ 6º, la autonomía financiera "*exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las competencias propias, en especial las que se configuran como exclusivas*".

ISSN 2036-7821

En matera de gastos, la autonomía se proyecta en una doble dirección, objetiva y cuantitativa. Permite que las CC.AA decidan en qué conceptos se aplica el gasto y cómo se distribuyen las cuantías entre cada uno de ellos, sin perjuicio de los límites que en ambos casos contempla la propia Constitución.

En materia de ingresos, el alcance del principio de autonomía financiera tiene igualmente una doble vertiente y vas más allá de una mera transferencia de fondos para atender la ejecución de sus competencias.

Además de garantizarles medios suficientes - suficiencia financiera, la Constitución otorga a las CC.AA. capacidad de decisión para que puedan modificar una parte de la cuantía y de la estructura de sus ingresos, como apuntaban las SSTC 104/2000 FJ4º y 289/2000 FJ3º, y como lo acredita el hecho de que entre sus recursos, además de las transferencia directas del Estado, el art.157.1 CE disponga, entre otros:

a) Impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado; recargos sobre los impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado.

b) Sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales.

Por tanto, la autonomía financiera de las CC.AA. del régimen general se extiende a la configuración de sus ingresos, correspondiendo al Estado central determinar en cada momento la conjunción y el alcance de los distintos tipos de recursos que, conforme al art.157 CE, pueden manejar éstas.

El Estado central tiene una posición de superioridad en materia tributaria[7]. La atribución exclusiva al Estado de la potestad originaria para establecer tributos, sin otro límite que la propia Constitución, contrasta con los límites que encuentran la CC.AA. de régimen general para establecerlos y exigirlos. Límites que no se detienen en la propia Constitución, sino que también provienen de las leyes estatales que ordenan el sistema tributario y el régimen de financiación de las CC.AA[8].

En este sentido cobra especial importancia la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las CC.AA. de régimen general (LOFCA) que fija los límites al poder autonómico para establecer tributos propios, determina las competencias normativas cedidas de los impuestos estatales y desarrolla igualmente el principio de solidaridad.

Desde su aprobación ha sufrido diversas modificaciones que han alterado el modelo de financiación autonómica en España. En la a actualidad, además de la LOFCA, el modelo se desarrolla y complementa con la Ley 22/2009, de 18 de diciembre.

Exponemos a continuación los dos principales recursos previstos en el art.157.1 CE que disponen las CC.AA. para garantizar su autonomía financiera y que le permiten

[7] Art. 133 CE "*La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley*" y que las "*Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos de acuerdo con la Constitución y las leyes*".

[8] Art.157.3 CE "*Mediante ley orgánica podrá regularse el ejercicio de las competencias financieras* (…), *las normas para resolver los conflictos que pudieran surgir y las posibles formas de colaboración financiera entre las Comunidades Autónomas y el Estado*".

ISSN 2036-7821

configurar su sistema de ingresos: los tributos propios y la cesión de competencias normativas en impuestos estatales

2.1. Tributos propios autonómicos.

En relación a los tributos propios autonómicos, el margen de maniobra que disponen las regiones es bastante limitado. Además de los límites que emanan de la propia Constitución, de los Tratados Internacionales y del Derecho de Unión Europea, las CC.AA. tienen otros 2 límites más, establecidos por la LOFCA y por el Tribunal Constitucional.

a) Evitar la doble imposición interna

Los límites que establece la LOFCA pretenden evitar esencialmente supuestos de doble imposición interna. Así, el art.6.2 LOFCA dispone que "*Los tributos que establezcan las CC.AA. no podrán recaer sobre hechos imponibles gravados por el Estado*". Por el contrario, el Estado si puede establecer tributos sobre hechos imponibles previamente gravados por alguna Comunidad Autónoma, como consecuencia del poder originario - art.133.1 CE- y la situación de superioridad que le otorga la Constitución; ahora bien, si esto ocurriera, deberá adoptar las medidas de compensación adecuadas a las CC.AA. para cubrir la disminución de ingresos que supondría dejar de aplicar el tributo autonómico[9].

También el art.6.3 LOFCA impide que las CC.AA. puedan establecer tributos sobre hechos imponibles gravados por los tributos municipales

La prohibición de la doble imposición que prevé este art.6 LOFCA se refiere a la duplicidad de hechos imponibles, al establecimiento de un nuevo tributo autonómico sobre un hecho imponible gravado previamente por otra Administración territorial. Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha advertido que no basta para sortear la doble imposición con que se establezca un hecho imponible formalmente distinto. Habrá que analizar la regulación del tributo y comprobar si finalmente se acaba gravando una misma riqueza de la misma forma y sobre el mismo obligado[10].

[9]Así ocurrió con el Impuesto sobre los depósitos de las entidades de crédito aprobado en algunas regiones. El Estado Central, para evitar una proliferación de tributos regionales en esta materia aprobó uno de carácter estatal, con el mismo hecho imponible y la misma configuración, pero con tipo de gravamen 0 (art.19 Ley de la Ley16/2012, de 27 de diciembre) que posteriormente, a partir del 1 de enero de 2014, se elevó levemente (0,03%); tipo de gravamen en todo caso, sensiblemente inferior al previsto en las leyes autonómicas.

En su sentencia 26/2015, de 19 de febrero, el Tribunal Constitucional entendió que el Impuesto estatal sobre los Depósitos de las Entidades de Crédito era constitucional en su propósito de desplazar los tributos autonómicos equivalentes sobre depósitos bancarios, a pesar de que ese impuesto inicialmente preveía un tipo cero. La ausencia de un gravamen efectivo no impedía considerar al tributo estatal como un verdadero impuesto, justificado por su finalidad de armonizar la tributación de las entidades de crédito en toda España.

Como consecuencia, las CC.AA. que habían aprobado su impuesto autonómico antes del 1 de diciembre de 2012 – Andalucía, Extremadura y Canarias – recibieron compensación económica. Aquellas que lo aprobaron con posterioridad a que lo hiciera el Estado central observaron cómo fue declarado inconstitucional, por aplicación del art.6.2 de la LOFCA.

[10] El Tribunal Constitucional indicó en su Sentencia 85/2013, de 1 de abril, que "*no basta con que exista una coincidencia formal de hechos imponibles tan solo porque su definición sea gramaticalmente idéntica, sino que es necesario analizar los restantes elementos del tributo que se encuentran conectados con el hecho imponible*"; añadiendo en su

ISSN 2036-7821

b) Los tributos propios de las CC.AA. no pueden recaer sobre competencias de titularidad del Estado.

Las CC.AA. tienen otra limitación para establecer tributos propios. Deben establecerlos sobre alguna de las competencias constitucionales que tengan asumidas. Así lo manifestó el Tribunal Constitucional en sus sentencias 96/2013, de 23 de abril, y 49/1995, de 16 de febrero. En esta última se declaró inconstitucional una ley que aprobó el parlamento regional de las Islas Baleares (ley 12/1990) que establecía un impuesto sobre la loterías que gravaba la lotería nacional, competencia de titularidad estatal.

Como consecuencia de estas 2 limitaciones se ha restringido sustancialmente el poder para crear tributos propios por parte de las CC.AA. Por ello, al margen tasas y contribuciones especiales, la mayor parte de impuestos propios establecidos por las distintas CC.AA. de régimen general han tenido una finalidad extrafiscal, de protección del medioambiente[11].

2.2. Cesión de competencias normativas en los impuestos estatales.

Además de la facultad de establecer tributos propios, las CC.AA pueden disponer de recursos procedentes de la cesión de impuestos estatales. La Constitución no aclara nada más sobre el alcance de dicha cesión, habiendo sido el legislador estatal el que lo ha desarrollado en los últimos modelos de financiación autonómica en una triple vertiente:

a) Cesión de recaudación;

b) Cesión de competencias de gestión en un sentido amplio (gestión, inspección, recaudación, sanción);

c) Cesión de competencias normativas en algunas partes de la regulación de los impuestos estatales.

De estos 3 tipos de competencias cedidas, la más problemática están siendo la cesión de competencias normativas, dado que ha provocado una mayor desigualdad interregional; y es que igualdad y autonomía suelen estar correlacionadas en sentido inverso.

Esta desigualdad fiscal interregional se ha producido por la continua cesión de competencias normativas en los tributos de titularidad estatal, no por la cesión de recaudación o de la gestión; competencias que al ser ejercitadas han distanciado el

---

Sentencia 74/2016, de 14 de abril, que "*Se hace preciso atender a los elementos esenciales de los tributos que se confrontan, al objeto de determinar no solo la riqueza gravada o materia imponible, que es punto de partida de toda norma tributaria, sino la manera en que dicha riqueza o fuente de capacidad económica es sometida a gravamen en la estructura del tributo*".

[11] Así, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, los impuestos propios vigentes son el impuesto sobre emisión de gases a la atmósfera; el impuesto sobre vertidos a las aguas litorales; el impuesto sobre depósito de residuos peligrosos; el canon de mejora de infraestructuras hidráulicas de depuración de interés; y el impuesto sobre las bolsas de plástico de un solo uso.

ISSN 2036-7821

marco regulador y, por tanto, la carga tributaria que soportan contribuyentes con idéntico perfil pero con residencia en distintas CC.AA.

Así, el art.19.2 de la LOFCA, desarrollado en la Sección 4 del Título III de la Ley 22/2009, establece un escenario en el que 8 impuestos estatales tienen competencias normativas cedidas a las CC.AA: El Impuesto sobre la Renta Personas Físicas (IRPF); el Impuesto sobre el Patrimonio, el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones; el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales; el Impuesto sobre Actos jurídicos Documentados; Tributos sobre el juego (excepto el que se realiza por Internet); Impuesto especial sobre determinados medios de transporte; e Impuesto sobre hidrocarburos.

La cesión de competencias normativas en cada impuesto tiene particularidades, pero también comparten unos rasgos comunes. Dependiendo del tributo, el Estado ha cedido, total o parcialmente, la facultad para regular la tarifa/tipo de gravamen y de establecer ciertos beneficios fiscales.

Cabe destacar que de los grandes impuestos españoles, el Estado solo regula íntegramente los que están armonizados en la Unión Europea -IVA y algunos Impuestos Especiales-, el Impuesto sobre Sociedades y el Impuesto sobre la Renta de los No Residentes; y solo en estos 2 últimos no hay cesión de recaudación. En el resto, la regulación es compartida con las CC.AA.

Sintéticamente, la situación es la siguiente:

IMPUESTOS ESTATALES	COMPETENCIAS NORMATIVAS CEDIDAS A CC.AA. Art 19 LOFCA y Arts. 45 a 53 Ley 22/2009				GESTIÓN CEDIDA	RECAUDACIÓN CEDIDA
	Exenciones	Base Imponible o Reducciones	Tarifa/Tipos impositivos	Deducciones sobre Cuota		
Impuesto Renta Personas Físicas (Residentes)	SI	NO	SI	SI	NO	50%
Impuesto Patrimonio (Personas físicas Residentes)	SI	NO	SI	SI	NO	100%
Impuesto Sucesiones y Donaciones (Personas físicas)	NO	SI	SI	SI	SI	100%
Impuesto Transmisiones Patrimoniales (Personas físicas)	NO	NO	SI	SI	SI	100%
Impuesto Actos Jurídicos Documentados	NO	NO	SI	SI	SI	100%
Impuestos sobre el Juego (excepto por Internet)	SI	SI	SI	SI	SI	100%
Impuesto Especial sobre Determinados Medios Transporte	NO	NO	SI	NO	NO	100%
Impuesto sobre Hidrocarburos	NO	NO	SI	NO	NO	58%
Impuesto Operaciones Societarias	NO				SI	100%
IVA	NO					50%
Impuesto Especial sobre el Tabaco	NO					58%
Impuesto Especial sobre bebidas alcohólicas	NO					58%
Impuesto Especial sobre Electricidad	NO					100%
Impuesto sobre Sociedades (Personas Jurídicas Residentes)	NO					
Impuesto Renta No Residentes (Personas Físicas y Jurídicas)	NO					
Otros impuestos menores (7)	NO					

ISSN 2036-7821

Llama la atención como se han ejercido esas competencias en algunos tributos, como el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y el Impuesto sobre el Patrimonio, en los que el grado de diferenciación entre CC.AA. ha sido notable. Algunas los han anulado o reducido a su mínima expresión, estableciendo importantes beneficios fiscales.

La situación creada en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en 2019 apunta a una tendencia a la baja en la carga tributaria y en la recaudación, más o menos acentuada dependiendo del territorio[12].

En el Impuesto sobre el Patrimonio sólo 2 regiones han anulado o reducido sustancialmente la tributación. Desde 2011 el Estado estableció un mínimo exento de 700.000€, pero además, algunas CC.AA. han ampliado los beneficios fiscales generales, aprobando Madrid una bonificación en cuota del 100% y La Rioja del 75%.

Por otro lado, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, pese a que también existen diferencias de tributación, aún no son tan notables, aunque han ido acentuándose con el paso de los años. En este impuesto se aplican 2 tarifas, una estatal y otra regional. Desde 2011 todas las CC.AA. tienen que fijar su propia tarifa autonómica, con el único requisito de que sea progresiva. Este hecho, junto a la regulación deducciones propias en cada Comunidad Autónoma, ha acrecentado las diferencias.

Y estas diferencias normativas, con mayor o menor intensidad, también están presentes en el resto de los impuestos en los que se cedido a las CC.AA la capacidad de regular algunas partes del tributo.

Como ya apuntamos en anteriores trabajos, el panorama descrito evidencia una clara fragmentación tributaria interregional, que conlleva por un lado, una erosión del principio de igualdad tributaria y, por otro, procesos de competencia fiscal interna[13].

A modo de ejemplo, la Comunidad de Madrid resulta muy atractiva para el contribuyente, ejerciendo una notable atracción fiscal, dado que sus residentes no tributan en el Impuesto sobre el Patrimonio, apenas lo hacen en el ISD (quedando prácticamente excluidos descendientes, ascendientes y cónyuge), y también tienen un trato más ventajoso en el IRPF.

---

[12] Además de los territorios forales del País Vasco y Navarra, CC.AA. como Baleares, Castilla-La Mancha, Galicia, Canarias, Extremadura, Madrid, Murcia, La Rioja introdujeron bonificaciones del 99%; en el caso de Cantabria la bonificación es del 90% para familiares más cercanos y del 100% si las bases imponibles son inferiores a 100.000€; Cataluña regula una bonificación que va del 99% al 20% e inversamente proporcional a la base imponible; En la Comunidad Valenciana la bonificación es del 75%; en Andalucía se ha establecido una reducción general sobre la base imponible de 1.000.000€ y, en su caso, una bonificación del 99%; otras CC.AA. no han establecido bonificaciones sobre la cuota, pero si han previsto reducciones sobre la base, como Castilla y León (400.000€), Asturias (300.000€) y Aragón, donde los menores de edad tienen una reducción del 100%, aunque hasta un máximo de 3.000.000€. Además, para aquellos que tributan, cada región ha establecido su propia tarifa impositiva.

[13] MARTOS GARCÍA, J.J., 2014 "Desigualdad Tributaria Interregional. Análisis constitucional y propuesta para limitarla". *Quincena Fiscal*, p. 21; MARTOS GARCÍA, J.J., 2014 "Residencia fiscal, control y competencia interna inconstitucional", en *Competencia fiscal y sistema tributario: dimensión europea e interna*, Thomson Reuters-Aranzadi.

ISSN 2036-7821

Esta situación ha venido provocando una preocupante deslocalización interregional de contribuyentes. Algunos han trasladado su residencia fiscal, de forma real o ficticia, a CC.AA. con un mejor régimen. El fantasma de la competencia fiscal internacional y de la deslocalización se reproduce a nivel interno. La causa radica en la elevada autonomía financiera de las regiones para configurar sus ingresos tributarios[14].

2.3. El principio de igualdad tributaria como límite constitucional al desarrollo de la autonomía fiscal de la CC.AA.

La situación descrita nos lleva a plantearnos algunas cuestiones. ¿Existen límites constitucionales al desarrollo de la autonomía financiera a través de la cesión de competencias normativas en los impuestos cedidos? O dicho de otro modo, ¿Existen límites constitucionales a la desigualdad tributaria interregional? La respuesta es claramente afirmativa.

La Constitución española se muestra especialmente preocupada por el principio de igualdad[15]. Autonomía financiera e igualdad son principios correlacionados de forma inversa, de manera que cuanto más se desarrolla el primero más se resiente el segundo. Sin embargo, como suele ocurrir tantas veces en los ordenamientos jurídicos, ambos principios inicialmente enfrentados deben convivir de forma armónica.

El marco constitucional español exige que autonomía e igualdad sean respetados, sin que pueda ser posible prescindir enteramente de alguno de ellos.

Cabe preguntarse entonces hasta dónde resulta admisible constitucionalmente el desarrollo del principio de autonomía financiera, a través de la cesión de competencias normativas en los impuestos estatales, sin quebrantar el principio de igualdad.

La solución pasa por encontrar una regulación mínima que salvaguarde el principio de igualdad (tributaria) en todo el Estado español. Sin embargo, esta cuestión no ha sido concretada en la propia Constitución ni tampoco lo ha sido aún en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional español –Auto del TC 182/1986 y las Sentencias TC 37/1987 FFJJ 9º y 10º, 14/1998 FJ11º, 233/1999 FJ26º y 150/1990 FJ7º, entre otras- que el desarrollo de nuestro modelo debe garantizar en todo caso una "identidad básica de derechos y deberes de los españoles" o una "igualdad de posiciones jurídicas fundamentales", pero no ha llegado a precisarlos.

[14] MARTOS GARCÍA, J.J., 2014 "Desigualdad Tributaria Interregional. Análisis constitucional y propuesta para limitarla". *Quincena Fiscal*, 21; MARTOS GARCÍA, J.J., 2014 "Residencia fiscal, control y competencia interna inconstitucional" en *Competencia fiscal y sistema tributario: dimensión europea e interna*, Thomson Reuters-Aranzadi.

[15] Lo proclama en sus artículos 1.1, 9.2, 14, 31.1, 138.2, 139.1 y 149.1.1º CE.

ISSN 2036-7821

A través de la aprobación del modelo de financiación autonómica, el Estado desarrolla el grado de autonomía en los ingresos que corresponde a las CC.AA. Pero conforme a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, si este fuese muy elevado y, por tanto, la desigualdad tributaria interterritorial también lo fuese, el sistema no garantizaría una «*identidad básica de derechos y deberes de los españoles*» o una «*igualdad de posiciones jurídicas fundamentales*».

Cabe plantearse si esto ocurre en la actualidad, en un modelo de financiación autonómica con un alto grado de fragmentación fiscal, como hemos descrito. ¿Qué ocurriría si se formulase recurso de inconstitucionalidad, alegando que vulnera el principio de igualdad, al no garantizar esta "identidad básica de derechos y deberes" o "igualdad de posiciones jurídicas fundamentales" de todos ciudadanos?

Correspondería al Tribunal Constitucional determinarlo, valorar si el marco regulador de la autonomía financiera ha traspasado los límites que marcan los indicados principios, exponiendo claramente cuáles son éstos.

En anteriores trabajos hemos propuesto que el Tribunal Constitucional podría acudir coherentemente a su doctrina sobre el deber de contribuir y los tributos del alcance general o global para fijar esa "identidad básica de derecho y deberes" o esa "igualdad de posiciones jurídicas fundamentales" de todos los ciudadanos[16]. Sin embargo, hasta el momento, el máximo Tribunal no se ha pronunciado sobre este asunto. Esta inacción impide que sepamos con certeza hasta dónde puede llegar la desigualdad tributaria interregional sin que ésta sea contraria a Constitución española.

Por ello, se echa en falta un modelo de financiación autonómico estable, que reduzca sensiblemente el debate político en esta materia, y que fije con claridad los límites de la desigualdad tributaria interregional, armonizando claramente los principios constitucionales de igualdad tributaria y de autonomía financiera; y como hemos expuesto en anteriores trabajos, creemos que ambos objetivos podrían conseguirse con una reforma constitucional[17].

2.4. Garantizar la prestación de los servicios públicos fundamentales como límite mínimo del principio de solidaridad.

En la Constitución española se hacen numerosas referencias al principio de solidaridad – arts.2, 45, 138, 156, 158. De hecho, en varios preceptos – arts.2 y 156 – va

[16] MARTOS GARCÍA, J.J., 2014 "Desigualdad Tributaria Interregional. Análisis constitucional y propuesta para limitarla". *Quincena Fiscal*, p. 21; MARTOS GARCÍA, J.J., 2014 "Residencia fiscal, control y competencia interna inconstitucional" en *Competencia fiscal y sistema tributario: dimensión europea e interna*, Thomson Reuters-Aranzadi.

[17] MARTOS GARCÍA, J.J, 2016, "Financiación autonómica y propuestas de reforma de la Constitución Española" Quincena Fiscal, p. 4; MARTOS GARCÍA, J.J, 2017 "Federalismo fiscal y Constitución Española", en *La reforma de la financiación territorial*, Tirant lo Blanch; MARTOS GARCÍA, J.J., 2018, "Constitución financiera y estructura territorial del Estado. Financiación de las Comunidades Autónomas" en *Estudios en conmemoración del 40 aniversario de la Constitución financiera Española*, Tirant lo Blanch.

ISSN 2036-7821

inmediatamente a continuación de proclamar la autonomía financiera de las CC.AA; y es que prever un Estado descentralizado políticamente que otorgue autonomía financiera a las regiones sin contemplar, simultáneamente, un mecanismo de solidaridad acrecentaría las desigualdades reales, por lo que obviamente no es un accidente la formulación conjunta en los arts. 2 y 156 CE de términos como autonomía, unidad nacional y solidaridad[18].

Se trata de los principios básicos que conforman la base de la organización territorial del Estado español[19].

El principio de solidaridad corrige las desigualdades que se podrían agravar a consecuencia de la autonomía fiscal y financiera de las regiones y por ello el art.138.1 CE encomienda al Estado central que garantice la realización efectiva de este principio[20]; y para ello, le ofrece en el art.158 CE dos grupos de instrumentos, que responden a objetivos distintos.

Por un lado el fondo de compensación interterritorial del art.158.2, que junto con los fondos europeos de desarrollo regional persiguen la corrección de los desequilibrios económicos estructurales entre las CC.AA. a través de proyectos de inversión en áreas con menos desarrollo[21].

Por otro lado, las asignaciones de nivelación previstas en el art. 158.1 CE, que a su vez tienen una doble vertiente. Conforme al primer inciso de este precepto, contribuyen a garantizar la suficiencia financiera de las CC.AA.; mientras que conforme al segundo, garantizan los servicios públicos fundamentales en todo el país, evitando que las diferencias de riqueza o de necesidades se traduzcan en un acceso desigual de los ciudadanos a este tipo de servicios en cada región[22].

La equidad fiscal horizontal es un principio clásico de los Estados federales que pretende garantizar que los servicios públicos se presten de una forma razonablemente homogénea a todos los ciudadanos, sea cual fuere su lugar de

---

[18] LINARES MARTÍN DE ROSALES, J., 1981, *Régimen Financiero de las CC.AA. españolas*, Diputación General de Aragón, p. 86.; MARTOS GARCÍA, J.J., 2014 "Desigualdad Tributaria Interregional. Análisis constitucional y propuesta para limitarla". *Quincena Fiscal*, p. 21.

[19] Como apuntó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 25/1981 FJ3º, "*el derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones, que lleva como corolario la solidaridad entre todas ellas, se da sobre la base de la unidad nacional*". Autonomía que no puede ser confundida con soberanía, como señaló la STC 4/1981 FJ3º cuando manifestó que «*Ante todo resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía –y aún este poder tiene sus límites–, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el artículo 2 de la Constitución*».

[20] Art.138.1 CE "*El Estado garantizará la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el art.2 CE, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo, entre las diversas partes del territorio español* (…)".

[21] Art. 158.2 CE "*Con el fin de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad, se constituirá un Fondo de Compensación con destino a gastos de inversión, cuyos recursos serán distribuidos por las Cortes Generales entre las Comunidades Autónomas y provincias, en su caso*".

[22] Art. 158.1 CE "*En los Presupuestos Generales del Estado podrá establecerse una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español*".

ISSN 2036-7821

residencia y, por tanto, con independencia del mayor o menor grado de desarrollo económico y de capacidad tributaria que tenga cada territorio[23].

La equidad fiscal horizontal y la solidaridad interterritorial están correlacionadas directamente, de manera que el desarrollo del principio de solidaridad a través de mecanismos de nivelación mejorará la equidad fiscal horizontal del sistema.

En todo caso no debe confundirse nivelación plena de todos los servicios públicos, que sería el escenario en cada Comunidad Autónoma estaría en disposición de obtener los mismos recursos (euros); con que cada Comunidad Autónoma disponga de unos recursos mínimos e imprescindibles para prestarlos.

Así, podríamos contemplar un escenario en el que se garantizase a todas un mínimo esencial de recursos para llevar a cabo las competencias asumidas pero, que una vez alcanzado, el resto de ingresos de cada Comunidad dependiese de su capacidad tributaria, de manera que las más ricas dispusiesen de más recursos.

En relación al alcance de la solidaridad, la Constitución española deja abierta la posibilidad de que estas asignaciones puedan contribuir a nivelar desde la totalidad de las competencias transferidas hasta, simplemente, un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales.

Permite interpretar que la solidaridad debe proyectarse de forma amplia, hasta conseguir en todo el territorio español una nivelación total de los servicios públicos autonómicos; o bien de forma restrictiva, limitándola a garantizar la prestación de los servicios públicos fundamentales que tienen encomendados las CC.AA. Por supuesto, también caben interpretaciones intermedias entre la nivelación total y la nivelación parcial o mínima.

Cabe considerar que la Constitución proyecta el principio de solidaridad garantizando, al menos, la prestación de los servicios públicos fundamentales de forma homogénea en todo el territorio nacional. Esta es la posición que parece desprenderse de la STC 31/2010, en la que el Tribunal Constitucional entiende que esta garantía operaría como un límite mínimo del principio de solidaridad, sin perjuicio que puedan nivelarse otros servicios; y en esta línea debemos interpretar el FJº134, cuando señala que "*corresponde al Estado determinar qué servicios públicos son fundamentales y cuál es el nivel en la prestación de los mismos que debe resultar garantizado*".

Diversas CC.AA. (Cataluña, Aragón, Andalucía y Baleares, entre otras) también establecieron expresamente en sus respectivos Estatutos de Autonomía, que debía garantizarse la nivelación en el ámbito de la educación, la sanidad y otros servicios sociales esenciales, lo que evidenciaba un cierto consenso al respecto.

[23] FERNÁNDEZ LEICEAGA, X., 2015 "La equidad horizontal en el modelo de financiación de 2009 de las Comunidades Autónomas Españolas de régimen común" *Papeles de Economía Española*, p. 143.

ISSN 2036-7821

Este hecho no pasó desapercibido para el legislador estatal. Los distintos modelos de financiación autonómica que ha aprobado han establecido entre sus principios inspiradores el de equidad[24], pero fue en 2009, con la reforma del art.15 de la LOFCA y la aprobación del art.9 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, cuando creó el Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales con una clara finalidad, que todas las CC.AA. reciban los mismos recursos por habitante, en términos de población ajustada o unidad de necesidad[25]; y no sólo en el primer año de aplicación, sino también en el futuro, para poder prestar en términos similares estos servicios públicos esenciales del Estado del bienestar.

En la actualidad, para dotar ese fondo se establece que cada Comunidad Autónoma debe aportar el 75% de los impuestos estatales cedidos más una cuantía adicional aportada por el Estado. A través de esta equivalencia se cuantifica el coste de los servicios públicos en todo el Estado.

Posteriormente, una vez dotado el fondo, se reparte, de tal manera que cada Comunidad Autónoma recibiría la misma cantidad por habitante ajustado, sin que existiesen diferencias entre ellas; y es que como ha apuntado López Laborda (2014), su diseño es un ejemplo de manual de transferencias de nivelación[26].

El debate seguirá abierto en sucesivos modelos sobre como estimar cuál es el coste de esos servicios públicos fundamentales[27]. En todo caso existe un consenso generalizado -Estatutos de Autonomía, Tribunal Constitucional y el propio modelo de financiación autonómico – sobre la conveniencia de que los servicios públicos fundamentales estén nivelados en todo el territorio español, dotándose a tal fin un

[24] En este sentido, algunos autores han señalado que han hecho una interpretación del art.158 CE tendente a cubrir la totalidad de las competencias asumidas. MEDINA GUERRERO, M., 2011 "Las Haciendas Autonómica y local en la STC 31/2010" *Revista d'Estudis Autonòmics i federals*, p. 21; MONTILLA MARTOS, J.A., 2015, *Reforma federal y Estatutos de segunda generación. Los Estatutos de Autonomía de segunda generación como modelo para la reforma federal y de la Constitución*, Thomson Reuters-Aranzadi, p.198.

[25] La "población ajustada" o "unidad de necesidad" es una variable que se diseña para cada servicio público y que sirve para determinar en cada territorio, con mayor precisión, el coste global para prestarlo. Debe determinarse atendiendo a los factores relevantes que afectan a la cuantía del coste asociado a la prestación del mismo. La forma de determinar la unidad de necesidad en relación a cada servicio o grupo de servicios puede variar, dado que esto dependerá de los criterios que se acuerden como relevantes para la determinación del coste, así como de la ponderación de las diversas variables utilizadas. Entre esos criterios, la población normalmente tendrá un peso muy importante, aunque ajustada con otros parámetros, de ahí que se utilice la expresión "población ajustada". Así, para calcular el coste de la Educación se debe tener en cuenta que porcentaje de la población está en la enseñanza primaria, secundaria y universitaria, así como la dispersión del territorio; mientras que para la Sanidad, la población debe ser ponderada teniendo en cuenta el porcentaje de ancianos y de personas que padecen algún tipo de discapacidad, así como, igualmente, la dispersión geográfica. No obstante, de forma excepcional la variable principal en la determinación del coste del servicio puede diferir de la población. A modo de ejemplo, si se quisiera nivelar la competencia del cuidado de las playas, la variable más relevante sería el número de kilómetros de playas de cada región, de tal manera que aquellas regiones de interior, que no tuvieran costa, no recibirían nada, pues el coste del servicio sería nulo.

[26] LÓPEZ LABORDA, J., 2014 "Posibles reformas en la regulación constitucional de la financiación autonómica", *Fedea Policy Papers*, p. 2.

[27] DÍAZ DE SERRALDE, S., 2011 "La Garantía de Servicios Públicos Fundamentales en el nuevo Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas" *Presupuesto y Gasto Público*, p. 62.

ISSN 2036-7821

fondo que lo garantice, sin perjuicio de la existencia de otros fondos en el modelo de financiación que respondan a finalidades distintas.

2.5. El principio de ordinalidad como límite máximo del principio de solidaridad.

La solidaridad es un valor loable que humaniza y cohesiona las sociedades, pero no es menos cierto también que no puede ni debe ser ilimitada y que se deben tomar las cautelas necesarias para evitar que se produzcan situaciones abusivas, alejadas de la recomendable equidad que debe acompañarla.

Una implementación inadecuada de este principio puede suponer un desincentivo para la gestión eficiente de los recursos o para poner en marcha políticas que fomenten la riqueza; incluso puede llegar a premiar a las regiones con mayor fraude fiscal.

Además, en los Estados descentralizados el principio de solidaridad interterritorial también debe convivir armónicamente con el principio federal o territorial, esto es, con el deseo de los territorios más ricos de beneficiarse de su mayor capacidad tributaria; deseo que puede verse truncado si el alcance de la solidaridad no está sometido a límites[28].

Así, en España, el modelo de financiación autonómico provocó en 2001 que CC.AA. que generaban mayores ingresos tributarios per cápita acabaran disponiendo de menos recursos por ciudadano que otras con menor potencial tributario, invirtiéndose el orden de las posiciones de partida[29]. Para evitar situaciones como ésta, el principio de ordinalidad surge como límite al principio de solidaridad.

Algunos Tribunales Constitucionales lo han formulado, siendo uno de los pioneros el Tribunal Constitucional Federal Alemán, que ha desarrollado una sólida construcción jurisprudencial[30].

Pese a no estar recogido expresamente en la Constitución Española, el principio de ordinalidad también ha sido reconocido por Tribunal Constitucional español en su

[28] MEDINA GUERRERO, M., 2011 "Las Haciendas Autonómica y local en la STC 31/2010" *Revista d'Estudis Autonòmics i federals*, 21; MONTILLA MARTOS, J.A., 2015, *Reforma federal y Estatutos de segunda generación. Los Estatutos de Autonomía de segunda generación como modelo para la reforma federal y de la Constitución,* Thomson Reuters-Aranzadi, p.197.

[29] BOSCH ROCA, N., 2006 "El model de finançament autonòmic del projecte de reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya". *Revista Catalana de Dret Públic*, p. 32.

[30] Conforme a su ya lejana Sentencia de 20 de febrero de 1952 (BVerfGE 1, 117), las transferencias de nivelación que exige el principio de Estado federal no deben comportar ni una nivelación total de la capacidad financiera de los *Länder* ni un debilitamiento excesivo de la posición de aquellos que aportan recursos a la nivelación. Años después, las sentencias de 24 de junio de 1986 (BVerfGE 72, 330), de 27 de mayo de 1992 (BVerfGE 86, 148) y de 11 de noviembre de 1999 (BVerfGE 101, 158), entre otras, completaron esta doctrina formulando el principio de ordinalidad, de tal manera que no debe alterarse la posición de los *Länder en* el ranking en función de su capacidad financiera como consecuencia de las aportaciones que éstos realicen a los mecanismos de nivelación; admitiendo solo en situaciones excepciones que se pueda alterar ese orden a través de las aportaciones realizadas por el Estado central – transferencias complementarias – o mediante ponderación positiva de la población – ciudades Estado. Para un estudio de esta jurisprudencia en español, consúltese el trabajo de VEGA GARCÍA, A., 2014 "El principio constitucional de solidaridad interterritorial en España y en Alemania: aplicación y límites" *Revista d'Estudis Autonòmics i federals*, p. 20.

ISSN 2036-7821

STC 31/2010, FJ 134, al considerar que es "*expresión reiterada de un deber que para el Estado trae causa inmediata y directa de la propia Constitución, que le impone la garantía de la realización efectiva del principio de solidaridad velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español (art. 138.1 CE)*". Continua la sentencia señalando que el equilibrio económico dejaría de ser adecuado y justo cuando al proyectar el principio de solidaridad de deje en *"peor condición relativa de quien contribuye respecto de quien se beneficia de una contribución que dejaría de ser solidaria y servir al fin del equilibrio para propiciar, en cambio, un desequilibrio de orden distinto al que se pretende corregir"*[31].

Pero la STC 31/2010 también advirtió que el principio de ordinalidad solo operaría como límite "*cuando la alteración de la posición de la Comunidad Autónoma* (…) *se debiera, no a la aplicación general de los mecanismos de nivelación, sino exclusivamente a la aportación que realizase ésta (…) como consecuencia de su posible participación en dichos mecanismos*".

El Tribunal Constitucional español no concretó claramente cuál es la diferencia entre la aplicación general de los mecanismos de nivelación y la aportación de cada región a estos[32], siendo deseable una mayor concreción al respecto.

En todo caso resulta indiscutible que el principio de ordinalidad debe ser respetado por el legislador en el desarrollo del modelo de financiación autonómica. Cualquier Comunidad Autónoma puede recurrirlo cuando arroje unos resultados que no lo respeten, conforme a la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional.

El principio de ordinalidad se convertiría en un techo a la solidaridad de las CC.AA. que generan mayores recursos; pero ese techo a la solidaridad entendemos que también puede romperse, quedando supeditado al objetivo constitucional previo de garantizar la nivelación plena de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español.

Garantizar una prestación homogénea de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español sería un objetivo prioritario. En consecuencia, la Constitución española debería admitir el quebrantamiento del principio de ordinalidad siempre que fuese necesario para lograrlo, como hemos apuntado en

[31] "*Con esta fundamentación entiende que ese precepto es manifestación expresa de un principio inherente al modelo de solidaridad interterritorial e indirectamente está reconociendo que esta última tiene límites para poder seguir llamándola solidaridad interterritorial, de tal manera que cabe la posibilidad de que el Estado en el ejercicio de sus competencias tenga que aplicar correctores para conseguir materializar esa solidaridad*". ARIAS ABELLÁN, M.D., 2010, "Sobre la constitucionalidad de determinados preceptos del Estatuto de Autonomía de Cataluña relativos a la financiación autonómica y local" en *Revista Catalana de Dret Públic*, número especial sobre la Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006.

[32] PAGÉS I GALTÉS, J., 2010, "La financiación autonómica en la Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Catalán de 2006" *Revista Catalana de Dret Públic*, número especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006.

ISSN 2036-7821

anteriores trabajos, en los que también hemos abogado por una reforma constitucional que clarifique esta cuestión[33].

3. Régimen de financiación de los territorios forales.

El contexto histórico en que nació la Constitución Española de 1978 y el objetivo fijado de que ningún partido político votará en contra, hizo que se diseñara lo suficientemente abierta para que todos pudieran hacerla suya y justificó, a través de su Disposición Adicional Primera, que se dejará la puerta abierta a posibles concesiones a 2 territorios especialmente reivindicativos, País Vasco y Navarra.

La Disposición Adicional Primera de la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales, añadiendo que su actualización general se llevará a cabo en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía.

Atendiendo a este precepto, y al desarrollo que se hizo del mismo en los respectivos Estatutos de Autonomía[34], el sistema de financiación de País Vasco y Navarra difiere al del resto de las CC.AA.

Estos territorios tienen mayores competenticas normativas especialmente en la imposición directa (IRPF, Impuesto sobre Sociedades) que el resto de las CC.AA, lo que acentúa la desigualdad tributaria entre sus residentes y los de otras CC.AA.

Pero además gestionan y recaudan la mayor parte de los tributos devengados en su territorio para, posteriormente, transferir una aportación o cupo al Estado central, determinada en virtud del coste de los servicios que presta el Estado en su interior por las competencias no asumidas por aquellos[35].

[33] MARTOS GARCÍA, J.J, 2016, "Financiación autonómica y propuestas de reforma de la Constitución Española" Quincena Fiscal, 4; MARTOS GARCÍA, J.J, "Federalismo fiscal y Constitución Española", en *La reforma de la financiación territorial*, Tirant lo Blanch, 2017; MARTOS GARCÍA, J.J., 2018, "Constitución financiera y estructura territorial del Estado. Financiación de las Comunidades Autónomas" en *Estudios en conmemoración del 40 aniversario de la Constitución financiera Española*, Tirant lo Blanch.

[34] Ley Orgánica 3/1979 que aprobó el Estatuto de Autonomía del País Vasco, como la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

[35] El Estatuto de Autonomía del País Vasco, aprobado por la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, establece, en su artículo 41, apartado 1, que las relaciones de orden tributario entre el Estado y la Comunidad Autónoma del País Vasco se regularán por el sistema tradicional de Concierto Económico, y el apartado 2.d) de dicho artículo dispone que el País Vasco contribuirá al sostenimiento de las cargas generales del Estado mediante la aportación de un cupo global integrado por los correspondientes a cada uno de sus Territorios Históricos. En términos similares, el art.45 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, del Régimen Foral de Navarra dispone que la actividad tributaria y financiera de Navarra se regulará por el sistema tradicional del Convenio Económico, que determinará las aportaciones de Navarra a las cargas generales del Estado señalando la cuantía de las mismas y el procedimiento para su actualización, así como los criterios de armonización de su régimen tributario con el régimen general del Estado. En consonancia, el art.52 de la ley 28/1990, de 26 de diciembre, por la que se aprueba el Convenio económico entre el Estado y Navarra prevé que la contribución de Navarra al Estado consistirá en una aportación anual, como participación de la Comunidad Foral en la financiación de las cargas generales del Estado.

ISSN 2036-7821

Para determinar esa aportación o cupo, se aplica un índice de imputación al importe total de las cargas del Estado no asumidas por la Comunidad Foral, practicándose posteriormente ciertos ajustes y compensaciones[36].

Cabe destacar que tanto la Ley Orgánica 3/1979 que aprobó el Estatuto de Autonomía del País Vasco, como la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, prevén que sus relaciones financieras con el Estado central se adecuarán al principio de solidaridad contenido en la Constitución[37].

Sin embargo, la traslación de este principio se ha hecho solo parcialmente. En ambos casos, entre las cargas del Estado no asumidas por cada uno de los territorios forales, solo se ha computado el fondo de compensación interterritorial del art.158.2 CE, ignorando otras partidas o asignaciones destinadas a la implementación de este Principio, como los fondos de nivelación[38].

Así, por ejemplo, no abonan cuantía alguna por las partidas destinadas a dotar el Fondo de Garantía de los servicios públicos fundamentales y tampoco se establecen como gastos del Estado a efectos del cupo la dotación que este realiza en el resto de fondos, excluido el de compensación interterritorial.

Como consecuencia, la contribución de los territorios forales a los mecanismos de solidaridad interregionales ha sido sensiblemente inferior respecto a otras CC.AA. con un nivel de riqueza similar. Este hecho, unido a la metodología empleada para calcular el cupo o aportación, ha provocado que dispongan tradicionalmente de más recursos per cápita para financiar sus competencias que el resto de las CC.AA[39].

Notemos que la situación financiera privilegiada que gozan de forma continuada no puede justificarse en el reconocimiento de derechos históricos, ni obedece a mayores

[36] Art.3 de la Ley 29/2007, de 25 de octubre, por la que se aprueba la metodología de señalamiento del cupo del País Vasco para el quinquenio 2007-2011 y art.53 de la Ley 28/1990, de 26 de diciembre, por la que se aprueba el Convenio económico entre el Estado y Navarra.

[37] Art.41.2.f) Ley Orgánica 3/1979 que aprobó el Estatuto de Autonomía del País Vasco y art.1 y 45.3 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, del Régimen Foral de Navarra

[38] Arts. 2.1, 48.2 y 52.3.a) Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco y art.4.3.a) Ley 29/2007, de 25 de octubre, por la que se aprueba la metodología de señalamiento del cupo del País Vasco Arts. 2.1.d) y 54.2.a) Ley 28/1990, de 26 de diciembre, por la que se aprueba el Convenio Económico entre el Estado y Navarra.

[39] ZUBIRI ha apuntado que el País Vasco y Navarra obtienen un 65% más de recursos que las Comunidades Autónomas de régimen común, aunque destaca que esta diferencia no es consustancial a los regímenes financieros forales, sino que responde a cómo se fija el cupo y la aportación ZUBIRI, I, 2007 "Los sistemas forales: características, resultados y su posible generalización", en *La financiación del Estado de las Autonomías: perspectivas de futuro*, Instituto de Estudios Fiscales, p. 360; SEVILLA, J. V., 2005, "Saldos fiscales y solidaridad interterritorial" en *La financiación de las comunidades autónomas: políticas tributarias y solidaridad interterritorial*, Universidad de Barcelona, p. 258; FERREIRO LAPATZA, J.J., 2006, "El sistema de financiación autonómica de Cataluña: Estatuto y Constitución", *Revista Catalana de Dret Públic*, p. 32; Generalitat de Catalunya, 2006, *La problemática del vigente sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común*; MEDINA GUERRERO, M., 2011 "Las Haciendas Autonómica y local en la STC 31/2010" *Revista d'Estudis Autonòmics i federals*, p. 21; MONTILLA MARTOS, J.A., 2015, *Reforma federal y Estatutos de segunda generación. Los Estatutos de Autonomía de segunda generación como modelo para la reforma federal y de la Constitución*, Thomson Reuters-Aranzadi, p.186.

ISSN 2036-7821

necesidades de gasto ni a la realización de un mayor esfuerzo fiscal[40]; ni por supuesto, tampoco a motivos geográficos, como podría considerarse en el caso de los territorios insulares.

En realidad esta situación resulta difícilmente justificable en el marco de una Constitución que pretende como valor supremo del ordenamiento la igualdad, que proclama la solidaridad interterritorial y que en su art.138.2 declara expresamente que las diferencias entre los Estatutos de Autonomía "*no podrán implicar en ningún caso privilegios económicos o sociales*".

Esta sobrefinanciación de los territorios forales[41], fruto de la financiación autonómica asimétrica, es un foco extraordinario de desestabilización política, al aspirar legítimamente las CC.AA de mayor renta per cápita[42], entre las que se encuentra Cataluña, a tener un sistema de financiación similar al de aquellos.

Pero cabe preguntarse cómo corregir esta situación ¿Podrá hacerlo unilateralmente el Estado Central mediante una Ley aprobada en el Parlamento nacional?

La respuesta es negativa. Para modificar el Convenio económico se debe acordar previamente en una Comisión bilateral formada por Estado Central y el territorio foral, de tal manera que sin ese acuerdo, el Estado no puede unilateralmente modificar la ley que lo regula. La modificación legal de este régimen exige aprobación mediante ley ordinaria previo sometimiento al Parlamento Foral y al Parlamento de España.

Además, la falta de acuerdo no supondrá un peligro financiero para los territorios forales, ya que a través de su Hacienda recaudarán la mayor parte de los impuestos del sistema tributario, por lo que tienen asegurada su financiación[43].

Es fácil vaticinar que manteniéndose el marco constitucional en los términos actuales, difícilmente los territorios forales aceptarán modificaciones que perjudiquen notablemente su financiación. Por ello, la sobrefinanciación y el agravamiento de la desigualdad tributaria interregional que conllevan los regímenes forales debería corregirse en una hipotética revisión constitucional[44].

---

[40] GENERALITAT DE CATALUNYA, 2006, *La problemática del vigente sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común*.

[41] UTRILLA DE LA HOZ, J., 2005, "La solidaridad interterritorial en el sistema de financiación foral" en *La financiación de las CC.AA.: políticas tributarias y solidaridad interterritorial*, Universidad de Barcelona; DE LA FUENTE, A., 2008 "Implicaciones de la equiparación de la financiación de Cataluña con los resultados del sistema foral: un análisis preliminar y algunas reflexiones" *FEDEA - Colección de Estudios Económicos*, 2.

[42] MEDINA GUERRERO, M., 2011 "Las Haciendas Autonómica y local en la STC 31/2010" en *Revista d'Estudis Autonòmics i federals*, p. 21.

[43] MONTILLA MARTOS, J.A., 2015, *Reforma federal y Estatutos de segunda generación. Los Estatutos de Autonomía de segunda generación como modelo para la reforma federal y de la Constitución*, Thomson Reuters-Aranzadi, p. 186.

[44] MARTOS GARCÍA, J.J, 2016, "Financiación autonómica y propuestas de reforma de la Constitución Española" Quincena Fiscal, p. 4; MARTOS GARCÍA, J.J, "Federalismo fiscal y Constitución Española", en *La reforma de la financiación territorial*, Tirant lo Blanch, 2017; MARTOS GARCÍA, J.J., 2018, "Constitución financiera y estructura territorial del Estado. Financiación de las Comunidades Autónomas" en *Estudios en conmemoración del 40 aniversario de la Constitución financiera Española*, Tirant lo Blanch.

ISSN 2036-7821

4. Conclusiones.

Primera. La Constitución española de 1978 tuvo presente los errores del pasado y para que tuviera una larga vigencia y contribuyera a la estabilidad democrática del país evitarlos apostó por buscar el respaldo de todos los partidos políticos. Para conseguirlo se diseñó tan abierta que todos pudieran hacerla suya, incluidos los nacionalistas, dejando el modelo de Estado inconcluso. La Constitución no lo denomina Estado federal pero, sin embargo reconoce autonomía política, financiera y fiscal a las Regiones, denominadas Comunidades Autónomas.

Segunda. La flexibilidad de la Constitución española alcanza su máxima expresión con el reconocimiento en la Disposición Adicional Primera de derechos históricos a 2 regiones - País Vasco y Navarra-, que ha sido fundamento posterior del régimen de financiación especial que éstas vienen disfrutando.

Como consecuencia, en el Ordenamiento español conviven 2 sistemas de financiación regional diferenciados, conformando un modelo asimétrico:

a) Modelo de financiación general o común: Integrado por 15 regiones.

b) Modelo de financiación especial de territorios forales: Integrado por 2 regiones, País Vasco y Navarra.

Tercera. Tras casi medio siglo, se ha pasado de un Estado centralizado a otro con una alta descentralización política, fiscal y financiera, de corte federal y todo ello, bajo los mismos principios constitucionales.

La convivencia de estos principios no siempre es pacífica y genera fricciones, dado que algunos de ellos resultan antagónicos. Se formula el principio de autonomía financiera de las CC.AA. e, inmediatamente, otros principios que la limitan, como la unidad nacional, la solidaridad y la igualdad.

Cuarta. Para garantizar el principio de autonomía financiera en la configuración de sus ingresos la Constitución española dispone que las CC.AA. de régimen general tendrán, entre otros recursos, sus propios tributos e impuestos cedidos por el Estado.

Corresponde al Estado central diseñar su modelo de financiación autonómico, regulándolo a través de la LOFCA y de la ley 22/2009.

Debido a los límites establecidos en el ordenamiento español –prohibición de doble imposición interna y que los tributos autonómicos no puedan recaer sobre materias cuya competencia es titularidad del Estado-, sus tributos propios tienen un peso recaudatorio menor. La mayor parte de sus ingresos proceden de la cesión de tributos estatales, habiéndole transferido, además, competencias de gestión y competencias normativas sobre algunos elementos de éstos, especialmente tipos/tarifas y beneficios fiscales a modo de deducciones o bonificaciones sobre la cuota.

Quinta. La cesión a las CC.AA. de competencias normativas en los principales impuestos estatales ha provocado una fragmentación tributaria interregional, que ha

ISSN 2036-7821

producido procesos de competencia fiscal interna y de deslocalización interregional de contribuyentes, trasladando su residencia fiscal, de forma real o ficticia, a CC.AA. con un régimen tributario más benévolo, reproduciendo a nivel interno los procesos de competencia fiscal internacional.

También ha provocado una erosión del principio de igualdad tributaria interregional, con notables diferencias en la carga tributaria que pueden soportar contribuyentes en idéntica situación –capacidad económica, procedencia de las rentas, circunstancias familiares y personales- pero con residencia en distintas CC.AA.

Pero conforme a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, si la desigualdad tributaria interterritorial fuese muy elevada, el sistema no garantizaría una «identidad básica de derechos y deberes de los españoles» o una «igualdad de posiciones jurídicas fundamentales» y sería inconstitucional por violentar el principio de igualdad. Hasta el momento, no ha concretado este límite. De no hacerlo, a nuestro juicio, este asunto debería abordarse en una futura reforma constitucional.

Sexta. La Constitución proyecta el principio de solidaridad garantizando, al menos, la prestación de los servicios públicos fundamentales de forma homogénea en todo el territorio nacional. La STC 31/2010 entiende que esta garantía operaría como un límite mínimo del principio de solidaridad, sin perjuicio que puedan nivelarse otros servicios, correspondiendo "al Estado determinar qué servicios públicos son fundamentales y cuál es el nivel en la prestación de los mismos que debe resultar garantizado".

La LOFCA y la Ley 22/2009 contemplan diversos Fondos de nivelación, entre los que destaca el Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales. Para dotarlo, cada Comunidad Autónoma aporta el 75% de los impuestos estatales cedidos y el Estado aporta una cuantía adicional, suficiente para cubrir el coste de los servicios mínimos fundamentales en todo el Estado. Una vez dotado el fondo se reparte entre las CC.AA. de tal manera que cada una recibiría la misma cantidad por habitante ajustado. De esta manera e independientemente del nivel de riqueza, a través de este fondo todas reciben los mismos ingresos por habitante, en términos de población ajustada, para poder prestarlos en términos similares.

Séptima. Para evitar que CC.AA. que generaban mayores ingresos tributarios per cápita acabaran disponiendo de menos recursos por ciudadano que otras con menor potencial tributario, invirtiéndose el orden de las posiciones de partida, el principio de ordinalidad surge como límite máximo al principio de solidaridad. Este principio no está recogido expresamente en la Constitución, pero ha sido reconocido por Tribunal Constitucional español en su STC 31/2010.

ISSN 2036-7821

El principio de ordinalidad se convertiría en un techo a la solidaridad de las CC.AA. que generan mayores recursos; pero ese techo a la solidaridad, a nuestro juicio, también puede romperse, supeditándose al objetivo constitucional de garantizar la nivelación plena de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español. Tema no resuelto y pendiente de aclaración.

Octava. Navarra y País Vasco, las 2 CC.AA. forales con un régimen especial de financiación, han contribuido en menor medida que otras CC.AA. con un nivel de riqueza similar a los mecanismos de solidaridad interregionales. Este hecho, unido a la metodología empleada para calcular su aportación al Estado, ha provocado que dispongan tradicionalmente de más recursos per cápita para financiar sus competencias que el resto de CC.AA. de régimen general.

Este privilegio resulta difícilmente justificable en el marco de una Constitución que formula como valor supremo del ordenamiento la igualdad, que proclama la solidaridad interterritorial y que en su art.138.2 declara expresamente que las diferencias entre los Estatutos de Autonomía "no podrán implicar en ningún caso privilegios económicos o sociales". Se trata de un foco extraordinario de desestabilización política, al aspirar legítimamente las CC.AA de mayor renta per cápita, entre las que se encuentra Cataluña, a tener un sistema de financiación similar al de aquellos.

No obstante, a través exclusivamente de una Ley estatal aprobada en el Parlamento nacional no se puede revertir esta situación. Para terminar con la financiación privilegiada de las 2 regiones forales se requiere una revisión constitucional.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

In virtù della interpretazione coordinata delle disposizioni costituzionali di cui agli articoli 2 e 3 le formazioni sociali non perseguono il fine di rimarcare la distinzione sociale ma al contrario sono funzionali alla integrazione solidale nel popolo "sovrano" in modo che possano concorrere adeguatamente a determinare la volontà generale (a proposito specifico dei cosiddetti ordini professionali legali)

di Giuseppe Palma

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

Sommario

1. Considerazioni preliminari; 2. Ulteriori necessarie premesse; 3) Dalle storiche corporazione agli attuali ordini professionali; 4. L'ordine delle professioni legali riesaminato nello spettro dei valori costituzionali.

Abstract

The writer realizes that in order to outline the issue of professional orders in technical-juridical terms he has (so to speak) proposed a more general investigation and therefore goes on to justify emphasizing that after the highly authoritative studies drawn up by scholars who had the lucky to be involved in the political climate (I would say) enthusiastic about the drafting of the Constitution (or immediately after) the issue of social formations seem to have entered the dark corner of the eclipse of more general constitutional knowledge

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

1. Considerazioni preliminari.

Chi scrive si rende conto che al fine di delineare in termini tecnico-giuridici la tematica degli ordini professionali ha (per così dire) prospettata una più generale indagine e passa perciò a giustificare sottolineando che dopo gli studi autorevolissimi redatti a cura di studiosi che ebbero la fortuna di essere coinvolti nel clima politico (direi) entusiasta della redazione della Costituzione (o subito dopo) la tematica delle formazioni sociali sembrano essere entrate nell'angolo buio dell'eclissi della più generale conoscenza costituzionale. E si ricorda per esempio il pensiero di Mortati[1]: (la Cost.) "richiede ad ognuno l'adempimento dei doveri facendo corrispondere alla inviolabilità dei primi (diritti) la inderogabilità dei secondi, correlazione questa che riflette il motivo centrale dell'apostolato mazziniano"; ovvero "da un lato la rivalutazione delle formazioni sociali come strumento efficiente di attiva partecipazione più che di passiva difesa" (Barbera)[2].

All'opposto si consideri che nella più estesa pubblicazione degli scritti attualmente in ordine a tale tematica ci si limita a portare l'attenzione soltanto su alcune formazioni che hanno avuto l'onore della menzione in Costituzione come ad esempio i partiti ed i sindacati, laddove scarsi riferimenti sono contenuti in tema di formazioni sociali e pure la Corte Costituzionale da decenni fa riferimento, in tema di diritti, all'articolo 2 Cost..

Per converso occorre rinverdire la citata tematica e porre in risalto la vera potenzialità dei valori politico-giuridici in essa racchiusi gelosamente, con la inclusa prospettiva evoluzionistica che da essa si diparte (quel nucleo reattivo e propulsivo, che così ama definirlo chi scrive) per non cadere nelle aride considerazioni relative alla "famiglia" ed ancor più di concetti riferibili alla loro essenza religiosa, specialmente dopo che si è parlato di recente di "transizione repubblicana" (sulla quale si ritornerà in seguito), una tale chiave di lettura fa sorgere un feroce interrogativo poiché essa costringe a domandarsi "ma così la Costituzione repubblicana risulta integralmente applicata?" E ciò specialmente se l'attenzione viene portata sulla considerazione che anche dopo l'entrata in vigore della Carta è continuata la vigenza di gran parte dell'ordinamento di Stato-liberale vigente nel vecchio regime statutario, poiché le (così denominate da chi scrive) "falangi conservatrici", che già durante i lavori della Commissione parlamentare avevano (solo in parte nascosta la fiaccola sotto il moggio) condizionato con i ben noti "compromessi" limitata la previsione dei valori, i quali pur tuttavia si riuscì a definirli in modo emblematico (ma furono comunque adottati) e che soprattutto in seguito hanno avuto una maggiore potenzialità di manovra a livello parlamentare, militando a favore del vecchio regime di politica liberale, con sempre maggiore pretesa di soddisfare soprattutto gli interessi dei "detentori" del potere

[1] Cfr. Principi fondamentali, in Commentario della Costituzione a cura di G. Branca, 1975, pag. 1 seg.
[2] Cfr. nel Volume sopra cit., pag. 50 seg.

ISSN 2036-7821

economico (detentori di ricchezza) incapaci quindi di sgombrare dall'opinione comune ogni residuato della vecchia categoria di "società oligarchica" (anzi chi scrive ha la sensazione che tale categoria può col tempo ottenere un maggiore risalto) perché si ricorda con il Giannini che "(in detto sistema) i burocrati attraverso il denaro, banca e finanza, anche senza aggiungere al codice penale..... si può controllare la stampa, l'apparato statale, l'opinione pubblica, l'intera economia nazionale e persino internazionale. Il più grave aspetto della crisi dello Stato liberale è l'assenza di una giustizia distributiva...".[3]

Sotto tale profilo argomentativo va messo in risalto come una tale conclusione può divenire anche peggiore.

E vale anche ricordare che anche quando una nuova alba democratica era comparsa all'orizzonte della vita del paese, tesa ad un possibile accordo dei due maggiori partiti, la felice soluzione fu interrotta ad opera delle BR, in ordine alle quali chi scrive ha sempre nutrito un dubbio sul motivo che avrebbe spinto all'uccisione dell'Onorevole Moro con effetto insanabile a danno dello stesso partito comunista e tale dubbio si è maggiormente radicato quando si è diffusa la considerazione dell'ex brigatista Faranda secondo la quale le BR avevano sempre nutrito il sospetto che nei covi prescelti per nascondersi questi ultimi erano già stati occupati dalle strutture fasciste ovvero venivano occupati dopo il loro trasferimento altrove.

Una tale complessiva situazione di "subbuglio" politico (così piace definirlo) ha consigliato di procedere ad illuminare le ragioni di introdurre cenni a chiarimento della complessiva tematica che si intende esaminare poiché è facile desumere come le premesse argomentazioni giustificano pienamente come sia stato facile motivare che i primi articoli costituzionali sono norme programmatiche e sarebbe stato necessario la emanazione di leggi perché essi assumessero vigore giuridico, leggi peraltro, a quanto risulta, non sono state mai proposte laddove si è parlato di "transizione repubblicana".

Ma se una tale contraddizione è consentita alla politica praticata alla dottrina giuridica non compete di perseguire il suo legittimo ruolo, incluso peraltro nella relativa scienza giuridica[4]. Ed a tal fine occorre richiamare il collegamento funzionale che lega il diritto di associazione (articolo 18 Cost.) alle "formazioni sociali" fin qui esaminate. È opportuno ricordare che, come si è chiarito altrove, tutti gli articoli contenuti nella Prima parte della Costituzione sono "direttive" imposte al legislatore ordinario tese a realizzare la platea valoriale dei primi 3 articoli. Poiché se non fosse così la costituzione di associazioni sarebbe stata comunque garantita dalla larga libertà

[3] Cfr. Per la determinazione della Nozione di Stato liberale, ora in Scritti, vol. X, pag. 92 seg.

[4] Tra la definizione di "scienza" preferisco ricordare la più diffusa secondo cui nella nozione si "ricomprende l'attività conoscitiva e segnatamente speculativa volta ad intraprendere e a definire in modo razionale l'esistente" ovvero "conoscere rigorosamente e sistematicamente ordinate che consente di giungere a verità obiettive intorno a un determinato ordine di fenomeni o di concetti".

ISSN 2036-7821

di contrarre vincoli garantiti dal codice civile ed anche in ordine ai divieti sanciti nel medesimo articolo sarebbe stato sufficiente il codice penale.
Si ricordi che già nell'Ottocento si affermava che "(opponendosi a dottrine germaniche che includevano ogni associazioni nell'ambito di ragione pubblica) tutto il nostro diritto pubblico è contrario a codesta dottrina che assorbirebbe nell'attività dello Stato tutta la vita della società, la quale non può con esso confondersi"[5]. In conclusione appare più che corretto includere a pieno titolo le associazioni nel raggio dell'azione di presenza dei valori sanciti nell'articolo 2 Cost..
È da ricordare altresì che nell'articolo 2 (del progetto sottoposto all'approvazione della Commissione parlamentare ex art. 6) era inserito tra l'altro la disposizione "la Repubblica Italiana garantisce ai singoli ed alle formazioni sociali ove si svolge la loro personalità i diritti di libertà e richiede l'adempimento dei doveri di solidarietà politica economica e sociale"; "ciò che presuppone una riforma della struttura sociale ed anche politica dello Stato... l'ideale da proporsi in una società pluralista è appunto questo ideale organico per cui ogni uomo abbia una funzione ed un posto nel corpo sociale, funzione e posto che dovrebbero essere definiti dal cosiddetto Stato professionale" "(La Pira)"; "Le libertà garantite nella presente Costituzione devono essere esercitate per il perfezionamento integrale della persona umana in armonia con le esigenze della solidarietà sociale e in modo da favorire lo sviluppo del regime democratico mediante la sempre più attiva e concreta partecipazione di tutti alla cosa pubblica" (articolo proposto dalla Sottocommissione ma non approvato dalla Commissione parlamentare)[6].
Da queste citazioni si desume che le opinioni espresse erano ben chiare per cui continuare a sostenere ancora la diffusa opinione secondo cui la Costituzione con la categoria di "lavoro" intende riferirsi soltanto al "lavoro dipendente" quando è lecito obiettare che, come si è dimostrato in una precedente sede, a tale categoria si deve includere ai sensi dell'articolo 4 Cost (1° e 2° co.) ogni forma di assunzione di impegno comportamentale in ambito sociale, individua cioè ogni configurabile comportamento personale utile alla società in cui si vive (Whertashang) e quindi rientrare consapevolmente integrandosi nella società, certo secondo la propria scelta e le proprie possibilità (vale a dire anche economiche), ma ciò è la più radicale negazione della vecchia organizzazione oligarchica, soprattutto se si fa attenzione che da tale prerogativa assunta ne discende quella "dignità" che inserisce la persona stabilmente nella organizzazione sociale e conferisce la facoltà di concorrere a determinare la volontà generale (uguale tra gli uguali); "quando parliamo di rappresentanza degli interessi " è bene dire subito non intendiamo affatto riferirci a sistemi di classi, a

[5] Cfr. C. Monini, Sul diritto pubblico e privato nel Regno delle due Sicilie, Napoli 1853, pag. 28 seg.; cfr. pure V. Napolitano, Dei conflitti di attribuzione, Napoli 1859, spec. pag. 5 e segg.
[6] Ci si riferisce sempre ai lavori svolti dalla Commissione parlamentare di redazione del "progetto di Costituzione".

ISSN 2036-7821

metodi e sistemi come quelli che vi erano... intendiamo riferirci agli interessi, le forze vive del paese, alla produzione, al lavoro in tutte le sue manifestazioni... al lavoro qualificato di intellettuale" (on. Ambrosini)[7]. E del resto è pienamente condivisibile una tale opinione dappoiché egli sapeva bene che non doveva formulare una disciplina di un istituto o di una realtà esistente (come nella redazione di un Codice) bensì la sua opinione si proiettava nel futuro, che forse si auspicava prossimo, poiché i Costituenti erano ben consci che non redigevano una Carta frutto di una rivoluzione compiuta, in ragione della quale la parte vincitrice dettava la sua visione generale ordinamentale, bensì erano usciti dal movimento che aveva spazzato via il nemico esterno ed interno e non potevano ottenere di più, ma ciò è ben lungi dal sospetto che le opinioni espresse e le tesi sostenute non fossero espressioni di una netta e sincera opinione politica.

Infatti se si va col pensiero storiografico a decenni passati si può apprendere che il pensiero prevalente giuridico riteneva che "la costituzione di un popolo non è che l'espressione dei suoi bisogni, dei suoi desideri, dei suoi costumi, delle sue abitudini, delle sue virtù, e persino degli stessi suoi vizi e dei suoi pregiudizi ...ecc."[8] ma si comprende agevolmente che la situazione esistente in termini di organizzazione sociale al momento della Costituente era ben differente in conseguenza non era configurabile la semplice opera di confezionare una sorta di Codice (v. la critica più volte espressa da V.F. Orlando) ed in conseguenza l'opera costituente non poteva che fissare il percorso (a così dire) secondo cui giungere alla città dell'oro, e si può aggiungere che la società era ancora quella esistente nel regime statutario, come si dimostrerà in seguito, e proprio a questa si è inteso contrapporre la nuova struttura della composizione sociale, con molta attenzione di non suscitare eccessivi allarmi delle presenti falangi conservatrici, le quali sostenendo già allora la massima libertà del futuro Parlamento hanno avuto la facoltà di confinare entro limiti non sempre auspicati dell'affermazione del cosiddetto principio di "effettività" funzionale dell'ordinamento giuridico ereditato.

In conseguenza si rimane perplessi di fronte ai tentativi di riforma (e/o di revisione) della disciplina costituzionale relativa alla forma di governo ed alle sue frequenti crisi richiamandosi ai consolidati regimi di stampo storicamente democratico (come ridurre a soli due partiti che si alternano al governo del Paese) poiché un siffatto regime è l'effetto della vita democratica funzionante da quasi due secoli, ad opera della quale la "società" ha avuto modo di opportunamente amalgamarsi ed è più che ovvio che ogni struttura giuridica trasferita in un differente ambiente solitamente finisce per deformarsi ad opera della società differente del nuovo ambiente ivi esistente.

[7] Si rinvia sempre ai lavori di cui alla nota precedente

[8] [8] Cfr. l'op. cit. nella nota 5, pag. 133 seg.

ISSN 2036-7821

Ma nel caso che qui interessa era necessario che si operasse prima di tutto una nuova organizzazione della società storicamente maturatasi dopo la Unificazione senonchè tutto ha agito affinché ciò non si realizzasse con la conseguenza che ogni possibile soluzione sarebbe destinata a perire e/o deformarsi specie se non favorevole alle numerose distinzioni che determinano l'attuale "nomadismo" politico (o se si preferisce l'attuale "transumanza", come preferisce esprimere chi scrive). Di ostacolo ad una tale riorganizzazione sociale oltre alle continue composizioni di governo di ampia alleanze, queste "imposte" da cause esterne come le esigenze dell'alleanza atlantica, la relativa contrapposizione al "pericolo rosso" e quindi alla conseguente guerra fredda, ma anche alla non sottesa opposizione interna delle minoranze favorevole a sostenere che nella specie trattasi di doveri meramente morali cosa che è un vero e proprio assurdo, a meno che non si intende riferirsi al connotato qualificativo di "**etica sociale**" cui va ricollegata la "dignità "che attribuisce la prerogativa di componente del popolo sovrano.

2. Ulteriori necessarie premesse.

Tale dichiarata necessità è consigliata dalla considerazione, resa impellente a seguito delle opinioni dei Costituenti ricordate più sopra, di spendere qualche considerazione sul clima politico-giuridico esistente sul quale la Costituzione di democrazia sociale avrebbe dovuto esplicare la sua vigenza e ciò viene ritenuto ancora utile per poter correttamente illustrare (e/o ricostruire) la tematica degli ordini professionali. Il che spinge a ricordare in termini brevi (per così dire) l'algoritmo dello Stato liberale che contiene nel suo DNA la inviolabilità del principio istituzionale di accentrare il potere politico e di decentrare (sempre moderatamente) quello amministrativo, allo scopo intuibile di poter conservare il potere alla classe sociale ben distinguibile socialmente dalla restante società ben più numerosa, donde accentrare il potere a livello parlamentare e decentrare quello amministrativo a livello delle autonomie locali. Un tale algoritmo consente ed ha consentito (e ciò sin dalla Unificazione) che la vita istituzionale continuasse a svolgersi nell'ambito della disciplina codicistica civile in forza di libertà essenzialmente negative privè cioè di doveri a sfondo sociale, semmai qualificati meramente "morali".

Si fa notare che un tale orientamento culturale ha sortito una sua eco già all'indomani dell'entrata in vigore della Carta. Un siffatto complessivo orientamento fu tempestivamente rilevato da un notevole cultore del diritto già nel 1920, il quale rileva "se l'essenza del Governo parlamentare, che ad altro non tende se non a conciliare il principio monarchico col principio repubblicano, consiste nel porre accanto al monarca un insieme di organi i quali funzionano nel potere esecutivo come organi di

ISSN 2036-7821

rappresentanza della Camera... non si intende quale margine di partecipazione al potere abbia il cittadino attraverso questo congegno"[9].

E' bene subito notare che l'Unificazione, in virtù della quale la "semplice espressione geografica "divenne una Nazione, rinvenne una società estremamente diversificata alimentata da culture differenti sia per la loro origine sia per la differente influenza dei regimi politici subiti ed infatti siffatto aspetto fu subito rilevato" si è fatta l'Italia occorre fare gli italiani", è altrettanto vero che alcuni spiriti nobili rilevavano già allora che il "popolo" era già da considerarsi essenzialmente connotato dalla consistenza di "comunità", ma sarebbe stato necessario un'ampia azione di alfabetizzazione perché ciò si realizzasse, ma stante l'effervescenza politica in molte parti del Regno, (ad esempio in Sicilia, nel napoletano, ecc.) e non va sottovalutata neppure le varie correnti di pensiero che rivendicavano diversità nell'organizzazione istituzionale del nuovo Regno (vedi mazziniani e non solo, Giustino Fortunato, De Santis, ecc.) sì preferì stringere i ranghi sul piano politico adottando paradigmi normativi sempre più autoritativi ed a ciò non si sottraggono le stesse leggi di unificazione del 1865, le quali è vero che subirono l'influenza di leggi in vigore in altri Stati (come il Belgio ecc.) però vennero adattate al subentrato ambiente in Italia incrementando oltre misura il rapporto di subordinazione gerarchica della burocrazia amministrativa destinata ad operare a livello delle cosiddette autonomie locali (come la legge in materia dimostra).

Certo è indiscutibile che il clima sociale era in parte caotico se si pensa che l'ambiente politico siciliano, che si era sempre contrapposto all'orientamento maturato a livello della capitale, proponeva la revoca dello Stato regio, oltre alla massima autonomia in dimensione regionalistica, laddove la capitale napoletana militava a favore di quest'ultimo. D'altro canto non va sottovalutato che anche nello stesso Stato piemontese veniva in risalto l'opinione che la istituzione del regno unificato contemplasse una organizzazione regionalistica (avversata da Cavour).

E si perviene all'adozione dello statuto albertino, adottato in seguito alle pressioni esercitate dalle città di Genova, Firenze e di Roma (e di quelle già citate di Sicilia e di Napoli), nel 1848, (che può definirsi lo Statuto dell'Unificazione) con il quale si tentò di fare il quadrato del cerchio perché sembrò che avesse concesso una più ampia partecipazione della società civile, (come ad esempio si parlava di una legge sulla stampa) però era valutato come l'atto che risolveva il "subbuglio" politico (come piace definirlo) capace appunto di scioglierlo, invece non si valutò allora e non si è valutato in seguito che non consisteva in una soluzione di arrivo bensì solo di partenza, perché tutto sommato conteneva molti riconoscimenti di maggiori libertà le cui garanzie reali erano affidate al Parlamento e gli articoli: "allargavano l'autonomia" delle "località" sempre però sotto il vigile occhio dell'autorità (si ricordi che il Prefetto era posto a capo della Provincia, la quale vigilava sui Comuni). Ed anche quando la politica sia

[9] Cfr. G. Girola, Teoria del decentramento amministrativo, Torino 1929, 36 seg.

ISSN 2036-7821

pure con tappe faticose successive riesce a modificare sia pure parzialmente l'algoritmo istituzionale originario e garantirà sempre più l'esercizio delle cosiddette libertà negative agli individui, il complessivo funzionamento istituzionale servì a ristabilire solide basi allo Stato liberale ancorché divenisse sempre più difficile tenere a bada la Camera (si vedono i tentativi di legge non approvati dalla Camera, come ad esempio quella proposta da Rattazzi ecc.).

Se lo scenario era così delineato, complicato dalla progressiva presenza nel Parlamento di eletti-rappresentanti delle varie regioni geografiche, si può bene intuire che la vita politico-parlamentare non fosse molto differente da quella riscontrabile oggi anche all'ombra di una Costituzione (che sarebbe dovuta essere imperante). E la bomba definitiva scoppia con l'inclusione del partito fascista nel governo (formalmente decisa dal re ma su proposta di Giolitti Presidente del Governo).

Ma prima di ciò vanno aggiunte alcune considerazioni che sono in grado di giustificare ancor più il nominato subbuglio del funzionamento sia del Governo che del Parlamento. Ed a tale scopo si introducono alcuni brevi cenni sulla successiva annessione del meridione d'Italia ed in proposito va ricordato che il Regno ebbe fine con Re Ferdinando II, il quale prima di abbandonare il suolo italiano dimorò in Gaeta, e che non aveva mai interrotto la sua influenza su (per così dire) formazioni le quali avrebbero dovuto creare problemi all'avanzata di Garibaldi ed ai suoi orientamenti a così dire rivoluzionari (è interessante porre in rilievo che tali formazioni hanno avuto come motivo originario quello politico e che in seguito hanno costituito terreno fertile per la delinquenza organizzata).

Ed a tal proposito va subito aggiunto che il primo intervento che l'Italia unificata ha azionato nel Meridione è consistito nel migliorare il sistema viario, abbondantemente trascurato da Ferdinando, al fine di poter sgominare tali "bande" che imperavano sulla povera popolazione dei borghi[10]. Ma per il resto la politica di intervento fu molto modesta, infatti il Comune di Napoli, quasi sempre sotto la guida di Conti, di Duchi, veri gioielli della corona regia, fu molto frequentemente in crisi e la causa più comune fu la penuria finanziaria; è vero che si inoltravano richieste al Governo di finanziamenti di opere ritenute urgenti (come la sistemazione del porto, il sistema dell'acquedotto del Serino, ecc.) ma non ebbero un accoglimento positivo. E' bene ricordare che il Re Ferdinando ha sempre preferito che il Meridione rimanesse in regime di economia agricola e non era disposto a modificarla (anche forse per non disturbare il traffico commerciale proveniente dalla Spagna e dall'Inghilterra) (non si trovano analogie con alcuni attuali orientamenti politici?) d'altro canto essendo il commercio interno poco o per niente sviluppato le linee ferroviarie e contrariamente al Settentrione coprivano pochi chilometri, alcuni dei quali installati al fine che il sovrano raggiungesse la sua Villa preferita a Portici. Prova ne sia che al posto dei finanziamenti

[10] In linea più generale si rinvia a R. De Cesare, La fine di un Regno, Ed. di Martino , 3 volumi , Napoli 2002

ISSN 2036-7821

richiesti e non rilasciati (è interessante ricordare che nella costruzione di Roma capitale furono espropriate amplissime zone ed in un vecchio libro si legge che molte persone, che prima si muovevano a dorso di un mulo dopo l'espropriazione si servivano di carrozze trainate da 6 cavalli, per contro quanto si dovette procedere al cosiddetto sventramento di Napoli a seguito della peste si adottò un'apposita legge secondo cui veniva fissato il criterio di valutazione dell'indennità rapportato al solo valore catastale del bene espropriato), il Governo predispose una commissione di indagine presieduta dal Presidente del Consiglio di Stato, la quale dopo molti mesi redisse ben tre volumi di grossa dimensione nella quale vengono rilevati molti profili critici dell'organizzazione della struttura comunale ivi incluse molte vicende di collusione, di corruzione degli stessi funzionari comunali, di abusi commessi nella gestione degli immobili di proprietà comunale lasciate all'uso abitativo di coloro che si prodigavano a trovare voti per il reincarico (ecc.)[11]

In conclusione va notato che la successiva elezione di soggetti meridionali a componenti del Parlamento non ha mai costituito un apporto di chiarificazione della relativa politica, anzi a titolo di causa ed effetto essi hanno introdotto ulteriori motivi per complicare l'azione parlamentare (non nel senso di risentimento e/o di rivendicazione) ma in forza della propria cultura essenzialmente politica diversa (non si può tacere che in sede di referendum per la Costituzione il meridione espresse molti voti per la permanenza della Monarchia se non peggio), cosicchè ove si proceda alla lettura della situazione attuale in materia di Governo-Parlamento sono rinvenibili più profili analoghi di quanto si può supporre, la qualcosa, ove si intendesse procedere ad una lettura sincera, induce a supporre (ma è più di una supposizione) che le "cause" di questo analogo funzionamento non sono affatto mutate nel tempo, anzi si potrebbe insinuare che si è operato affinché non mutassero in quanto costituiscono ancora attualmente i pilastri di uno Stato ad economia liberale.

Anzi se si ricorda quanto già premesso che sul clima politico come sviluppo prospettico della composizione della società ed allora è da rilevare che la società non è ancora mutata, ovvero non è mutata in dimensione notevole, e si spiega pure perché la politica finora praticata ha evitato finora di assumere come finalità dell'azione politica l'atteggiamento idoneo quantomeno non di risolvere bensì di agevolare la società come agglomerato di singoli titolari di libertà negative, a favore di persone che nel loro insieme costituiscono una "comunità" di soggetti consapevoli di aver ottenuto la dignità-prerogativa di essere titolari del potere sovrano.

Ed allora meglio affidarsi alla utopia che è consigliata dai valori costituzionali che piegarsi alla distropia poiché la prima apre la via che porta alla soddisfazione futura che alla distropia che priva il soggetto umano di non attendere alcuna soddisfazione nella relativa esistenza.

[11] Cfr. Regia Commissione d'inchiesta per Napoli, G. Saredo 3 vol. 1895-90

ISSN 2036-7821

3. Dalle storiche corporazione agli attuali ordini professionali.

Occorre ancora procedere ad alcune precisazioni al fine di evitare equivoci: con il percorrere in termini storiografici, l'itinerario dell'ordinamento statutario a quello repubblicano si è posto in evidenza che la cultura politica ha seguito una linea sostanzialmente diretta in conseguenza lo Stato liberale ha continuato la sua vigenza senza alcuna considerazione della struttura sociale, la quale è la sola a poter suggerire le opportune modificazioni a carattere giuridico e politico, anche quelle di introdurre "revisioni" alla disciplina costituzionale; e si parla di revisione, le quali assumono il ruolo di procedere ad alcune modifiche assecondando l'evolversi della situazione esistente e perciò non si impiega il termine di "modificare" in quanto sarebbero in violazione del divieto di cui all'articolo 54,139 e 18 ultimo comma della Costituzione.

Invece lasciando in vita l'ordinamento vigente di cui al Codice Civile si presenta più agevole introdurre modifiche anche in opposizione a coloro che sostengono ancora che la Costituzione non si "applica" al Codice Civile (vedi però l'autorevole opinione di Lipari). Nè possono sollevare dubbi sull' impiego della cultura storica qualora si consiglia quanto da tempo affermato da C.A. Jemolo (1951) "oggi... sentiamo materia preziosa ma vuoto questo diritto così decantato e ci chiediamo se le belle costruzioni formali, perfette, ineccepibili ma mai saggiate sulla rispondenza alla vita servono ad altro che alla gioia dell'intelletto". Del resto non va sottovalutato come anche il diritto è una scienza e come ogni scienza ha una sua intima "struttura molecolare" nella conoscenza di molteplici profili come la conoscenza storica, sociologica, psicologica sociale, cosicchè essa non può non risultare come sintesi di tali conoscenze e ne costituiscono il relativo diagramma, soprattutto nei momenti (qui definito) di subbuglio politico, così rimane anche motivata l'esposizione che segue diretta appunto a documentare l'intima struttura funzionale degli attuali ”ordini professionali" in modo speciale se si pensa che sulle considerazioni espresse nel paragrafo precedente essi potrebbero essere inclusi erroneamente nel settore della istituzione (burocratica) amministrativa.

Va subito rilevato come nella lunga storia dell'umanità sono riscontrabili numerosi esempi di corporativismo (di qui corporazione) di interessi concreti e quindi a forme di collaborazione in difesa di questi ultimi nella dinamica della lotta sociale ed anche di rilevanti lotte di potere politico (ne hanno parlato anche Aristotele e Platone). Anzi è stato rilevato che in quasi tutte le società storiche si rinvengono, salve quelle democratiche sorte dal XIX secolo in poi. Trattasi di sodalizi (di essenza associativa) di individui che esercitano la medesima attività professionale; esse monopolizzano l’arte e mestiere.

Trattasi quindi di una struttura di organizzazione sociale la quale finisce per "separarsi" dalla restante società (comunità) a volte esercitando anche una sorta di

ISSN 2036-7821

interno ordine giuridico ed a volte con esposizione anche in termini politici. Certo nasce, per abbreviare il discorso, in difesa garantistica degli appartenenti alla "corporazione" contro il potere signorile nel periodo medievale, però produce la frammentazione dell'ambiente sociale nel quale è inserito quindi in storico contrasto con l'idea di uguaglianza ed anche quando nelle successive fasi storiche un tale aspetto tende a relativizzarsi tale aspetto viene sempre più impiegato per il conseguente rilievo di trasferirsi nelle classi sociali "privilegiate" (società oligarchica). Si consideri che il diritto elettorale secondo lo Statuto era riconosciuto solo ai possidenti ed agli istruiti (in proposito va ricordato che si richiedeva agli eletti nel consiglio comunale di dar prova di saper leggere e scrivere, in seguito come prassi si ridusse nella prova di saper firmare).

Col passare del tempo (naturalmente storico) nell'ambito di un siffatto fenomeno si registrò la nascita di strutture di "mutuo soccorso" ad opera dei lavoratori (ed anche nel meridione d'Italia) in modo sempre maggiore per effetto della prima industrializzazione (è da ricordare la prima manifestazione di piazza in Lombardia al fine di ottenere un minor numero di ore lavorative ed un più alto salario ma il Governo regio schierò l'esercito che sparò contro i dimostranti; l'esercito se ricordo era comandato da un certo Beccaria). Si può desumere una prima conclusione è possibile rilevare come le corporazioni difendendo soprattutto gli interessi di contenuto economico (cioè la maggiore ricchezza) operavano anche la "scalata" nella gerarchia delle classi sociali, ma con uno sguardo veloce su tale scopo può ancora valutare plausibile pensare che ancora nel clima democratico possa conseguire un avanzamento di riconoscimento sociale "comprandolo" perché un tale riconoscimento non è in vendita e si raggiunge mediante adeguate assunzioni di impegno personale.

A questo punto si anticipano alcune considerazioni circa il momento storico di transizione tra l'epoca delle corporazioni e quella della disciplina degli ordini professionali, e si pone in rilievo come quest'ultima logica associativa (già nei suoi primi tentativi non riusciti) segue il fine di soddisfare valori differenti con rilevanza ben avvertita a difesa di valori stimati generali (e ciò conferma quanto da ultimo sostenuto). E si fa rinvio ad un "prezioso" volume scritto nei primi anni del 1800 nel Regno dei Borboni di Napoli, il quale viene così significativamente intitolato "Galateo degli avvocati"[12] (ed è appena il caso di rilevare che forse fu un errore che la Unificazione più che ai "guasti" facesse maggiore dimestichezza con la profonda cultura civile meridionale). Il curatore di questa ripubblicazione ricorda che Moreno, autore del libro "ha percorso… tutte le nuove strade che l'entusiasta generazione degli anni trenta pose davanti al giurista; strade ben inteso comunicanti tra loro e conducenti tutte in un'unica direzione ossia verso il progresso e dunque verso il benessere della società".

[12] V. Marino, Galateo degli avvocati, rip. a cura di F. Mastroianni

ISSN 2036-7821

In effetti già Federico II con una sua costituzione provvide (1779) che gli avvocati di qualsivoglia foro fossero obbligati a giurare di condurre con esattezza nel loro disimpegno e di non intraprendere la difesa di lite ingiuste e che un tal giuramento tutti gli anni si rinnovasse assoggettando gli spergiuri ad una multa in denaro ed alla privazione dell'ufficio con infamia". Fu istituita l'istituzione di Albi di avvocati presso tutti i Tribunali e le Gran Corti e mantenne il funzionamento delle Camere di disciplina (1817). Si riscontra anche un tentativo di istituire un albo degli avvocati. Il 1837 furono adottati altri atti normativi in materia, ecc. ecc.
In conclusione l'argomento non risulta che sia stato trascurato e non certo in termini di garanzia degli appartenenti alla categoria professionale (perlomeno non solo) ma soprattutto a garantire coloro che ad essi si affidassero (e perché no a tutela della giusta legalità dell'attività giudiziaria). Insomma con un certo tono la prospettiva era in via di modificarsi. E ciò viene confermato dalla redazione del Galateo che può consultarsi pubblicato nel volume citato nel quale sono descritti i principi (numerosi) secondo cui gli esercenti la professione devono conformare l'attività legale e le gravi sanzioni che sono da applicare ai professionisti che li violano, compreso il divieto di esercitare la professione. Ed una siffatta disciplina ha sortito in seguito una sempre maggiore conferma, e con essa una sempre maggiore determinazione della prospettiva valoriale nell'ordinamento post Unificazione e si perviene all'approvazione del RD legge del 27 novembre del 1933 che ha subito modificazioni nel 1947, in conseguenza rimane fissata la sua natura estranea alla struttura istituzionale amministrativa, come si è ricordato all'inizio di questo paragrafo e quindi si tratta piuttosto di una struttura organizzata di liberi professionisti, la quale per la funzione valoriale che assolvono è soggetta alla "vigilanza" pubblica, del resto come tante altre attività private dunque non resta che identificare tale funzione valoriale e scoprire che la disciplina costituzionale contiene una indicazione di tal natura.

4. L'ordine delle professioni legali riesaminato nello spettro dei valori costituzionali.
Da quanto fin qui premesso ed argomentato è più che agevole desumere la conclusione dell'intera esposizione. Si può ritenere assodato che l'Ordine delle professioni legali risulta strutturato a mo' di associazione (d'altronde pienamente consentita dalla Costituzione) rientrante in conseguenza nella categoria delle formazioni sociali contemplate dall'articolo 2 Cost. E quindi si può correttamente desumere che l'ordine assolve- ed è vero- il fine di garantire gli interessi (collettivi) della categoria della degli associati ma non solo (in altre parole non come un semplice sindacato) poiché la prestazione che gli "avvocati" prestano (ed in ciò rientra nel concetto di lavoro più sopra adottato ex articolo 4 Cost.) è finalizzata anche sul piano funzionale a garantire le libertà fondamentali dei componenti la società (popolo

ISSN 2036-7821

sovrano) ed a concorrere sul piano tecnico-professionale ad impedire ogni violazione di queste).

Del resto è pienamente comprensibile che una mera affermazione di riconoscimento delle libertà senza l'adozione di garanzie adeguate si sarebbe ritrovato nella logica statutaria nella quale si affermava il riconoscimento delle libertà ma non erano previste alcuna forma di tutela (si sottolinea che in quel regime il potere giurisdizionale apparteneva il Re). In una siffatta planimetria diventa più che logico il riconoscimento del "diritto" di agire in difesa dei propri diritti ed interessi di cui all'articolo 24 Cost. ed è altrettanto evidente che tale difesa giurisdizionale per essere adeguata allo scopo dichiarato richiede la prestazione di un legale (tale profilo si ricava dalla previsione del gratuito patrocinio di cui al terzo comma dello stesso articolo).

Si può ricordare in proposito quanto la Corte Costituzionale sin dalla prima sentenza in materia (articolo 18 del 1982) ha definito "il diritto alla tutela giurisdizionale rientra tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice ed un giudizio ". Si comprende allora come sia possibile scorgere un tratto logicamente consistente tra le due tematiche soltanto formalmente slegate. E si può anche in tono critico rilevare come siffatto tratto non viene rilevato generalmente come effetto di quel metodo ampiamente adottato di procedere all'esame di una singola disposizione inserita nella prima parte della Costituzione, obliando che l'intera prima parte delinea l'apparato fondazionale dell'ordinamento giuridico repubblicano.

In conseguenza ogni altro tratto giuridico preesistente può essere "trascinato", per così dire nell'area di influenza costituzionale (soprattutto di influenza dei "valori" posti a dimora); in chi scrive sorge l'idea di definire quanto appena affermato in termini di "istituto di trascinamento", anche perché appare attualmente come l'unico che possa consentire le modifiche dell'ordinamento ereditato (specie di quello codificato). Ma per essere esauriente occorre individuare un ulteriore fattore che conferma e convalida quanto testè affermato. Si intende riferire al consacrato principio dell'indipendenza del potere giudiziario ex art. 101 Cost. Questo aspetto risulta ampiamente trattato ed esaurientemente considerato per cui ci si limiterà nella presente sede alle parole dell'onorevole Ruini pronunciate in sede di Commissione parlamentare di redazione del progetto di Costituzione" per adempiere al mandato..... il titolo sulla magistratura, non è che la collocazione nella Carta Costituzionale di principi che vengono completati nelle norme sull'ordinamento giudiziario e di alcune garanzie di giurisdizione (da mettere in relazione con le altre stabilite nei diritti civili) che saranno anch'esse fondamento e base di integrazione nei codici. La Costituzione è, in un certo senso, la base di una piramide di norme da rivedere, ormai in gran parte, nella legislazione

ISSN 2036-7821

repubblicana del Paese"[13]. E' subito da notare ancora una volta il tratto funzionale esistente (e soprattutto motivato) che si sia inteso stabilire (e lasciare ai futuri operatori politici ma anche agli studiosi) tra l'autonomia della magistratura e la garanzia dei diritti fondamentali dei componenti la società specialmente nella auspicata "rigenerazione" futura (che la politica finora praticata è rimasta inoperosa).
Si può dedurre come il regime giuridico del potere giudiziario accolto in Costituzione è un superamento a così dire critico sia del sistema fascista che dello stesso sistema statutario. In conclusione risulta che al potere giudiziario è demandato a garantire e tutelare anche i diritti fondamentali, che consistono nello "sviluppo" dei valori di cui alle prime tre disposizioni della Carta, da ogni "offesa" arrecata ad essi anche con interventi di altri poteri istituzionali (si ricordi in proposito la facoltà di rinvio di una norma legislativa al sindacato costituzionale della Corte). In conseguenza l'intervento dell'avvocato, con la propria deontologia professionale, in via concreta serve anche a controllare l'autonomia di giudizio e di decisione del giudice e più si è disposti a procedere su questo (invero non facile) itinerario di concatenazione argomentativa e più si scopre come l'ordine professionale legale si muove su un terreno delicatissimo di "affiancare" (per così dire) coloro che per compito istituzionale hanno il potere di evitare che i diritti fondamentali siano violati, ovvero addirittura negati. Di qui il regime, starei per definirlo, severo che disciplina l'ammissione del professionista nell'ordine e la disciplina altrettanto rigorosa che ha per oggetto il personale svolgimento dell'attività tecnico-legale con la conseguente sanzione di espulsione per "indegnità". In chiusura mi sia consentita una personale amara considerazione, sia per mia diretta esperienza sia per notizie apprese dalla stampa, l'attuale ampio coinvolgimento in fatti illeciti e delittuosi di un numero crescente di pseudo-legali, impone una considerazione negativa sul rispetto della deontologia ma anche il non pieno funzionamento degli ordini professionali, i quali, forse e mi auguro di no, sono inattivi in materia perché assecondano la logica di svolgimento della dialettica elettorale. Certo è indiscusso che per assumere certi impegni si richieda una sincera "vocazione". Ma se anche questa fiaccola viene messa sotto il moggio come si potrà avere il coraggio di contestare a qualche "solito ignoto" di aver calpestato la "dignità" di un cittadino perbene?

[13] Si ricorda che Ruini era il Presidente della Commissione Parlamentare di redazione del progetto di Costituzione.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

I.I.A. (intelligenza artificiale amministrativa) e sindacato giurisdizionale.

di Gennaro Terracciano

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

Sommario

1. Introduzione al tema; 2. Processo telematico e limiti di sindacato sull'algoritmo; 3. Nozione di I.A.A.; 4. I.A.A. tra procedimento amministrativo e sindacato giurisdizionale; 5. Il sindacato giurisdizionale forte sull'I.A.A. – Considerazioni conclusive.

Abstract

A preliminary reflection deserves to be shared as to the pervasiveness of the so-called technosciences and at the speed with which they end up influencing many aspects of human life: the more the specialization and complexity of the sciences grow, the more the urgent and common demand for values and meaning grows.

The subject of the dominability of sciences, and in particular in those that have almost immediate concrete applications, such as those concerning digitization or the so-called artificial intelligence, becomes fundamental, due to the trap of simplicity of use in the face of the incomprehensibility of the operating rules (in other words, of the algorithms).

If then these technosciences also concern the ways in which administrative power is exercised, it becomes even more relevant to ask how those values and rules that govern constitutionally protected freedoms can be respected in the hypothesis of exercising administrative discretion through unknowable volitional mechanisms, of a computer system, however advanced it is.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione al tema.

Una riflessione preliminare merita di essere condivisa quanto alla pervasività delle cc.dd. tecnoscienze e alla velocità con la quale finiscono per condizionare molti aspetti della vita dell'uomo: piu' crescono la specializzazione e la complessità delle scienze, più cresce l'urgente e comune domanda di valori e di senso (9).

Il tema della dominabilità delle scienze, ed in particolare in quelle che hanno applicazioni concrete pressoché immediate, come quelle riguardanti la digitalizzazione o la c.d. intelligenza artificiale, diviene fondamentale, in ragione della trappola della semplicità di utilizzo a fronte della incomprensibilità delle regole di funzionamento (in altre parole, degli algoritmi).

Se poi dette tecnoscienze riguardano anche le modalità attraverso le quali si esercita il potere amministrativo, diviene ancor più rilevante chiedersi come possano comunque essere rispettati quei valori e quelle regole che presidiano le libertà costituzionalmente protette nelle ipotesi di esercizio del potere discrezionale amministrativo attraverso inconoscibili meccanismi volitivi di un sistema informatico, per quanto evoluto sia.

Come appare subito evidente, i profili valoriali non attengono tanto alla tematica dell'atto amministrativo digitale o digitalizzato, in quanto esso finisce per essere frutto, comunque, di un procedimento amministrativo che richiede il rispetto di tutte le norme a presidio della correttezza formale e sostanziale dell'atto stesso (4).

Così come meno problematica è la ricerca di parametri e regole con riferimento all'algoritmo c.d. tradizionale, ove si tratta di approfittare dei sistemi informatici per applicare al meglio norme e regole attraverso processi matematici che comunque consentono una semplice verifica di correttezza e sono 'dominabili', nella misura in cui sia possibile verificare la congruità della traduzione in linguaggio matematico delle regole giuridiche (3).

I profili maggiormente problematici attengono, invece, alla possibilità di dominare anche gli algoritmi scaturenti dall'applicazione di sistemi neurali o di intelligenza artificiale, spesso frutto di autoapprendimento (cioè, con dati di input non controllati da un responsabile umano), di modo da garantire, prima, una sufficiente comprensibilità e trasparenza (non mera conoscibilità) nella fase programmatoria, e, poi, una possibile sindacabilità in fase di esercizio del potere e di valutazione delle conseguenze, anche sul piano del merito (avuto riguardo non solo agli atti vincolati, ma anche a quelli a contenuto discrezionale, magari conseguenza di valutazioni predittive). Del resto, la decisione amministrativa deve comunque essere giustificata, anche se frutto di un algoritmo autonomamente generato dal sistema informatico, e il Giudice amministrativo non può e non deve sottrarsi ad un sindacato rafforzato proprio in quelle ipotesi di maggiore complessità tecnologica, che appaiono a volte inconoscibili e impenetrabili (si veda, Cons. Stato, VI, n.881 del 2020) (22). E ciò

ISSN 2036-7821

sembra ancor più rilevante nelle ipotesi in cui anche l'attività giustiziale finisce per non sottrarsi all'uso del mezzo tecnologico e alla possibilità che l'intelligenza artificiale possa consentire un certo grado predittivo dell'esito delle decisioni (19).

2. Processo telematico e limiti di sindacato sull'algoritmo.

In effetti, 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.

Orbene, senza volersi soffermare, come autorevoli studiosi hanno già fatto (17), sulle criticità e sui difficili rapporti tra principi di oralità e pubblicità delle udienze e virtualità del processo, è indubbio che questa esperienza 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 i valori costituzionali a presidio del rapporto autorità-libertà, sia in ambito di procedimento amministrativo, sia quanto al processo amministrativo.

Si avverte forte il rischio che la tendenziale meccanizzazione 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).

Le evidenziate preoccupazioni, anche etiche, di governabilità e controllabilità dei processi decisionali non deve ovviamente generare pregiudiziali rifiuti di un'evoluzione tecnologica che, oramai, come detto, ha assunto un carattere pervasivo di ogni ambito dell'esistenza umana (a cui non può sottrarsi la giustizia) (12).

Al fine di affrontare il problema a livello sistemico, è necessario, nuovamente, evidenziare la *summa divisio* tra le procedure automatizzate in cui l'algoritmo è 'servente' (tradizionale), 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

ISSN 2036-7821

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 (14). Non sono mancati approfondimenti inerenti il diritto di accesso all'algoritmo (15, 10).
Non si rinvengono, però, un'analoga riflessione e analoghe prese di posizione con riguardo ai processi di automazione decisoria in sede giurisdizionale (23, 24, 7).
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).
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.

ISSN 2036-7821

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.
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).
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.

ISSN 2036-7821

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.

3. Nozione di I.A.A.

Pare, così, più utile 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 invece di graduale interazione e integrazione, sia in sede procedimentale che in ambito processuale.

Una soluzione potrebbe rinvenirsi nell'immaginare un'intelligenza amministrativa artificiale quale 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 può realizzare, 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.

Si tratta, cioè, di prendere atto che il sistema giustiziale richiede un controllo e monitoraggio del processo di realizzazione del provvedimento amministrativo già in sede procedimentale, nelle fasi di iniziativa e di istruttoria.

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, che consente l'accesso al fatto 'algoritmizzato' e rende non più oscura e imprevedibile, a guisa di una *black box* analogica, la sussunzione del fatto entro le 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 che deve riguardare l'intero *iter* decisionale, mappando tutti i processi mediante l'elaborazione di regole di condotta, *alert* e 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

ISSN 2036-7821

coniughino un giusto grado di autonomia della macchina con il contrasto a deviazioni, vulnerabilità o errori del sistema.

4. I.A.A. tra procedimento amministrativo e sindacato giurisdizionale.

Il rilievo iniziale, quanto ai 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.

Ovviamente, non mancano approfondimenti e tesi, anche coerenti con l'attuale assetto della giurisprudenza, che teorizzano decaloghi più o meno aderenti ai principi e ai criteri costituzionali e normativi attinenti all'attività amministrativa, per evitare diseguaglianze o discriminazioni (1), anche economiche (14), o anche che finiscono per assimilare l'algoritmo ad una sorte di regola tecnica, sottoponendo la stessa a tutta la regolamentazione riguardante il procedimento amministrativo (2).

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, certamente, la fissazione di regole operative per l'utilizzo di modelli automatizzati di quanto all'acquisizione dei fatti e alla decisione, che consentano di tracciare gli eventi, minimizzando il 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.

Del resto, la digitalizzazione mediante informatizzazione e tracciamento dei processi non può ritenersi avulsa dall'attuale organizzazione 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.

Tuttavia, si ha l'impressione che tutto ciò non sia sufficiente a trovare una ragionevole risposta alla esigenza sottesa alla riflessione iniziale, quanto alla domanda di valori e di senso. Si tratta, perciò, di individuare una nozione di I.A.A., quale strumento 'maieutico' volto all'emersione di una cultura della *data science*, che consenta una effettiva funzionalizzazione ai valori riconosciuti e tutelati in ambito costituzionale, con particolare riferimento ai principi fondamentali (artt. 2 e 3, Cost.), ma anche a quelli attinenti strettamente alla persona e ai suoi gradi di libertà.

A tal fine, la 'trasformazione' digitale richiede, come evidenziato, di essere valorizzata già in sede procedimentale, in un *continuum* sino alla sede processuale, generando il necessario prodromo anche al graduale utilizzo di sistemi tracciabili e comprensibili di giustizia predittiva.

ISSN 2036-7821

In altri termini, non pare sufficiente il richiamo al rispetto delle norme di azione della pubblica amministrazione, ma sembra che occorra una diversificata disciplina sul procedimento informatizzato con utilizzazione di I.A.A e 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*.

Occorre sottolineare in tale direzione il rinnovato interesse per l'accertamento istruttorio del fatto, in fase amministrativa e giurisdizionale, che ben può riflettersi sull'elaborazione di indici scientifici su cui testare empiricamente i meccanismi di prova.

L'idea di fondo è, dunque, quella di non calare l'automazione mediante intelligenza artificiale in compartimenti stagni, inserendola 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 e decisione in sede elettronica.

Con ciò accentrando la necessità di verifica della correttezza e congruità della decisione amministrativa non solo sull'algoritmo, come pure ritiene il Consiglio di Stato, di modo che sia verificabile, costantemente controllabile e correggibile dall'essere umano, ma sull'intero procedimento "algoritmico", più in grado di rappresentare analiticamente il processo decisionale e consentire un sindacato più penetrante anche sugli assetti conseguenti all'adozione del provvedimento o al comportamento dell'amministrazione in termini di buon andamento e imparzialità.

In definitiva, occorre 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

ISSN 2036-7821

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.
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, e 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 (20).

5. Il sindacato giurisdizionale forte sull'I.A.A. – Considerazioni conclusive.
Il sindacato giurisdizionale del Giudice amministrativo non può, per quanto detto, rimanere relegato nel paradigma tradizionale, che pur consentendo di giudicare sul corretto esercizio della discrezionalità tecnica, non consente un effettivo sindacato quanto alle scelte di merito della P.A..
Nel procedimento algoritmico, e quindi a seguito di utilizzazione della I.A.A., non si riesce a distinguere tra esercizio di discrezionalità tecnica e quello di discrezionalità amministrativa, rimanendo, soprattutto quando l'algoritmo è conseguenza di autoapprendimento in funzione predittiva, relativamente oscuro il processo decisionale interno, che può valorizzare o meno aspetti fattuali, in modo non omogeneo a quanto risulterebbe se il decisore fosse una persona. In altri termini, il processo di sussunzione tra fattispecie concreta e norma non è facilmente perimetrabile, e la discrezionalità insita in ogni decisione, umana o automatizzata che sia, è caratterizzata da un continuo confronto tra elementi di input e dati esperienziali, con cicli tendenti all'infinito. Il presupposto di fatto e quello di diritto si confondono e l'istruttoria finisce per essere simultanea alla decisione, in modo indistinguibile.
Si è pure rilevato che appare sempre più grande la capacita` della tecnoscienza di generare effetti straordinariamente invasivi ed appare invece sempre più piccola la capacita` della stessa tecnoscienza di prevedere con certezza ciò che accadrà (9), sebbene i sistemi predittivi risultino a volte così 'influenzanti' i decisori al punto che essi stessi determinano una modificazione degli stessi assunti presi a base della predizione. In tal senso essi rischiano di trascendere la funzione predittiva (sempre

ISSN 2036-7821

ovviamente sfumata) e finiscono per indirizzare ogni "elemento causale" verso l'evento supposto. Non tutto può essere oggetto di previsioni, e il futuro concettualmente non è mai prevedibile altrimenti non sarebbe tale, ma il rischio è che il decisore umano finisca per appiattirsi al calcolo matematico, per quanto complesso e sofisticato, dando credito alla predizione e con ciò favorendo la realizzazione dell'evento supposto: predizione o elemento causale primario (di un evento che non si sarebbe realizzato senza la previsione)?

Proprio tali aspetti richiedono che l'ordinamento, in precauzione e prevenzione, apposti un sistema giudiziale che consenta al Giudice di non limitarsi alla valutazione della sussistenza dei vizi di legittimità nell'azione amministrativa algoritmica, ma che invece consenta allo stesso anche di verificare in concreto il risultato del processo e le conseguenze della decisione amministrativa, in chiave di verifica dell'effettivo perseguimento del pubblico interesse, prendendosi atto che la decisione amministrativa attraverso l'I.A.A. non è una mera riproduzione in linguaggio matematico della decisione umana, e richiede che essa risponda a criteri intrinseci di giustizia ed equità, e non solo di pura legalità.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma. Punti critici e spunti di riflessione.

di Aristide Police

(Professore ordinario di Diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma LUISS "Guido Carli")

e Anna Maria Chiariello*

(Dottore di ricerca presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata")

Sommario

1. Inquadramento normativo e giurisprudenziale a livello interno e a livello europeo. – 2. Le pronunce dell'Adunanza Plenaria. – 3. Portata, natura e limiti della funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. – 4. Sui rapporti tra fonti interne e fonti sovranazionali nell'ambito della giurisdizione amministrativa. – 5. L'emendamento del Governo al decreto legge sulla concorrenza: alcuni rilievi critici. – 6. La spinosa questione dell'indennizzo e del legittimo affidamento dei concessionari uscenti. – 7. Considerazioni conclusive: un orizzonte ancora molto agitato.

Abstract

For decades, the "history" of state-owned maritime concessions has been characterized by an accentuated complexity on a legal level. In fact, the matter has been affected by regulatory reforms, national and European jurisprudential decisions, as well as by interventions by the European Commission. In line with this jagged framework, but with the aim of putting an end to it, the Plenary Meeting of the Council of State was recently pronounced and an amendment to the draft law on competition was adopted by the Council of Ministers. These actions, certainly relevant and destined to produce a great impact, nevertheless lend themselves to certain criticisms and raise old and new questions, adding other pieces to a "story" that is not over yet.

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

ISSN 2036-7821

1. Inquadramento normativo e giurisprudenziale a livello interno e a livello europeo.

Con le due sentenze "gemelle" nn. 17 e 18 emanate in data 9 novembre 2021 l'Adunanza Plenaria prende posizione su un tema di interesse generale, le concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, affermando principi destinati ad avere risonanza ben più vasta di quella esercitata sulle singole vicende da cui le predette sentenze sono originate.

Prima di riflettere e approfondire le tematiche, o perlomeno talune di esse, che le pronunce in questione hanno affrontato o sollevato, appare opportuno inquadrare brevemente queste ultime all'interno della cornice normativa e giurisprudenziale nella quale si inseriscono. Si tratta di una cornice, almeno in parte risalente, che intreccia elementi del livello interno con altri del livello comunitario[1].

Sul piano interno, come noto, il lido del mare e le spiagge fanno parte del demanio pubblico (più precisamente del demanio marittimo) e, per tale motivo, appartengono esclusivamente allo Stato e la loro proprietà è inalienabile e imprescrittibile. Essi, tuttavia, possono formare oggetto di concessione dietro il pagamento di un canone, assumendo primario rilievo nel nostro ordinamento per la loro appetibilità economica e per la loro proficua utilizzazione da parte degli operatori del settore balneare[2]. Il Codice della navigazione di cui al r.d. 30 marzo 1942, n. 327, disciplina il demanio marittimo (artt. 28 ss.), attribuendo all'amministrazione marittima, compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, il potere di concedere l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo (art. 36). In passato, attribuendo al titolare della concessione una posizione particolarmente privilegiata, tale Codice prevedeva altresì l'istituto del c.d. "diritto di insistenza", ossia il diritto di preferenza dei concessionari uscenti (art. 37, co. 2). Nello specifico, ai sensi del testo previgente, per il rilascio di

* I paragrafi nn. 3, 4 e 7 sono da attribuirsi al Prof. Aristide Police, mentre i paragrafi nn. 1, 2, 5 e 6 sono da attribuirsi alla Dott.ssa Anna Maria Chiariello.

[1] Sulle concessioni demaniali marittime e sulla loro disciplina si vedano, oltre ai contributi richiamati successivamente, G. MARCHEGIANI, *Le concessioni demaniali marittime e la sindrome di Loch Ness*, in *Giustamm.it*, n. 10/2015, in cui si osserva un'alternanza di fasi di calma e di tensione della disciplina e del dibattito relativo al tema in questione; A. GIANNACCARI, *Stessa spiaggia, stesso mare. Di concessioni demaniali marittime e (assenza di) concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2021, 2, p. 307 ss.; C. BENETTAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, n. 25/2016; E. AJMAR - P. MAFFEI, *Concessioni balneari: si naviga a vista. Uno studio di caso*, in *Federalismi.it*, n. 18/2020; B. CARAVITA - G. CARLOMAGNO, *La proroga* ex lege *delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *Federalismi.it*, n. 20/2021.

[2] La rilevanza delle concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo si comprende alla luce del dato che le coste italiane si estendono per circa 7500 km (approssimativamente un terzo delle coste balneabili dell'Unione europea) e che il settore del turismo costituisce quasi il 13% del Pil nazionale con circa 62 milioni di turisti all'anno. Le concessioni demaniali marittime che insistono sulle coste italiane sono oltre 52.000, di cui oltre 11.000 riguardano stabilimenti balneari, oltre 1.200 riguardano campeggi, circoli sportivi e complessi turistici, mentre le altre riguardano diversi utilizzi, quali ad esempio la pesca, l'acquacoltura a diporto e il produttivo (http://dati.mit.gov.it/catalog/dataset/concessioni-demaniali-marittime).

ISSN 2036-7821

nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative era data preferenza (tra l'altro) alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze. Sempre a livello interno, inoltre, il d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, disponeva il rinnovo automatico delle concessioni in scadenza sessennale. In particolare tale normativa prevedeva che le concessioni dei beni demaniali marittimi, dalla durata di sei anni, alla scadenza si rinnovassero automaticamente per altri sei anni e così successivamente a ogni scadenza[3]. In sintesi, il quadro normativo italiano così delineato di fatto permetteva concessioni perpetue, risultando sostanzialmente preclusa ogni possibilità di subentro per nuovi eventuali concorrenti.

A livello comunitario, al fine di eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento dei prestatori negli Stati membri e alla libera circolazione dei servizi tra questi, nonché al fine di garantire ai destinatari e ai prestatori la certezza giuridica necessaria all'effettivo esercizio di queste due libertà fondamentali, la dir. 2006/123/CE, anche nota come direttiva servizi o direttiva *Bolkestein*, liberalizza i servizi ai consumatori, affermando l'esigenza di applicare la disciplina della concorrenza, e dunque di svolgere procedure di gara, a tutti i servizi interessati[4]. Segnatamente, ai sensi dell'art. 12 della direttiva, qualora il numero di *autorizzazioni* disponibili per una determinata attività sia limitato per via della *scarsità delle risorse naturali* o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri devono applicare una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di

[3] Art. 01, co. 2, d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, conv. con modificazioni dalla l. 4 dicembre 1993, n. 494. La disposizione menzionata è frutto della modifica operata dalla l. 16 marzo 2001, n. 88. Lo stesso art. 01 (che disciplina le concessioni a uso turistico ricreativo comprese nel più ampio *genus* delle concessioni demaniali marittime) stabilisce che "la concessione dei beni demaniali marittimi può essere rilasciata, oltre che per servizi pubblici e per servizi e attività portuali e produttive, per l'esercizio delle seguenti attività a scopo turistico ricreativo: a) gestione di stabilimenti balneari; b) esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio; c) noleggio di imbarcazioni e natanti in genere; d) gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive; e) esercizi commerciali; f) servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, compatibilmente con le esigenze di utilizzazione di cui alle precedenti categorie di utilizzazione". Inoltre, ai sensi della l. n. 296/2006, di modifica dell'art. 3 d.l. n. 400/1993, le concessioni demaniali marittime dovevano avere una durata non inferiore ai 6 e non superiore ai 20 anni "in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare e sulla base dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposti dalle regioni".

[4] Sulla direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (recepita in Italia con l'art. 16 d.l. 26 marzo 2010, n. 59), *ex multis*: S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/ 123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Milano, 2009; D. PARADISI, *La Direttiva* Bolkestein. *Principi generali e campo d'applicazione*, in *Disciplina del commercio e dei servizi*, 2010, 2, p. 17-46; A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013, 02; L. ALLA, *La Direttiva 2006/123/CE ed il nuovo quadro comunitario di riferimento per la liberalizzazione dei servizi nel mercato interno*, in *Amministrazione in cammino*, 2013, p. 1 ss.; C. BENETAZZO, *Concessioni balneari e direttiva* "Bolkestein" *tra obblighi di trasparenza ed autonomia degli Stati*, in *Giustamm.it*, n. 2/2018; G. COLAVITTI, *La Direttiva* Bolkestein *e la liberalizzazione dei servizi professionali*, in *Rass. forense*, 2019, 3, p. 481-520; G. CARULLO - A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, in *Federalismi.it*, n. 26/2020; F. CAPELLI, *Evoluzioni, splendori e decadenza delle direttive comunitarie. Impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli, 2021.

ISSN 2036-7821

trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. In tali casi l'autorizzazione deve essere rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico, né può accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami. Tra i servizi interessati dalla direttiva rientrano anche i servizi nel settore del turismo, compresi quelli ricreativi, con la conseguenza che sono destinatari della stessa anche le imprese turistico-balneari. Per effetto della direttiva, dunque, le concessioni demaniali marittime escludono sia procedure di rinnovo automatico, sia vantaggi al prestatore uscente, esigendo che le stesse siano oggetto di gara ad evidenza pubblica da svolgersi al termine di ogni concessione[5].

A fronte di tale disciplina comunitaria l'assetto normativo nazionale allora vigente e come sopra descritto appariva presentare talune incompatibilità, in particolare con riguardo al rinnovo automatico delle concessioni in scadenza sessennale di cui al d.l. n. 400/93 e al diritto di insistenza di cui al Codice di navigazione. In effetti il combinato delle relative norme, aventi lo scopo di tutelare il concessionario uscente, finiva per soffocare qualsiasi forma di concorrenza, risultando incompatibile non solo con il diritto italiano, ma anche con quello comunitario, in particolare con l'art. 49 TFUE[6] e con il menzionato art. 12 della direttiva *Bolkestein*. Tali incompatibilità indussero la Commissione europea ad aprire, nel 2008, una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano[7]. Per superare le contestazioni della Commissione il legislatore eliminava dall'ordinamento nazionale il diritto di insistenza[8] e abrogava il sistema dei rinnovi concessori automatici[9]. Tuttavia al contempo venivano prorogate le concessioni demaniali marittime turistico-ricreative in essere al fine di consentire,

[5] Tuttavia, ai sensi dell'art. 12, co. 3, direttiva servizi "gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario".

[6] L'art. 49 TFUE sulla libertà di stabilimento sancisce il divieto di restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro, riconoscendo conseguentemente l'accesso alle attività autonome ed al loro esercizio, in modo non discriminatorio per tutti gli operatori europei in tutto il territorio dell'Unione.

[7] Procedura d'infrazione n. 2008/4908 che rileva l'incompatibilità con l'ordinamento UE di alcuni profili della normativa italiana riguardante le concessioni demaniali marittime. In particolare con la lettera di messa in mora la Commissione europea contestava la compatibilità dell'art. 37, co. 2, Codice della navigazione e dell'art. 9, co. 4, l.r. Friuli Venezia-Giulia 13 novembre 2006, n. 22, in materia di demanio marittimo con finalità turistico-ricreativa con il diritto comunitario, e in particolare coi principi di cui all'art. 49 TFUE e all'art. 12 dir. 2006/123/CE, e la compatibilità del rinnovo automatico della concessione alla scadenza sessennale di cui all'art. 1, co. 2, d.l. n. 400/1993, conv. con l. n. 494/1994, e successivamente modificato dall'art. 10 l. n. 88/2001. In particolare veniva contestata la preferenza sostanziale riconosciuta al concessionario uscente nelle procedure di attribuzione delle concessioni del demanio pubblico marittimo in quanto è discriminatoria in primo luogo nei confronti delle imprese provenienti da altri Stati membri.

[8] D.l. n. 194/2009, art. 1, co. 18, conv. con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2010, n. 25.

[9] L. 15 dicembre 2011, n. 217, art. 11, co. 1.

ISSN 2036-7821

nelle more, la revisione (mai avvenuta) del quadro normativo in materia di rilascio delle stesse e disciplinarne dunque l'affidamento attraverso procedure di evidenza pubblica[10].

A seguito del predetto intervento del legislatore italiano, nel febbraio 2012 la Commissione europea chiudeva la procedura di infrazione[11]. Si esprimeva invece sullo stesso e sui relativi profili di criticità rispetto alla normativa europea la Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale dai Tar Lombardia e Sardegna interessati a comprendere se i meccanismi di proroga automatica e generalizzata di tutte le concessioni demaniali marittime fossero o meno compatibili coi principi del diritto europeo di cui all'art. 49 TFUE e alla direttiva *Bolkestein*[12]. Con la pronuncia del 14 luglio 2016, anche nota come *Promoimpresa*, il giudice europeo affermava innanzitutto che le concessioni demaniali marittime a uso turistico-ricreativo rientrano nel campo di applicazione della direttiva menzionata, spettando al giudice nazionale solo la valutazione circa la natura "scarsa" o meno della risorsa naturale attribuita in concessione. Infatti, secondo la Corte le concessioni marittime devono essere considerate "autorizzazioni" ai sensi della direttiva suddetta, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, e tale direttiva si applica a esse laddove queste costituiscano una "risorsa scarsa"[13]. Se il numero di autorizzazioni è limitato a causa della scarsità di risorse naturali, allora: l'assegnazione deve avvenire sulla base di principi di imparzialità, trasparenza e pubblicità; la durata delle concessioni deve essere limitata nel tempo; regimi di proroga automatica non sono compatibili con il diritto europeo[14].

---

[10] Il citato d.l. n. 194/2009 stabiliva la proroga delle concessioni demaniali marittime turistico ricreative, in scadenza al 30 dicembre 2009, fino al 31 dicembre 2015 (art. 1, co. 18). Su tale proroga Cons. Stato, 27 dicembre 2012, n. 6682, secondo cui "nel caso in esame, il termine di sei anni è stato stabilito per consentire l'introduzione di una nuova disciplina della materia conforme ai principi comunitari e, a parere del Collegio, non esorbita dalla sfera della discrezionalità legislativa (...). Il termine di sei anni coincide con la durata minima delle concessioni, e sotto questo profilo costituisce un'ultima proroga, la cui ragione può essere individuata nella necessità di far rientrare dagli investimenti gli operatori che avevano comunque fatto affidamento sulla precedente legislazione in materia di diritto di insistenza, dando loro il tempo necessario all'ammortamento delle spese sostenute". In seguito l'art. 34-*duodecies* d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221, ha modificato l'art. 18, co. 1, d.l. n. 194/2009, estendendo la menzionata proroga al 31 dicembre 2020.

[11] La procedura di infrazione 2008/4908 veniva archiviata il 27 febbraio 2012.

[12] Il Tar Lombardia e il Tar Sardegna hanno rimesso alla Corte di giustizia la questione illustrata con decisioni, rispettivamente, del 5 marzo 2014 e del 28 gennaio 2015.

[13] La Corte di giustizia rimette al giudice nazionale la valutazione in concreto se le concessioni demaniali marittime possano ritenersi una "risorsa scarsa" ai sensi della direttiva servizi. Come si vedrà, la questione sarà poi risolta in senso positivo dalle sentenze "gemelle" dell'Adunanza Plenaria qui in esame.

[14] C. giust. UE, sez. V, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa srl contro Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro e Regione Lombardia e Mario Melis e a. contre Comune di Loiri Porto San Paolo e Provincia di Olbia Tempio*. In particolare la Corte dichiarava i principi per cui "l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di

ISSN 2036-7821

cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati" e "l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo". Circa la sussistenza di un interesse transfrontaliero certo, la pronuncia afferma che "occorre ricordare che quest'ultimo deve essere valutato sulla base di tutti i criteri rilevanti, quali l'importanza economica dell'appalto, il luogo della sua esecuzione o le sue caratteristiche tecniche, tenendo conto delle caratteristiche proprie dell'appalto in questione (v., in tal senso, sentenze del 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, EU:C:2013:736, punto 29 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 17 dicembre 2015, UNIS e *Beaudout Père et Fils*, C-25/14 e C26/14, EU:C:2015:821, punto 30)". La sentenza *Promoimpresa* chiarisce anche che, in relazione alle deroghe di cui all'art. 12, co. 3, della direttiva servizi, i motivi di interesse generale, nell'ambito dei quali può essere ricompresa la tutela del legittimo affidamento, devono essere considerati *ex ante*, ossia quando si fissano le regole della procedura di gara, e non *ex post*, ossia al momento del rinnovo della proroga. Sulla sentenza *Promoimpresa*, *ex multis*: L. DI GIOVANNI, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga* ex lege., in *Riv. ita. dir. pubbl. comunit.*, 2016, p. 912-926; G. BELLITTI, *La direttiva Bolkenstein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, p. 60-67; L. GRISELLI, *Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. V, sentenza 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15*, in *Riv. ita. dir. pubbl. comunit.*, 2016, p. 1293-1297; A. COSSIRI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di Giustizia dell'UE*, in *Federalismi.it*, 2016, 16. In generale sui principi comunitari rilevanti in materia di concessioni demaniali marittime, A. LUCARELLI - B. DE MARIA - M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime, Principi Costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Quad. rass. dir. pubbl. eur.*, 2021 ,7. Sul regime di proroga, che conferisce ai concessionari un assoluto favore, e sulla sua incompatibilità col diritto dell'Unione europea e in particolare col principio di concorrenza e le libertà di stabilimento e prestazione dei servizi: F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm. Tar*, 2009, p. 787 ss.; G. GRÜNER, *L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi del diritto dell'Unione europea*, in *Foro amm. Cons. St.*, 2010, p. 678 ss.; M. MAGRI, *«Direttiva Bolkestein» e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di giustizia Ue*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 4, p. 359 ss.; C. BENETAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, n. 25/2016, p. 2 ss.; A. LUCARELLI, *Il nodo delle concessioni demaniali marittime tra non attuazione della Bolkestein, regola della concorrenza ed insorgere della nuova categoria "giuridica" dei beni comuni* (Nota a C. cost., sentenza n. 1/2019), in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2019, p. 1 ss.; M. TIMO, *Funzioni amministrative e attività private di gestione della spiaggia. Profili procedimentali e contenutistici delle concessioni balneari*, Torino, 2020, *passim* e spec. p. 168 ss.; ID., *Le concessioni balneari alla ricerca di una disciplina fra normativa e giurisprudenza*, Torino, 2020; C. BURELLI, *Le concessioni turistico ricreative tra vincoli "comunitari" e normativa italiana: criticità e prospettive*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2021, 2, p. 247 ss.; M. FERRARA - G. IOANNIDES - G. VOSA (a cura di), *Dossier ragionato sulle concessioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo*, in *Federalismi.it*, 21 luglio 2021. Sul rapporto tra concorrenza e concessioni di beni pubblici, B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, 2008, p. 393 ss.; A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza. Contributo in tema di compatibilità tra logica pro-concorrenziale e principi di diritto interno in tema di gestione dei beni pubblici*, Napoli, 2017, *passim*. In senso critico sulla sentenza *Promoimpresa* B. CARAVITA DI TORITTO - G. CARLOMAGNO, *La proroga* ex lege, cit., p. 239, per cui la Corte di Giustizia (così come anche la Commissione) accede "ad una visione della materia delle concessioni balneari 'iper concorrenziale'. Non sono legittime le proroghe, sono sempre necessarie le gare! La concezione che si trova alla base di questa posizione, se assunta in modo estremistico, può porre qualche dubbio di compatibilità rispetto all'art. 3, co. 3 e co. 4 del Trattato sull'Unione Europea. Sembra quasi che la Commissione stia esaltando il concetto di economia fortemente competitiva a discapito della tutela – anch'essa fondamentale nel Trattato – dell'economia sociale di mercato (…). Non si può imporre dall'alto ed *ex abrupto* un regime rigido di concorrenza tralasciando del tutto il tessuto sociale di riferimento (fatto di tradizioni, storie, famiglie). (…) Occorre allora un bilanciamento dei valori in gioco. Il compito di 'bilanciare' concorrenza ed economia sociale non può essere affidato allo sforzo della giurisprudenza".

ISSN 2036-7821

Nonostante la procedura di infrazione e la pronuncia del giudice europeo, all'avvicinarsi del termine delle concessioni demaniali marittime del 31 dicembre 2020, il legislatore italiano, invece di disciplinare risolutivamente la questione nel rispetto dei principi dettati dall'Unione, prorogava ulteriormente le predette concessioni in essere, estendendole addirittura fino al 31 dicembre 2033[15].

L'adozione di tali proroghe provocava diverse reazioni. A livello comunitario, la Commissione europea apriva una nuova procedura di infrazione in materia, questa volta in relazione alla disciplina di cui all'art. 1, co. 682 e 683, l. n. 145/2018[16]. A livello interno, invece, in conseguenza della notevole incertezza risentita sia dagli operatori sia dalle amministrazioni[17], i Tribunali amministrativi regionali venivano investiti da un rilevante contenzioso (sollevato anche dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato[18]). Pur fornendo in parte risposte oscillanti, essi tendevano prevalentemente a confermare l'orientamento formatosi sulla scorta della pronuncia *Promoimpresa* e ad affermare la disapplicazione, da parte sia del giudice amministrativo sia della pubblica amministrazione, della normativa interna sulle

[15] Con la l. 30 dicembre 2018, n. 145, la scadenza delle concessioni veniva ancora una volta posticipata al 31 dicembre 2033 (art. 1, co. 682 e 683), previsione confermata poi dall'art. 100, co. 1, d.l. 14 agosto 2020, n. 104, conv. in l. 13 ottobre 2020, n. 126, estendendo la proroga di cui all'art. 1, co. 682 e 683, menzionato anche alle concessioni lacuali e fluviali. Per di più a causa della crisi pandemica il legislatore nazionale introduceva altresì una moratoria generalizzata, affermando la possibilità per i concessionari che intendono proseguire la propria attività mediante l'uso di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale di chiedere l'estensione di quindici anni (e quindi fino al 1° gennaio 2034) delle vigenti concessioni e disponendo la sospensione dei procedimenti amministrativi volti alla nuova assegnazione delle concessioni demaniali marittime o alla riacquisizione al patrimonio pubblico delle aree demaniali, sino al medesimo termine, vietando alle amministrazioni di intervenire se "l'utilizzo dei beni demaniali da parte dei concessionari verrà confermato verso pagamento del canone previsto dall'atto di concessione" (art. 182, co. 2, d.l. 19 maggio 2020, n. 34). Si vedano: M. CONTICELLI, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 4; E. CAVALIERI, *Le misure a sostegno della cultura e del turismo nella seconda fase dell'emergenza sanitaria*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 1, p. 30, in cui si osserva come in alcuni casi "l'emergenza sanitaria sembra ridursi a poco più di un pretesto per adottare norme di favore per gli operatori in ambiti 'delicati', come nel caso delle modifiche apportate in conversione del Decreto 'Rilancio' all'art. 182, comma 2, D.L. n. 34 del 2020 in materia di concessione dei beni del demanio marittimo".

[16] Commissione europea, Procedura di infrazione 2020/4118 C (2020) 7826 final, Bruxelles, 3 dicembre 2020. Con la lettera di messa in mora si osserva come "la normativa italiana, oltre a essere incompatibile con il diritto dell'UE, sia in contrasto con la sostanza della sentenza della CGUE sopra menzionata e crei incertezza giuridica per i servizi turistici balneari, scoraggi gli investimenti in un settore fondamentale per l'economia italiana e già duramente colpito dalla pandemia di coronavirus, causando nel contempo una perdita di reddito potenzialmente significativa per le autorità locali italiane", lasciando all'Italia due mesi per rispondere alle argomentazioni sollevate dalla Commissione.

[17] A fronte della rilevata incertezza giuridica alcuni Comuni hanno concesso la proroga delle concessioni demaniali marittime in essere fino al 31 dicembre 2033, altri hanno disapplicato la normativa nazionale e avviato procedure selettive, altri hanno adottato brevi proroghe nell'attesa del promesso riordino della materia, altri in un primo tempo hanno adottato provvedimenti di proroga per poi annullarli in autotutela in un secondo tempo, altri ancora hanno omesso di pronunciarsi sulle istanze dei concessionari.

[18] L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato si è inoltre espressa più volte osservando la necessità di ricorrere a gare ad evidenza pubblica, nonché di disapplicare la normativa interna contraria ai principi concorrenziali: AS1701, 28 luglio 2020, Comune di Piombino; AS1712, 1 dicembre 2020, Comune di Castiglione della Pescaia; AS1719, 9 dicembre 2020, Comune di Castellabate; AS1684, 7 luglio 2020.

ISSN 2036-7821

proroghe in palese contrasto con i principi comunitari per essere di mera reiterazione di normative nazionali già dichiarate incompatibili dalla Corte di giustizia con quella pronuncia, nonché ad annullare di conseguenza i provvedimenti di rilascio delle proroghe fino al 2033[19]. Rispetto a tale prevalente indirizzo esulava insistentemente il Tar Lecce, espressosi a più riprese nel senso della non configurabilità di un obbligo delle amministrazioni di disapplicare le norme primarie di proroga e avviare procedure di gara in mancanza della necessaria disciplina statale[20].

A fronte del contrasto all'interno della giurisprudenza amministrativa, della grave incertezza di sistema e della particolare rilevanza economico-sociale della questione della proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, il Presidente del Consiglio di Stato rimetteva tale questione all'Adunanza Plenaria[21] al fine di assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali

Più in particolare sono tre i quesiti di diritto che il Presidente del Consiglio di Stato rimetteva al massimo Consesso della giustizia amministrativa. Il primo richiedeva se sia doverosa, o meno, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, di norme primarie contenenti proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative e in particolare se tale obbligo di disapplicazione sussista solo per gli organi della giurisdizione nazionale o anche per l'apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato e si estenda a tutte le

[19] Si veda per tutte la pronuncia del Cons. Stato, 18 novembre 2019, n. 7874, che ha sancito principi fatti propri da molti Tar nelle loro successive decisioni in materia (tra le altre, Tar Veneto, sez. I, 3 marzo 2020, n. 218; Tar Pescara, sez. I, 3 febbraio 2021, n. 40; Tar Sicilia, Catania, sez. III, 15 febbraio 2021, n. 505; Tar Campania, Salerno, 29 gennaio 2021, n. 265; Tar Toscana, sez. II, 8 marzo 2021, n. 363, su ricorso promosso dall'AGCM). In merito a tale pronuncia: A. TRAVI, *Nota a Cons. St., sez VI, 18 novembre 2019, n. 7874*, in *Foro it*, 2020, 2, parte III, p. 82 ss. Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2019, nn. 7251-7258, dichiarava tuttavia, a causa dell'intervento della l. n. 145/2018, l'improcedibilità degli appelli promossi dal Comune che aveva avviato procedure di gara per affidare la concessione di beni demaniali pubblici.

[20] Tar Puglia, Lecce, sez. I, 27 novembre 2020, nn. 1321 e 1322; ancora 15 gennaio 2021, nn. 71-75, e 15 febbraio 2021, n. 268. Con tali sentenze il Tar leccese esprimeva il principio secondo cui la normativa nazionale vigente era valida e che, non essendo stata dichiarata illegittima o incompatibile né dalla Corte costituzionale né dalla Corte di giustizia, doveva essere applicata, con conseguente validità dei provvedimenti di rilascio delle concessioni fino al 2033, la cui eventuale illegittimità avrebbe dovuto essere accertata dal giudice amministrativo, che, in tale ipotesi, ne avrebbe disposto l'annullamento. Più in particolare, secondo il Tar pugliese, l'amministrazione non sarebbe obbligata a disapplicare la normativa interna sulla base della sentenza *Promoimpresa* e la direttiva servizi non sarebbe *self-executing*, con la conseguenza che sarebbe subordinata alla normativa interna relativa alle proroghe, unica applicabile. Per questo motivo tale giudice annullava il provvedimento di diniego della proroga di una concessione, considerando illegittima la disapplicazione della normativa nazionale da parte dell'amministrazione, disapplicazione operabile solo dal giudice nazionale. In considerazione di quanto precede e in particolare dell'applicabilità della sola normativa interna, sulle amministrazioni incomberebbe l'obbligo, su istanza dei concessionari, di prorogare le concessioni fino al 2033.

[21] Decreto n. 160 del 24 maggio 2021. In merito si rinvia a R. DIPACE, *All'Adunanza plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021.

ISSN 2036-7821

articolazioni di questo. Il secondo quesito riguardava la sorte dei provvedimenti di rilascio della proroga fino al 2033 adottati eventualmente in contrasto con la disciplina comunitaria. In particolare tale quesito, in caso di risposta positiva al primo, domandava se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato sia tenuta all'annullamento di ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa eurounitaria. Infine, il terzo quesito era se, nell'ipotesi in cui la normativa interna di cui al d.l. n. 34/2020 fosse stata ritenuta conforme al diritto europeo, dovessero considerarsi "aree oggetto di concessione" anche le aree soggette a concessione scaduta alla data di entrata in vigore del d.l. predetto, ma il cui termine rientri nel disposto dell'art. 1, co. 682 ss., l. n. 145/2018.

2. Le pronunce dell'Adunanza Plenaria.

Con le sentenze "gemelle"[22] nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021[23] l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato affronta coraggiosamente il tema della compatibilità con il diritto europeo delle proroghe *ex lege* delle concessioni demaniali marittime e scioglie i nodi che si erano venuti a stringere intorno alla materia e che si possono distinguere in nodi "dell'oggi" e in nodi "del domani"[24]. Le sentenze in esame non definiscono

[22] Le due decisioni, pur se definite gemelle, riguardano gli appelli di due decisioni che hanno avuto esisti contrapposti. In effetti mentre il Tar Puglia, Lecce, n. 73/2021 aveva accolto il ricorso proposto dal concessionario uscente relativo alla pretesa del riconoscimento del diritto alla proroga fino al 31 dicembre 2033, il Tar Sicilia, Catania, n. 504/2021 invece aveva respinto analoga istanza di riconoscimento della proroga fino al 2033.

[23] Su tali sentenze si rinvia innanzitutto al numero speciale della Rivista *Diritto e Società* n. 3/2021, *La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenza 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, con i seguenti contributi: M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, p. 331 ss.; F. FERRARO, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?*, p. 359 ss.; G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, p. 385 ss.; M. GOLA, *Il Consiglio di Stato, L'Europa e le "concessioni balneari": si chiude una – annosa – vicenda o resta ancora aperta?*, p. 401 ss.; R. DIPACE, *L'incerta natura giuridica delle concessioni demaniali marittime: verso l'erosione della categoria*, p. 420 ss.; M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo e acquisizione al patrimonio dello stato delle opere non amovibili: una riforma necessaria*, p. 441 ss.; E. LAMARQUE, *Le due sentenze dell'Adunanza plenaria… le gemelle di Shining?*, p. 473 ss.; R. ROLLI - D. SAMMARRO, *L'obbligo di "disapplicazione" alla luce delle sentenze n. 17 e n. 18 del 2021 del Consiglio di Stato (Adunanza plenaria)*, p. 489 ss.; E. ZAMPETTI, *La proroga delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa tra libertà d'iniziativa economica e concorrenza. osservazioni a margine delle recenti decisioni dell'Adunanza Plenaria*, p. 507 ss.; G. IACOVONE, *Concessioni demaniali marittime tra concorrenza e valorizzazione*, p. 529; M. RAGUSA, *Demanio marittimo e concessione: quali novità dalle pronunce del novembre 2021?*, p. 545 ss.; P. OTRANTO, *Proroga ex lege delle concessioni balneari e autotutela*, p. 583 ss. Ancora, tra i numerosi commenti su tali sentenze: E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in* malam partem *di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18 dell'Ad. plen. del Consiglio di Stato*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021; F.P. BELLO, *Primissime considerazioni sulla "nuova" disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, ivi; M. TIMO, *Concessioni balneari senza gara… all'ultima spiaggia*, in *Riv. giur. edil.*, n. 5/2021; A. COSSIRI, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio d Stato si pronuncia sulle concessioni demaniali a scopo turistico-ricreativo. Note a prima lettura*, in *Dir. pubbl. eur.*, 2021, 2, p. 232 ss.

[24] Il richiamo è al contributo di M. LUBRANO, *Le concessioni demaniali marittime ieri, oggi e domani. La tutela dei diritti fondamentali di tutti gli operatori del settore, mediante l'applicazione delle regole sulla concorrenza, secondo i principi*

ISSN 2036-7821

dunque il grado di appello dei relativi giudizi, ma fissano principi che in via endoprocedimentale il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (per quanto riguarda il giudizio incardinato in primo grado presso il Tar Catania) e la Sezione competente del Consiglio di Stato (per quanto riguarda il giudizio incardinato in primo grado presso il Tar Lecce) dovranno applicare.
Per quanto riguarda i nodi "dell'oggi", in primo luogo, la Plenaria afferma che nel caso delle concessioni demaniali marittime sussiste un "interesse transfrontaliero certo". Tale interesse deriva infatti dalla rilevanza economica delle attività relative alle concessioni predette, dovendosi considerare il relativo mercato quale sistema unitario complessivo, e non parcellizzato nelle singole concessioni o spiagge. In secondo luogo, i giudici di Palazzo Spada affermano la sussistenza nel caso in esame del requisito della "scarsità della risorsa naturale", da riferirsi all'intero mercato delle concessioni demaniali marittime [25]. In effetti dovendosi valutare tale requisito in relazione alla disponibilità effettiva della risorsa (e dunque in termini relativi), nel caso del predetto mercato tale disponibilità è pressoché inesistente. Infine il Consiglio di Stato afferma che i principi della direttiva *Bolkestein* sono applicabili non solo alle autorizzazioni direttamente disciplinate dalla direttiva stessa, ma anche alle concessioni demaniali marittime[26]. Infatti, sintetizzando, al concetto europeo di "autorizzazione" va attribuita valenza sostanziale, rientrandovi dunque anche quello italiano di "concessione" [27].

---

del diritto europeo (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 novembre 2021, nn. 17 e 18), in *Dirittifondamentali.it*, 2022, 1, p. 173 ss.

[25] Come visto, ai sensi dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein* la "scarsità delle risorse" costituisce condizione per la sua applicabilità. Tuttavia, la predetta direttiva non indica quali siano i criteri per verificare quando una risorsa possa considerarsi scarsa, lasciando tale compito al giudice nazionale. Sulle "storiche" questioni già risolte dalla giurisprudenza in modo più o meno condivisibile relative ai requisiti della "risorsa scarsa" e dell'"interesse transfrontaliero certo" ai fini dell'applicabilità della direttiva *Bolkestein* si rinvia *ex multis* a: M.A. SANDULLI, *Introduzione*, cit., p. 347 ss. In dottrina si nega che le coste italiane costituiscano una risorsa scarsa ad esempio in: B. CARAVITA DI TORITTO - G. CARLOMAGNO, *La proroga* ex lege, cit., p. 641.

[26] Il dubbio era sorto a fronte della differenza terminologica tra diritto interno e diritto europeo. Mentre la direttiva *Bolkestein* si riferisce solo alle "autorizzazioni", quale concetto comprendente tutte le tipologie di provvedimenti che permettono svolgere determinate attività economiche, il diritto italiano distingue tra provvedimenti di concessione e provvedimenti di autorizzazione.

[27] Si veda M. LUBRANO, *Le concessioni demaniali marittime*, cit., p. 197, per cui "al di là delle sovrapponibilità o meno dei due concetti, ciò che era maggiormente rilevante era costituito dal carattere strumentale della concessione demaniale rispetto all'autorizzazione a svolgere servizi ed attività di tipo economico, in quanto, per svolgere attività economiche di tipo balneare (stabilimenti, ristoranti ecc.), è necessario essere titolare della concessione sul territorio demaniale, il cui rilascio o rinnovo, per tale ragione, non può avvenire in deroga alle regole della concorrenza". Sull'istituto della concessione in generale, *ex multis*: O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Roma-Firenze, 1894; U. BORSI, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Roma, 1931; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; D. SORACE - C. MARZUOLI, voce *Concessioni amministrative*, in *Dig. discipl. pubbl.*, Torino, 1989, p. 280 ss.; B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008.

ISSN 2036-7821

Sulla base di quanto precede la Plenaria conferma l'applicabilità dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein* al rilascio e al rinnovo delle concessioni demaniali marittime, conseguendone la contrarietà al diritto europeo, e in particolare ai principi di libera concorrenza di cui alla predetta direttiva, delle norme nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero nuovamente disporre) la proroga automatica e generalizzata delle concessioni suddette.

Dichiarato tale contrasto e ribadendo la primazia del diritto europeo, l'Adunanza Plenaria afferma che le menzionate norme nazionali contrastanti con tale diritto possono e devono essere direttamente disapplicate non soltanto dai giudici nazionali ma anche dalla pubblica amministrazione[28]. Tale affermazione permette di rispondere in modo adeguato alle esigenze dell'effettività e della pienezza della tutela. In effetti il dispendio di ulteriore tempo dovuto a una rimessione alla Corte costituzionale o al giudice europeo per vedere confermati principi già dichiarati con riferimento alla precedente normativa italiana sarebbe illogico e irragionevole, a fronte di una più agevole e diretta disapplicazione.

In considerazione dei principi sopra brevemente illustrati, la Plenaria risponde in modo negativo al quesito del Presidente del Consiglio di Stato circa l'esigenza o meno della pubblica amministrazione di procedere in autotutela in relazione ai provvedimenti di proroga già adottati. Secondo il Consiglio di Stato in questi casi l'adozione di un provvedimento di annullamento in autotutela non è necessaria in quanto i provvedimenti di primo grado di proroga hanno carattere meramente ricognitivo e hanno origine direttamente dalla normativa nazionale, che, una volta disapplicata, produce l'automatica caducazione dei provvedimenti emanati sulla sua base.

Per quanto riguarda il "domani" l'Adunanza Plenaria scioglie altri tre nodi.

Il primo è di tipo processuale e riguarda la decorrenza degli effetti del sistema delineato. Consapevole di avere affermato principi in grado di comportare conseguenze di rilevante impatto economico-sociale quali quelle che deriverebbero dalla decadenza immediata e generalizzata delle concessioni, la Plenaria modula gli effetti temporali della sua decisione, posticipandoli. Nello stabilire il termine di decorrenza di tali effetti secondo i principi di proporzionalità e ragionevolezza essa valuta i seguenti tre fattori: il considerevole numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base della normativa nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione europea, i tempi tecnici (di circa due anni) per l'espletamento da parte delle amministrazioni delle numerosissime procedure di gara (più di undicimila) e

[28] Sulla disapplicazione della normativa nazionale contrastante con il diritto dell'Unione europea, *ex multis*: R. CARANTA, *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario?*, in *Giur. It.*, 1989, p. 148; M. CAFAGNO, *L'invalidità degli atti amministrativi emessi in forza di legge contraria a direttiva Cee immediatamente applicabile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, p. 539; R. ROLLI, *La disapplicazione giurisdizionale dell'atto amministrativo. Tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Roma, 2005.

ISSN 2036-7821

quelli per il riordino della materia da parte del legislatore. Sulla base di tali fattori, derogando alla generale retroattività delle sentenze, il Consiglio di Stato dispone che le concessioni demaniali già in essere continuano a essere efficaci fino al 31 dicembre 2023, data dalla quale cesseranno di produrre effetti, anche in assenza di una disciplina legislativa o di un soggetto subentrante e anche nel caso di eventuali nuove proroghe legislative nel frattempo intervenute[29]. Queste dovranno infatti essere considerate senza effetto e disapplicate dal giudice amministrativo e dalle amministrazioni, perché contrarie al diritto dell'Unione europea[30].

In secondo luogo, di nuovo in ragione dell'impatto dirompente delle sue pronunce, l'Adunanza Plenaria considera la posizione dei concessionari uscenti e il loro legittimo affidamento, funzionale ad ammortizzare gli investimenti da loro effettuati. In proposito infatti al fine di tutelare tale affidamento essa afferma la possibilità che

[29] La tempistica fissata dal Consiglio di Stato potrebbe causare taluni problemi. In effetti da una parte rischia di pregiudicare gli investimenti effettuati dalle imprese familiari, dall'altra addossa sui Comuni il compito di gestire migliaia di complesse procedure di evidenza pubblica in un arco temporale forse troppo ristretto, anche in considerazione della scarsa quantità di funzionari a disposizione. Si veda sul punto B. CARAVITA DI TORITTO - G. CARLOMAGNO, *La proroga* ex lege, cit., p. 642, in cui in una prospettiva di riforma si ipotizza e si ritiene sostenibile, nelle more dell'attuazione di questa, una più lunga proroga delle concessioni vigenti (di un triennio o anche di un quinquennio). La questione non è di agevole soluzione. In effetti ulteriori proroghe automatiche e generalizzate sarebbero considerate contrarie al diritto eurounitario, come già affermato dalla sentenza Promoimpresa. D'altra parte anche la mancata conclusione delle gare entro il termine del 31 dicembre 2023 sarebbe problematica. Essa infatti comporterebbe probabilmente l'obbligo in capo al gestore uscente di assicurare la gestione del bene fino al subentro del nuovo concessionario. Tuttavia in una circostanza siffatta, in assenza di certezze in merito alle sorti della gara, i gestori uscenti difficilmente continuerebbero a realizzare investimenti. Si veda in merito M.A. SANDULLI, *Introduzione*, cit., p. 358.

[30] Sulla posticipazione degli effetti delle sentenze: M. LUBRANO, *Le concessioni demaniali marittime*, cit., p. 191-192, in cui si evidenzia l'innovatività della posticipazione degli effetti delle pronunce della Plenaria, attribuendo alle statuizioni di questa carattere sostanzialmente regolatorio più che giurisdizionale; E. ZAMPETTI, *La proroga delle concessioni*, cit., p. 523, in cui si osserva che la deroga alla retroattività degli effetti trova fondamento nel principio di certezza del diritto al fine di preservare la posizione dei concessionari uscenti a fronte di un "quadro di incertezza normativa" e che la conseguente disapplicazione "differita" della normativa interna contraria al diritto dell'Unione europea "viene di fatto a perpetuare quella stessa violazione del diritto europeo stigmatizzata dalle recenti decisioni, dal momento che per ben due anni molte concessioni potranno ancora beneficiare di proroghe automatiche e generalizzate"; in senso critico F. FERRARO, *Diritto dell'Unione*, cit., p. 378 ss., secondo cui "l'orientamento formulato dal Consiglio di Stato appare opinabile, giacché si colloca a metà strada tra il principio sulla limitazione nel tempo degli effetti della sentenza pregiudiziale, che consente però in via esclusiva alla Corte di giustizia di provvedere in tal senso, e il principio che riconosce al giudice nazionale di sospendere del tutto eccezionalmente l'applicazione di una norma dell'Unione, ma soltanto in presenza di rigorose condizioni [ad esempio, per ragioni di certezza dei traffici giuridici, protezione dell'ambiente e sicurezza dell'approvvigionamento elettrico] che non sussistono nel caso di specie. Peraltro, la graduazione degli effetti delle sentenze del Consiglio di Stato sembra in contraddizione con l'applicazione nel caso di specie del brocardo latino *tamquam non esset*, che conduce a ritenere non esistenti le proroghe delle concessioni"; tali sentenze dunque presentano "qualche elemento di criticità, in particolare, sulla posticipazione della fine delle concessioni", tuttavia "verosimilmente questo risultato si sarebbe comunque realizzato per il tempo strettamente necessario all'indizione e alla conclusione delle procedure di gara" (p. 383); ancora in senso critico E. LAMARQUE, *Le due sentenze*, cit., p. 474 ss., che parla del differimento degli effetti delle sentenze "gemelle" alla data arbitraria del 31 dicembre 2023 quale abuso da parte dell'Adunanza Plenaria della sua qualità di organo di nomofilachia della giustizia amministrativa.

ISSN 2036-7821

la futura indizione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni sia supportata dal riconoscimento di un indennizzo in favore dei predetti concessionari a tutela degli investimenti da questi eventualmente effettuati e non ancora ammortizzati.

In terzo luogo, oltre ad evidenziare l'urgenza di un riordino normativo della materia che sia in grado di contemperare le istanze di tutela della concorrenza e del mercato con l'interesse dei concessionari uscenti ad ammortizzare gli investimenti effettuati, il Consiglio di Stato ha indicato una serie di principi e criteri che, alla luce del diritto europeo (e in particolare della sentenza *Promoimpresa* e dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein*), il legislatore, pur nella sua piena libertà di bilanciare gli interessi nel modo ritenuto più opportuno (nel rispetto dei soli vincoli emergenti dall'art. 117, co. 1, Cost.), dovrebbe stabilire in relazione alle future procedure ad evidenza pubblica[31]. Segnatamente, nel conferimento o nel rinnovo delle concessioni andrebbero evitate ipotesi di preferenza "automatica" per i gestori uscenti, in quanto idonei a tradursi in un'asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato; dovrebbero essere scelti criteri di selezione proporzionati, non discriminatori ed equi; nella valutazione della capacità tecnica e professionale potrebbero essere individuati criteri che consentano di valorizzare l'esperienza professionale e il *know-how* acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi (e, dunque, anche del concessionario uscente), ma a parità di condizioni con gli altri e garantendo che tale valorizzazione non si traduca in una sostanziale preclusione all'accesso al settore di nuovi operatori; altri elementi di valutazione dell'offerta potrebbero riguardare gli standard qualitativi dei servizi e la sostenibilità sociale e ambientale del piano degli investimenti, in relazione alla tipologia della concessione da gestire; la durata delle concessioni dovrebbe essere limitata e giustificata sulla base di valutazioni tecniche, economiche e finanziarie, al fine di evitare la preclusione dell'accesso al mercato, risultando opportuno introdurre a livello normativo un limite massimo alla durata delle concessioni, che le amministrazioni aggiudicatrici dovranno poi determinare in concreto nei bandi di gara in funzione dei servizi richiesti ai concessionari. Tale durata dovrebbe essere commisurata al valore della concessione e alla sua complessità organizzativa e non dovrebbe eccedere il periodo di tempo ragionevolmente necessario al recupero degli investimenti, insieme ad una

[31] Si veda G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge*, cit., p. 396, per cui in considerazione del fatto che le pronunce della Plenaria dettano anche dei criteri che il legislatore statale dovrà seguire per dare attuazione alla direttiva servizi nel settore in esame, l'A., riprendendo "la terminologia impiegata a suo tempo con riguardo a talune sentenze della Corte Costituzionale", ritiene le pronunce in esame definibili "sentenze delega". L'A. osserva inoltre che "i criteri dettati dall'Adunanza Plenaria se da un lato si impongono come veri e propri 'comandi' alle pubbliche amministrazioni per l'ipotesi che la materia continui a non essere legificata dopo il 31.12.2023 o per la ipotesi in cui le amministrazioni nell'intanto procedano al rilascio di concessioni di aree non più coperte da concessioni (qualunque ne sia la ragione), dall'altro nei confronti del legislatore operano come 'consigli', al punto che potremo parlare di esercizio di funzione consultiva espressa in sede giurisdizionale".

ISSN 2036-7821

remunerazione del capitale investito. Se invece ciò dovesse comportare una durata eccessiva, il Consiglio di Stato suggerisce di prevedere una scadenza anticipata ponendo a base d'asta il valore, al momento della gara, degli investimenti già effettuati dal concessionario. Infine, con l'auspicato obiettivo che le amministrazioni concedenti sfruttino appieno il reale valore del bene demaniale oggetto di concessione, la Plenaria considera opportuno che anche la misura dei canoni concessori formi oggetto della procedura competitiva per la selezione dei concessionari, in modo che, all'esito, essa rifletta il reale valore economico e turistico del bene oggetto di affidamento.

Come anticipato, le due pronunce in esame non definiscono la controversia. La lett. c) del loro dispositivo, dopo aver enunciato i principi di diritto, restituisce gli atti al Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana e alla competente Sezione del Consiglio di Stato per ogni ulteriore statuizione, in rito, nel merito nonché sulle spese del giudizio.

3. Portata, natura e limiti della funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Come noto, l'art. 99 c.p.a. disciplina il deferimento all'Adunanza Plenaria, organo cui è demandata la funzione nomofilattica nel diritto amministrativo. Il deferimento può avvenire con un'ordinanza emanata d'ufficio o su richiesta di parte in caso di contrasti giurisprudenziali attuali o potenziali sul punto di diritto oggetto della lite, in caso di mancata condivisione di un principio di diritto espresso dalla Plenaria o infine in caso di particolare importanza della questione di massima da decidere (e in quest'ultima ipotesi il deferimento è consentito, in via facoltativa, solo al Presidente del Consiglio di Stato)[32]. Una volta investita della questione, l'Adunanza Plenaria può restituire gli atti alla sezione, decidere l'intera controversia, enunciare il principio di diritto e restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente, oppure, laddove non ci sia più controversia o la controversia per ragioni processuali non abbia ragione di continuare, può dichiarare irricevibile, improcedibile o estinto il ricorso, ma enunciare comunque il principio di diritto nell'interesse della legge.

Le pronunce "gemelle" in esame sono sorte a seguito del deferimento d'ufficio della questione di massima di particolare importanza (*rectius*, di tre questioni di diritto di massima di particolare importanza) da parte del Presidente del Consiglio di Stato all'Adunanza Plenaria[33], chiamata dunque a esercitare la sua funzione nomofilattica, ossia quell'attività di esatta e uniforme interpretazione della legge volta a garantire l'unità del diritto oggettivo, di difesa del diritto e di mantenimento dell'esistente

[32] Più precisamente, ai sensi dell'art. 99, co. 2, c.p.a., "Prima della decisione, il presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio, può deferire all'adunanza plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali".

[33] Art. 99, co. 2, c.p.a.

ISSN 2036-7821

giuridico[34]. Tuttavia, a ben vedere, nell'adozione delle pronunce menzionate la funzione esercitata dalla Plenaria appare più che come intervento nell'interesse della legge, come intervento in soccorso di un legislatore incapace di decidere. In effetti proprio in occasione della contestuale pubblicazione del disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza[35] il legislatore non è stato in grado – per la fragilità del quadro politico, nonché per la debolezza del Parlamento e delle maggioranze parlamentari che sostengono l'esecutivo – di varare una misura legislativa (ossia l'abrogazione della norma che, in contrasto con il diritto dell'Unione europea, aveva disposto la proroga generalizzata delle concessioni demaniali marittime) che ponesse argine alla questione controversa e realizzasse quell'effetto che le pronunce in esame producono in via di supplenza.

In altri termini dalle sentenze oggetto di studio sembra emergere un elemento di supplenza rispetto all'inabilità del legislatore di adempiere al suo preciso obbligo di rendere il diritto nazionale conforme con quello dell'Unione europea. Escludendo tra governo e organo giurisdizionale amministrativo nel suo supremo Consesso un raccordo volto a garantire tale funzione di supplenza, questa appare invece inevitabilmente necessitata nel momento in cui il legislatore, sia esso governativo o parlamentare, si trovi per lungo tempo nell'incapacità di far fronte ai suoi obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea[36].

---

[34] Sull'Adunanza Plenaria e la sua funzione nomofilattica, *ex multis*: S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica*, Padova, 2011, p. 15 ss.; E. FOLLIERI, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in E. FOLLIERI - A. BARONE, *I principi vincolanti dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul Codice del processo amministrativo*, Padova, 2015, p. 25 ss. L.R. LEVI SANDRI, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Studi per il centocinquantenario del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, p. 1307.

[35] Il d.d.l. n. 2469, Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, è stato presentato il 3 dicembre 2021.

[36] Concordano sulla straordinaria funzione svolta dall'Adunanza Plenaria nelle sentenze qui in esame, tra gli altri: M.A. SANDULLI, *Introduzione*, cit., p. 346, in cui in senso critico si osserva che "La lettura – e rilettura – delle pronunce restituisce invero sempre più la triste impressione che, avvertendo la difficoltà della politica di trovare urgentemente una soluzione a un problema sicuramente serio e annoso, aggravato dalle vane e ripetute sollecitazioni delle istituzioni eurounitarie a un legislatore smaccatamente attendista, il Consiglio di Stato, con un'azione congiunta dei suoi organi supremi, abbia ingiustamente sacrificato il suo ruolo di giudice-interprete per privilegiare quello - proprio piuttosto della funzione consultiva - di 'ausiliare' il legislatore in una congiuntura particolarmente difficile, fino ad assumere, in sua vece, posizioni e scelte di 'opportunità' e di 'equilibrio' nel contemperamento di diversi interessi, che sono appannaggio esclusivo della politica. Pur comprendendo la generosità del gesto – particolarmente importante in un momento di grande sintonia tra i vertici nazionali e quelli dell'Unione – siffatto *modus operandi* (…) non manca di destare serie perplessità"; R. DIPACE, *L'incerta natura*, cit., p. 419, secondo cui "Le decisioni hanno una notevole rilevanza (…) perché evidenziano il ruolo 'supplente' del giudice amministrativo rispetto a un legislatore riluttante nel disciplinare compiutamente la materia già oggetto di procedure di infrazione europee"; E. LUBRANO, *Le concessioni demaniali*, cit., p. 194-195, in cui, giustificando maggiormente l'azione dell'Adunanza Plenaria, si osserva che "in un contesto nel quale il Legislatore non svolgeva il proprio ruolo, secondo i principi superiori del diritto europeo e del diritto costituzionale, tale corto-circuito avrebbe potuto essere 'rotto' soltanto con una presa di posizione sostanziale da parte del giudice amministrativo, capace di andare oltre tutti i 'lacciuoli' formali, mediante l'affermazione del potere di disapplicazione della normativa nazionale - laddove manifestamente elusiva dei principi già specificamente imposti dal diritto europeo e dal Giudice Europeo - sia in capo al giudice amministrativo, sia in

ISSN 2036-7821

La circostanza per cui nel caso in esame la rimessione dei ricorsi alla Plenaria derivi da una scelta del Presidente del Consiglio di Stato, piuttosto che dal dibattito, dal dialogo e dal conflitto processuale tra le parti nel giudizio, costituisce un profilo che sembra suggerire un indebolimento della piena legittimazione della menzionata funzione di supplenza. La circostanza predetta consente infatti di alimentare i sospetti che il Consiglio di Stato sia intervenuto per risolvere i problemi del legislatore incapace, pur se certamente non è questo il caso di specie e non era questo l'intendimento né del Presidente del Consiglio di Stato *pro tempore* quando ha deferito i ricorsi[37], né del Collegio quando nell'esercizio della sua missione giurisdizionale ha adottato la sua decisione.

Alla luce di quanto precede e dei dubbi sollevati, appare più utile e anche più opportuno che in casi analoghi, al fine di assicurare una maggiore legittimazione a una siffatta azione di supplenza, sia una sezione del Consiglio di Stato, su richiesta di una delle parti, a deferire il ricorso alla Plenaria secondo la modalità più ordinaria di cui all'art. 99 c.p.a., e dunque senza che venga investito il Presidente del Consiglio di Stato. Nel caso di specie, in particolare, ben avrebbe potuto richiedere l'emanazione dell'ordinanza di deferimento la parte pubblica, gravata del compito di difendere in sede europea posizioni difficilmente difendibili.

Sempre con riferimento all'istituto di cui all'art. 99 c.p.a., le sentenze in esame stimolano una riflessione sulla natura e sulla funzione nomofilattica della decisione della Plenaria non quando dirime orientamenti contrastanti in giurisprudenza, ma

---

capo alla stessa Amministrazione (…). Con tale impostazione, il giudice amministrativo si è, in sostanza, conferito un ruolo di legislatore supplente (per non dire "contro-legislatore"): laddove il Legislatore rimanga inerte (o, peggio, emani normative palesemente illegittime, di reiterazione di principi già dichiarati incompatibili con il diritto europeo), il Giudice si assume un potere (quasi di tipo cautelare) di diretta disapplicazione della norma illegittima e conferisce il medesimo potere anche alla stessa Amministrazione (la quale, chiaramente, dovrà utilizzarlo in maniera estremamente ponderata, nei soli casi di incompatibilità già acclarata della normativa nazionale rispetto al diritto europeo). L'auto-conferimento di tale ruolo può essere senz'altro discutibile, in astratto, sulla base dei principi generali (la separazione dei poteri *in primis*), ma tale profilo di criticità formale deve ritenersi recessivo rispetto alla necessità sostanziale di avere un Giudice che imponga il rispetto delle regole, anche allo stesso Legislatore, quantomeno in casi estremi, come la questione oggetto della presente disamina, nei quali il Legislatore dimostri una totale sordità ai principi superiori che dovrebbero limitare il relativo potere. In questa ottica, quello che può essere sembrato uno sconfinamento del potere giurisdizionale trova una propria giustificazione all'esigenza pratica di 'riconfinare' il Legislatore e di non consentirgli più un evidente abuso del potere legislativo".

[37] In merito M. LIPARI, nel suo intervento al Convegno "*Le concessioni demaniali marittime in riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 9 novembre 2021, nn. 17 e 18*", tenutosi presso il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma il 24 gennaio 2022, osserva che il Presidente del Consiglio di Stato, nell'adottare la decisione di deferire la questione all'Adunanza Plenaria, ha seguito un *iter* istruttorio trasparente e ricco, costituito dalla richiesta di parere all'Ufficio Studi della Giustizia amministrativa, dalla successiva valutazione di questo sulla rilevanza di massima delle problematiche anche in relazione alla possibilità di contrasti giurisprudenziali e dalla formulazione dei quesiti sottoposti alla Plenaria e formulati sulla base del parere del predetto Ufficio.

ISSN 2036-7821

quando risolve questioni di massima di particolare importanza[38]. Segnatamente, ci si domanda qual è il ruolo nomofilattico svolto dall'Adunanza Plenaria nel risolvere questioni di massima di particolare importanza rispetto alla vicenda che origina il conflitto o, meglio, qual è il limite della funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria nell'enunciazione della soluzione di una questione di massima di particolare importanza rispetto ai limiti della domanda fatta valere nel giudizio *a quo* e se sussiste un rapporto tra di essi.

Si tratta di un tema rilevante dal punto di vista del diritto processuale amministrativo e che è volto a comprendere come la questione di massima di particolare importanza possa essere posta e definita rispetto al giudizio *a quo*. Sul punto si consideri infatti che la previsione legislativa di cui all'art. 99, co. 5, c.p.a., ai sensi della quale l'Adunanza Plenaria può pronunciarsi anche quando la lite non c'è più per lasciare una definizione di mero principio, consente di "sganciare" la definizione della questione di massima dal principio della domanda, dall'oggetto della controversia e quindi dai limiti stessi di una giurisdizione di diritto soggettivo, cioè fondata su situazioni giuridiche soggettive, come quelle da cui originano pur occasionalmente le controversie alla base delle pronunce della Plenaria.

Tuttavia la tesi, pur sostenibile, della funzione nomofilattica del supremo Consesso della giustizia amministrativa nell'enunciazione della soluzione di una questione di massima di particolare importanza "sganciata" dai limiti della domanda fatta valere nel giudizio *a quo* trova un limite laddove la questione di massima non sia declinata in astratto ma, come nel caso di specie, essa in realtà sia declinata in concreto. In effetti a ben vedere nel caso che qui ci occupa la questione di massima, pur essendo sicuramente di straordinaria importanza, non è una (vera) questione di massima. È una questione (e così anche la relativa decisione) di una miriade di casi individuali, cioè di tutti i titolari di concessioni balneari prorogate per legge che vengono investiti da una decisione rispetto alla quale sono estranei.

Venendo a un altro punto delicato delle sentenze "gemelle" ma collegato al precedente, la lett. a) del loro dispositivo dichiara inammissibili gli interventi ed estromette dal giudizio comitati, associazioni di categoria, federazioni, stazioni balneari, lidi, concessionari demaniali, enti pubblici e gli altri soggetti che erano intervenuti negli altri giudizi che, pur pendenti davanti allo stesso Consiglio di Stato, non sono stati rimessi all'Adunanza Plenaria. Secondo quest'ultima tali soggetti sono estranei alla controversia perché non detengono alcuna posizione relativa alla questione che la ha originata né alcuno specifico interesse all'intervento, ma anzi sono titolari di interessi propri in altri giudizi. Come ribadito dal Consiglio di Stato,

[38] Nel caso di specie non sussisteva un vero e proprio contrasto giurisprudenziale: pur se la posizione del Tar Lecce non era condivisa dalla giurisprudenza maggioritaria, non si era comunque di fronte a orientamenti contrastanti tra sezioni del Consiglio di Stato. Piuttosto, quella relativa alle concessioni demaniali marittime costituiva una questione di massima di particolare importanza che richiedeva urgente soluzione.

ISSN 2036-7821

non è sufficiente a consentire l'intervento la sola circostanza che gli interventori siano parte di altri giudizi in cui venga in rilievo una *quaestio iuris* analoga a quella oggetto del giudizio nel quale si intende intervenire[39].

A ben vedere, tuttavia, la questione sottoposta all'Adunanza Plenaria era, come già accennato, una questione di massima di particolare importanza non astratta, ma concreta. A conferma di tale concretezza, infatti, vi erano i titolari di situazioni giuridiche soggettive coinvolti dalla medesima questione di massima. Questi però non sono potuti intervenire in giudizio e non hanno potuto tutelare le loro ragioni nell'agone processuale. Dunque, sebbene la questione di massima sia di pieno dominio dell'Adunanza Plenaria, che ne può e ne deve fare l'uso più giusto che ritenga per il beneficio della collettività e per l'interesse oggettivo della legge, essa tuttavia soffre il limite della tutela dei diritti fondamentali costituzionali del giusto processo, nonché del rischio (da evitarsi) che la questione di massima ridondi in violazione del diritto della difesa e della tutela del contraddittorio e nella stessa negazione dell'esercizio della funzione giurisdizionale *pro futuro*. In altri termini, pur se la questione di massima non serve a precludere future controversie o a deciderle in anticipo, è proprio questo il rischio che corrono le due sentenze in esame, ossia quello di decidere in anticipo liti future, pur se a fin di bene. Al riguardo infatti si è consapevoli che ci sono diversi milioni di euro di ragioni concrete che giustificano le conclusioni della Plenaria, al di là di quelle di conformità al diritto europeo che sono altrettanto meritevoli di adeguata (e urgente) considerazione. Tuttavia queste ragioni devono essere tutelate nelle forme che rispettano i principi fondamentali della tutela processuale[40].

Non avrebbe in nulla cambiato gli effetti sostanziali delle due pronunce in esame per esempio risolvere la questione di massima di particolare importanza limitandosi alle concessioni demaniali che avevano originato le sentenze. Bastava enunciare e risolvere la questione di massima solo con riferimento alle predette singole

[39] La Plenaria richiama sul punto alcuni suoi precedenti e in particolare le sentenze n. 23 del 2016 e n. 10 del 2020, adducendo altresì motivi di economia processuale. Per quanto riguarda l'intervento delle associazioni di categoria la Plenaria lo ha bocciato sulla base della ragione che la pronuncia risponde ai quesiti posti in un giudizio sul "diniego di proroga di una singola concessione demaniale" e "non incide in via diretta ed immediata sugli interessi istituzionalmente rappresentati [dalle predette Associazioni], ma produce solo effetti non attuali e meramente eventuali sulla sfera dei concessionari".

[40] Critica il rifiuto della Plenaria a consentire gli interventi *ad opponendum* anche M.A. SANDULLI, *Introduzione*, cit., p. 344, secondo cui "La portata innegabilmente 'decisoria' delle risposte date ai quesiti e il fortissimo impatto 'a tutto tondo' delle pronunce sull'intero sistema giuridico-economico delle nostre coste (…) – con la dichiarazione di radicale inefficacia di tutte le proroghe, anche future, delle concessioni a uso turistico-ricreativo disposte con apposite leggi e senza una previa procedura di evidenza pubblica – avrebbe invero imposto di garantire la massima effettività del contraddittorio con tutte le parti che avevano manifestato il loro concreto interesse a difendere le posizioni cui il legislatore, le amministrazioni e, come si è visto, in alcuni casi, gli stessi giudici, avevano riconosciuto stabilità". Secondo l'A. una possibile soluzione creativa che l'Adunanza Plenaria avrebbe potuto adottare sarebbe stata quella di chiedere alle Sezioni di riferimento una previa pronuncia sulla ammissibilità di tali interventi.

ISSN 2036-7821

concessioni demaniali per non determinare l'effetto oltremodo espansivo delle sentenze "gemelle" dell'Adunanza Plenaria rispetto a tutte le altre concessioni demaniali, conseguentemente producendo quell'effetto sicuramente non voluto di vanificazione del possibile esercizio della tutela giurisdizionale in altri contesti e in altri processi.

4. Sui rapporti tra fonti interne e fonti sovranazionali nell'ambito della giurisdizione amministrativa.

Come affermato dalla giurisprudenza e in particolare dal Consiglio di Stato nelle due pronunce oggetto di analisi, l'autorità amministrativa nazionale è obbligata a disapplicare la norma di diritto interno in contrasto con una norma di diritto europeo chiara e direttamente applicabile. In particolare la disciplina comunitaria in questa materia è in *astratto* direttamente applicabile e quindi, sempre in *astratto*, si può ritenere che ciascuna amministrazione titolare del bene demaniale ben possa disapplicare la norma relativa alla concessione demaniale marittima laddove in contrasto con il diritto europeo. Tali conclusioni rendono ragione del fatto che il Consiglio di Stato abbia correttamente ritenuto di non dover sollevare questione pregiudiziale così come di non avviare un incidente di costituzionalità della norma di proroga illegittima per violazione di altri parametri anche di diritto costituzionale nazionale.

Nell'ambito di tale quadro pur condiviso desta invece perplessità la portata dell'accertamento dell'obbligo di disapplicazione come un accertamento generalizzato per tutte le concessioni demaniali. In effetti tale accertamento appare superare di molto quello che il Consiglio di Stato poteva fare in quella sede, e questo non tanto per una questione di poteri dell'Adunanza Plenaria, quanto per il materiale probatorio e per gli elementi di fatto che erano stati prodotti innanzi ad esso. Le pronunce della Plenaria appaiono infatti fondarsi su un assunto non pienamente condivisibile, ossia la sostanziale omogeneità di tutte le concessioni demaniali prorogate. In altri termini si assume che il demanio marittimo balneare sia eguale in tutta la costa italiana e che tutti i tratti costieri della penisola abbiano pari valore, pregio e contendibilità di mercato e quindi determino tutti lo stesso effetto di contrasto della proroga generalizzata *ex lege* rispetto al diritto europeo. Ebbene, tale assunzione non appare vera in fatto (basti pensare alla differenza di valore che può esserci ad esempio tra un tratto di costa a Forte dei Marmi e uno in una zona meno ambita e modaiola) e il Consiglio di Stato non aveva gli elementi in fatto per poterla valutare, potendo invece essere corretta nelle sentenze relative alle future controversie che saranno sollevate nonostante le pronunce "gemelle" della Plenaria. In tali casi la corretta disapplicazione della norma interna contraria al diritto comunitario dovrà essere verificata nella sua legittimità caso per caso, tratto di

ISSN 2036-7821

spiaggia per tratto di spiaggia. Tale approccio permette infatti di distinguere i casi di concessioni insistenti su tratti costieri molto ambiti e contesi dal mercato, e che è dunque giusto che non siano prorogate *ex lege*, da quelli invece poco contesi o non contesi affatto, e in cui dunque non si giustifica l'effetto della pretesa disapplicazione della norma interna per contrasto con il diritto europeo[41].

La predetta notazione ne porta con sé un'altra relativa alla decorrenza degli effetti delle sentenze, dimostrando come in realtà queste, dettando una disciplina generale, abbiano inteso risolvere un problema in termini generali con valenza normativa più che nomofilattica. In effetti, anche la circostanza che per tutte le concessioni demaniali sia stata fissata una decorrenza non *ex tunc*, ma a far data da un determinato momento è indice di una lettura generalizzata di tutte le concessioni demaniali, la quale non appare giustificata. In realtà possono ben esserci infatti casi di concessioni demaniali in cui il mercato è già pronto a contendersele, senza dovere aspettare due anni, ma le sentenze "gemelle" sembrano non esserne consapevoli. In altri termini se sussiste la lesione dell'affidamento, allora non vi è ragione di limitare il periodo di tolleranza per effettuare le gare come determinato dalle pronunce della Plenaria, né soprattutto di limitarlo in termini identici per tutte le concessioni demaniali marittime. Al riguardo non può non considerarsi che l'affidamento è molto diverso da gestore a gestore. Ad esempio l'affidamento circa la legittimità o meno della proroga *ex lege* rispetto al diritto dell'Unione europea che può essere ingenerato in una grande società, magari quotata, che gestisce importanti stabilimenti e che è assistito da una squadra di legali specializzati è ben diverso rispetto a quello che può essere ingenerato nel gestore di un singolo stabilimento, magari situato in un tratto di costa poco pregiato, che al massimo può avere quale illuminazione giuridica quella che gli offre il suo avvocato. È chiaro dunque che la rilevata disomogeneità non vale solo per i beni demaniali oggetto di concessione, ma anche per la posizione soggettiva dei beneficiari di una concessione che si assume in contrasto con il diritto europeo in relazione al quale soggettivamente vada tarata la possibile decorrenza dell'effetto che la pronuncia giurisdizionale produce[42].

---

[41] Condivide un approccio caso per caso anche M.A. SANDULLI, *Introduzione*, p. 349, in cui, in merito alla valutazione della scarsità della risorsa (condizione per l'applicabilità della direttiva *Bolkestein*), si ritiene che essa "avrebbe dovuto, più coerentemente, essere operata, caso per caso, dal giudice delle singole fattispecie – anche alla luce del fatto, valorizzato dalla sentenza Promoimpresa (…), che le concessioni sono rilasciate a livello comunale e non nazionale – e, possibilmente, all'esito di una attenta e puntuale ricognizione e pianificazione dell'uso delle coste", e non, come avvenuto, in modo generale e onnicomprensivo dalla Plenaria, sulla base di "dati non pubblici e riferiti, ancora una volta, alla situazione complessiva nazionale, oltre che al netto delle concessioni in proroga".

[42] In senso affine, E. ZAMPETTI, *La proroga delle concessioni*, cit., p. 524, secondo cui, ritenuta la disapplicazione differita inidonea a preservare la posizione dei concessionari, la strada alternativa sarebbe "l'allineamento dell'ordinamento all'unico regime di proroga compatibile con il diritto interno ed europeo, ossia un regime che ammetta le sole proroghe rapportate alla specificità dei singoli casi. Solo così le aspettative dei concessionari potrebbero misurarsi nella loro effettiva consistenza e, se del caso, ricevere una tutela calibrata sulle concrete

ISSN 2036-7821

5. L'emendamento del Governo al decreto legge sulla concorrenza: alcuni rilievi critici.

A seguito delle sentenze "gemelle" dell'Adunanza Plenaria è apparso chiaro come sia giunto finalmente il momento per il legislatore di prendere seriamente in mano la penna e – previa ricognizione generale del patrimonio demaniale costiero[43] – scrivere nuove norme in grado di disciplinare, in modo rispettoso dei principi eurounitari, la materia delle concessioni demaniali marittime. L'intervento non è davvero più procrastinabile: se da una parte l'Adunanza Plenaria si è proposta quale sostituto del legislatore (sperando in una pronta seguente azione di quest'ultimo), dall'altra la Commissione europea incalza, con una (altra) procedura di infrazione già avviata[44].

In risposta all'esigenza predetta il 15 febbraio 2022 il Consiglio dei Ministri ha approvato una proposta emendativa al disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021[45] che affronta il "problema dei problemi"[46], ossia la definizione dei requisiti e delle regole delle future procedure selettive relative alle concessioni demaniali marittime.

---

esigenze". Tuttavia "a questo risultato non può giungersi in via interpretativa in quanto l'attuale disciplina configura chiaramente le proroghe in termini di generalità e automaticità, sicché ogni processo ermeneutico difficilmente potrebbe superare l'univocità del dettato normativo".

[43] Sulla necessità che venga svolta una previa ricognizione del patrimonio demaniale costiero, M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali marittime*, cit., p. 461 ss. Mostra di essere consapevole di tale esigenza il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (A.S. 2469), il cui art. 2 delega il Governo ad adottare un decreto legislativo per la costituzione e il coordinamento di un sistema informativo di rilevazione delle concessioni di beni pubblici al fine di promuovere la massima pubblicità e trasparenza, anche in forma sintetica, dei principali dati e delle informazioni relativi a tutti i rapporti concessori, tenendo conto delle esigenze di difesa e sicurezza. In effetti la disciplina delle concessioni demaniali marittime, che possa essere davvero soddisfacente, richiede necessariamente la presenza di dati certi e completi. Ciò è vero non solo per la definizione dei tratti di costa da destinare a un uso eccezionale e delle future procedure selettive, ma anche per la corretta determinazione dei canoni concessori, questione quest'ultima anche molto dibattuta alla luce dell'esiguità dei canoni versati dai concessionari a fronte della redditività delle concessioni. In merito, *ex multis*: M. D'ALBERTI, *Per la riforma e la valorizzazione delle concessioni*, in U. MATTEI - E. REVIGLIO - S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007, p. 283 ss.; F. DI LASCIO, *Concessione di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm. Tar*, 2009, p. 789; F. FRACCHIA, *Concessioni, contratti e beni pubblici*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano 2008, p. 493 ss. Sul punto si veda anche AGCM, AS1730, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*, che ha evidenziato che nel 2019 "su un totale di 29.689 concessioni demaniali marittime (aventi qualunque finalità), ben 21.581 erano soggette ad un canone inferiore ad euro 2.500".

[44] Sulla procedura di infrazione avviata il 3 dicembre 2020 si rinvia al par. 3.

[45] A.S. 2469.

[46] L'espressione è di M.A. SANDULLI, *Introduzione*, cit., p. 358, in cui si osserva che "l'espressa esclusione delle concessioni di beni dall'ambito di applicazione della Direttiva sulle concessioni di servizi pubblici, in una con la altrettanto espressa distinzione tra le concessioni di aree demaniali per finalità turistico-ricreative e le concessioni di servizi pubblici tracciata dall'art. 01 del d.l. n. 400 del 1993 (significativamente richiamata anche nella lettera di messa in mora del 2020) non consentono di utilizzare *sic et simpliciter* i criteri e le regole procedimentali stabiliti per tali concessioni. Né può di certo indurre in tal senso il riferimento, evidentemente atecnico, ai 'servizi pubblici', contenuto nel § 27 delle sentenze. E tanto meno può essere rimessa all'autonomia (e alla fantasia) delle singole amministrazioni comunali la fissazione di tali criteri e regole, a rischio di creare una vera e propria Babele".

ISSN 2036-7821

Negli intenti tale proposta, che segue il solco tracciato dalle sentenze "gemelle", è volta ad assicurare un più razionale e sostenibile utilizzo del demanio marittimo, favorirne la pubblica funzione e promuovere, in coerenza con la normativa europea, un maggiore dinamismo concorrenziale nel settore dei servizi e delle attività economiche connessi all'utilizzo delle concessioni per finalità turistico-ricreative nel rispetto delle politiche di protezione dell'ambiente e del patrimonio culturale. A tal fine essa delega il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi volti a riordinare e semplificare la disciplina in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali, per finalità turistico-ricreative, dettando una serie di principi e criteri direttivi nel rispetto dei quali i menzionati decreti legislativi devono essere adottati.
Proprio in merito ai predetti principi e criteri direttivi si scontrano interessi e opinioni divergenti[47] tali da suscitare questioni oggetto di acceso conflitto e dibattito, attuali e futuri[48]. In effetti in una proiezione delle future gare l'emendamento governativo se da una parte tenta di trovare un ragionevole compromesso tra le esigenze degli aspiranti concessionari e quelle dei concessionari uscenti, dall'altra non sempre tali sforzi giungono a un equilibrio del tutto condivisibile ed esente da eccezioni relative alla loro legittimità.
Innanzitutto l'emendamento stabilisce, tra i suoi "principi e criteri direttivi", la valorizzazione, ai fini della scelta del concessionario, (tra l'altro) "della posizione dei soggetti che, nei cinque anni antecedenti l'avvio della procedura selettiva, hanno utilizzato *la concessione* quale prevalente fonte di reddito per sé e per il proprio nucleo familiare, nei limiti definiti anche tenendo conto della titolarità, alla data di avvio della procedura selettiva, in via diretta o indiretta, di altra concessione o di altre di attività d'impresa o di tipo professionale"[49]. Tale previsione appare meritevole di rilievi critici. In effetti essa sembra attribuire in favore dei concessionari uscenti un vantaggio incompatibile con la normativa eurounitaria. Ai sensi dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein* infatti gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e trasparenza e in tali casi l'autorizzazione non solo deve essere rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico, ma non può neanche accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami. Ebbene la valorizzazione della posizione dei soggetti che nei cinque anni antecedenti l'avvio della gara hanno

[47] La conflittualità che insiste sulla materia è resa manifesta anche dalla grande quantità di emendamenti presentati al disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 e riguardanti le concessioni demaniali marittime. In effetti, su oltre mille emendamenti al disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, circa un quarto riguardano le predette concessioni.

[48] Nella consapevolezza di non potere qui affrontare tutte le questioni che vengono in rilievo si ci limiterà a esaminare solo quelle che agli occhi di chi scrive appaiono più critiche.

[49] Emendamento governativo, art. 2-*ter*, co. 2, lett. e), par. 5.2 (enfasi aggiunta).

ISSN 2036-7821

utilizzato proprio quella stessa concessione oggetto della procedura selettiva quale prevalente fonte di reddito per sé e per il proprio nucleo familiare appare potere integrare uno di quei vantaggi ai prestatori uscenti che la direttiva servizi proibisce. Essa in effetti sembra suscettibile di impedire a nuovi operatori l'accesso al mercato o comunque di violare i principi di imparzialità e trasparenza. La disposizione così analizzata e interpretata appare altresì non del tutto conforme con quanto suggerito dall'Adunanza Plenaria. Le pronunce "gemelle" infatti raccomandano, o comunque affermano, che "nel conferimento o nel rinnovo delle concessioni, andrebbero evitate ipotesi di preferenza 'automatica' per i gestori uscenti, in quanto idonei a tradursi in un'asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato"[50]. La clausola reddituale potrebbe invece essere valutata con maggiore benevolenza se volta a tutelare i soggetti che hanno utilizzato la concessione quale unica fonte di sostentamento e nei limiti del solo sostentamento. Peraltro si consideri che gli interessi dei concessionari uscenti ben possono essere tutelati nell'ambito delle gare anche con altri e diversi strumenti, come in effetti accade con la previsione dell'indennizzo in favore dei predetti concessionari[51].

In modo analogo appare conferire un ingiusto vantaggio ai gestori uscenti anche un'altra disposizione di cui all'emendamento approvato dal Consiglio dei Ministri. In particolare, sempre ai fini della scelta del concessionario tale emendamento stabilisce, tra i principi e criteri direttivi, quello della valorizzazione "dell'esperienza tecnica e professionale già acquisita in relazione all'*attività oggetto di concessione* o ad analoghe attività di gestione di beni pubblici, secondo criteri di proporzionalità e di adeguatezza e, comunque, in maniera tale da non precludere l'accesso al settore di nuovi operatori"[52]. Ebbene, la valorizzazione dell'esperienza tecnica e professionale acquisita in relazione all'attività oggetto della *specifica* concessione messa a gara appare accordare ai prestatori uscenti una preferenza in violazione al principio di parità di trattamento nelle procedure selettive. Per evitare vantaggi indebiti ai concessionari uscenti in effetti la pregressa esperienza può essere presa in considerazione come requisito premiale nelle gare, ma solo se riferita in generale all'esperienza di gestore spendibile in tutte le gare e non invece se riferita unicamente a quella specifica concessione oggetto di gara ove si è maturata l'esperienza.

Ancora, solleva talune perplessità anche il criterio secondo cui la "definizione, al fine di favorire l'accesso delle microimprese e delle piccole imprese alle attività connesse alle concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative e nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità, del numero massimo di concessioni di cui può essere titolare, in via diretta o indiretta, uno stesso concessionario a livello comunale,

[50] Par. 49 delle sentenze "gemelle" qui in esame.
[51] Emendamento governativo, art. 2-*ter*, co. 2, lett. i). Sul tema dell'indennizzo si veda il paragrafo che segue.
[52] Emendamento governativo, art. 2-*ter*, co. 2, lett. e), par. 5.1 (enfasi aggiunta).

ISSN 2036-7821

provinciale, regionale o nazionale, prevedendo obblighi informativi in capo all'ente concedente in relazione alle concessioni affidate al fine di verificare il rispetto del numero massimo". In particolare non appare chiaro in base a quali elementi tale criterio sarebbe giustificato alla luce del principio di proporzionalità[53] rispetto allo scopo di favorire l'accesso alle micro e piccole imprese.

Da ultimo la data del 31 dicembre 2023 quale obbligatorio e improcrastinabile termine finale dell'efficacia delle concessioni demaniali marittime in essere prevista dal Consiglio di Stato e confermata dall'emendamento governativo non appare di facile osservanza. In effetti allo stato attuale sembra dubitabile che i fattori che concorrono al rispetto di tale data riescano a giungere tutti a compimento in modo tempestivo. Da una parte il predetto emendamento attribuisce al Governo sei mesi dall'entrata in vigore della legge per adottare i decreti legislativi attuativi. Dall'altra per l'affidamento delle concessioni occorre svolgere migliaia di complesse procedure di gara che richiedono inevitabilmente un certo arco di tempo, anche considerate le scarse risorse a disposizione delle amministrazioni[54]. Alla luce di quanto precede appare dunque innanzitutto necessario che i predetti decreti vengano adottati quanto prima e comunque non oltre il mese di dicembre 2022, il che *rebus sic stantibus* non è scontato.

6. La spinosa questione dell'indennizzo e del legittimo affidamento dei concessionari uscenti.

Nel tentativo di trovare un ragionevole compromesso tra le esigenze degli aspiranti concessionari e quelle dei concessionari uscenti l'Adunanza Plenaria affronta anche la spinosa questione dell'indennizzo a questi ultimi. Segnatamente, mostrando di adeguarsi alla giurisprudenza comunitaria in materia[55] e riprendendo una formula adoperata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato[56], il Consiglio di

[53] Art. 10, co. 2, direttiva servizi.

[54] Non a caso, come visto, vi è chi ha prospettato una proroga più lunga. Il riferimento è a B. CARAVITA DI TORITTO - G. CARLOMAGNO, *La proroga* ex lege, cit., p. 642.

[55] Il riferimento è a Corte giust. UE, 28 gennaio 2016, causa C-375/14, anche nota come sentenza Laezza, riguardante il tema delle concessioni per la raccolta di scommesse su eventi sportivi. Secondo tale pronuncia l'obbligo "che impone al concessionario di cedere a titolo non oneroso, all'atto della cessazione dell'attività, ivi compresa l'ipotesi in cui tale cessazione avvenga per il semplice fatto della scadenza del termine di concessione, l'uso delle attrezzature utilizzate per la raccolta di scommesse, può rendere meno allettante l'esercizio di tale attività. Infatti, il rischio per un'impresa di dover cedere, senza contropartita economica, l'uso dei beni in suo possesso può impedire a detta impresa di trarre profitto dal proprio investimento" (pt. 23). Secondo il giudice europeo "il carattere non oneroso di una siffatta cessione forzata pare contrastare con il requisito di proporzionalità, in particolare quando l'obiettivo di continuità dell'attività autorizzata di raccolta di scommesse potrebbe essere conseguito con misure meno vincolanti, quali la cessione forzata, ma a titolo oneroso a prezzi di mercato, dei beni in questione" (par. 41), verificandosi dunque una restrizione delle libertà garantite dagli artt. 49 e 56 TFUE. Su tale sentenza si veda ancora *infra*.

[56] AGCM, AS1730 – *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*, 22 marzo 2021, par. IV, lett. A, dedicato a "*Concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*", p. 27 ss., in cui, nel richiamare il legislatore ad adeguare in tempi brevi la normativa italiana alle richieste dell'Unione

ISSN 2036-7821

Stato ha affermato la possibilità che la futura indizione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni sia supportata, "ove ne ricorrano i presupposti, dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi"[57].

In attuazione di quanto precede (e andando anche oltre), tra i principi e criteri direttivi volti a riordinare e semplificare la materia delle concessioni demaniali qui in esame, la proposta emendativa del Governo prevede la definizione di criteri uniformi per la quantificazione dell'indennizzo da riconoscere al concessionario uscente, posto a carico del concessionario subentrante, in ragione del mancato ammortamento degli investimenti realizzati nel corso del rapporto concessorio e autorizzati dall'ente concedente e della perdita dell'avviamento connesso ad attività commerciali o di interesse turistico.

L'affermazione del Consiglio di Stato e la successiva proposta del Governo pongono due questioni in relazione all'indennizzo: quella riguardante la legittimità della previsione dell'indennizzo e il legittimo affidamento a essa sotteso e quella riguardante la consistenza dell'indennizzo stesso.

Circa la previsione dell'indennizzo, ragionando *a contrario*, una serie di motivi inducono a ritenere che laddove esso non fosse previsto si ci dovrebbe confrontare con rilevanti profili di illegittimità.

In primo luogo, in assenza di nuove norme primarie si dovrebbe applicare l'art. 42 del Codice della navigazione. Tuttavia questa disposizione disciplina una fattispecie molto diversa rispetto a quella di cui alle sentenze dell'Adunanza Plenaria. Essa prevede infatti che un indennizzo venga riconosciuto nell'ipotesi di revoca anticipata della concessione, nello specifico caso in cui questa abbia dato luogo a costruzione di opere stabili. Inoltre l'art. 42 riguarda la concessione di *beni* di cui si è usato, che sono restituiti nel loro stato iniziale. Diversamente, oggetto delle concessioni demaniali marittime sono "beni *connessi ad attività*, anzi *prodromici* e *funzionali* ad un'attività, la quale ha determinato la realizzazione di impianti utilizzabili dal subentrante e insieme l'insorgere e lo stabilizzarsi di un avviamento"[58]. A ciò si aggiunga che ai sensi del successivo art. 49, "salvo che sia diversamente stabilito

europea al fine di permettere la piena concorrenza nel settore della concessioni demaniali marittime, si suggerisce che "l'indicazione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni potrà, ove ne ricorrano i presupposti, [sia] supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti".

[57] Par. 49 delle sentenze "gemelle". Sul tema dell'indennizzo, *ex multis*: M.A. SANDULLI, *Introduzione*, cit., p. 357 ss.; F. FERRARO, *Diritto dell'Unione*, cit., p. 381 ss.; G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge*, cit., p. 390 ss.

[58] G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge*, cit., p. 393 (l'enfasi è aggiunta). Sempre ai sensi dell'art. 42 del Codice della navigazione, salvo che non sia diversamente stabilito, l'indennizzo è "pari al rimborso di tante quote parti del costo delle opere quanti sono gli anni mancanti al termine di scadenza fissato" e, in ogni caso, "non può essere superiore al valore delle opere al momento della revoca, detratto l'ammontare degli effettuati ammortamenti".

ISSN 2036-7821

nell'atto di concessione, quando venga a cessare la concessione, le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, restano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso, salva la facoltà dell'autorità concedente di ordinarne la demolizione con la restituzione del bene demaniale nel pristino stato. In quest'ultimo caso, l'amministrazione, ove il concessionario non esegua l'ordine di demolizione, può provvedervi a termini dell'articolo 54". Pur se grazie all'*incipit* "salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di concessione" tale disposizione lascia aperta la porta alla remunerazione degli investimenti realizzati dai concessionari, essa tuttavia non può considerarsi pienamente soddisfacente. A ben vedere infatti essa affida alla discrezionalità dell'amministrazione concedente la decisione, da adottare caso per caso, di derogare o meno alla regola dell'assenza di remunerazione delle opere non amovibili, derivandone necessariamente problemi in ordine al rispetto del principio di parità di trattamento, oltre che della tutela della proprietà[59].

In secondo luogo, la mancata previsione di un indennizzo nel caso che qui ci occupa contrasterebbe con altre disposizioni che in fattispecie analoghe invece lo prevedono. È questo il caso dell'art. 703, co. 5, del Codice della navigazione[60] in materia di concessioni aeroportuali. Tale comma, in effetti, considera l'attività imprenditoriale connessa alla concessione del sedime demaniale aeroportuale e deroga al principio di cui al suddetto art. 49 del medesimo Codice, prevedendo che "alla scadenza naturale della concessione, il concessionario subentrante ha l'obbligo di corrispondere al concessionario uscente il valore di subentro" in caso di realizzazione di impianti o immobili fissi insistenti sul sedime aeroportuale, approvati dall'ENAC, poiché strumentali all'erogazione del servizio e alla valorizzazione dell'aeroporto.

In terzo luogo, infine, la mancata previsione di un indennizzo contrasterebbe con l'ordinamento eurounitario e in particolare sia con il diritto di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE, sia con la libertà di prestazione dei servizi di cui all'art. 56 TFUE. In effetti nella sentenza Laezza[61] la Corte di giustizia ha affermato che "gli articoli 49

[59] M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali marittime*, cit., p. 461 ss., in cui si osserva che "l'art. 49 cod. nav. – nel determinare l'incameramento dei beni in proprietà superficiaria del concessionario in assenza di indennizzo – violerebbe gli artt. 3 e 42 Cost., nonché l'art. 1 del Protocollo Addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali e l'art. 17 della Carta di Nizza (entrambi dedicati alla tutela della proprietà), laddove l'acquisizione gratuita al patrimonio dello Stato di un complesso di manufatti formatosi per effetto dell'attività (legittima) e degli investimenti dei concessionari uscenti configurerebbe una ipotesi di espropriazione sostanziale, priva del corrispettivo pagamento della giusta indennità", e la dottrina sul punto ivi richiamata, in particolare: F. GAFFURI, *La disciplina nazionale delle concessioni demaniali marittime alla luce del diritto europeo*, in *Riv. interdisc. dir. ammin. pubb.*, 2021, 3, p. 50-52; G. MORBIDELLI, *Sulla incostituzionalità dell'art. 49 cod. nav.*, in D. GRANARA (a cura di), In litore maris: *poteri e diritti in fronte al mare*, Torino, 2019, p. 189.

[60] Il quinto comma dell'art. 703 Codice della Navigazione è stato introdotto dall'art. 15 *quinquies*, co. 1, d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, conv. in l. 4 dicembre 2017, n. 172.

[61] Corte giust. UE, 28 gennaio 2016, causa C-375/14. Secondo il Giudice europeo dunque la cessione gratuita dei beni da parte dei concessionari è conforme all'ordinamento dell'Unione europea soltanto nelle ipotesi di decadenza o di revoca della concessione, mentre non in quella di naturale scadenza della stessa, nel qual caso si assisterebbe alla violazione degli artt. 49 e 56 TFUE.

ISSN 2036-7821

TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una disposizione nazionale restrittiva […], la quale impone al concessionario di cedere a titolo non oneroso, all'atto della cessazione dell'attività per scadenza del termine della concessione, l'uso dei beni materiali e immateriali di proprietà che costituiscono la rete di gestione e di raccolta del gioco [e utilizzati per la raccolta di scommesse], qualora detta restrizione ecceda quanto è necessario al conseguimento dell'obiettivo effettivamente perseguito da detta disposizione, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare". Inoltre una disposizione nazionale di questo tipo, che priva il concessionario uscente dell'indennizzo, non solo pregiudica quest'ultimo, ma comporta altresì una riduzione della concorrenza, almeno per due motivi. Da una parte, infatti, la mancata previsione di un indennizzo "demotiva" sin dall'inizio i concessionari a effettuare investimenti, riducendo questi al minimo. Dall'altra, la stessa disincentiva gli operatori dal concorrere e dall'esercitare l'attività in questione, consapevoli che i loro investimenti non saranno remunerati[62].

La statuizione del Consiglio di Stato in materia di indennizzo non pare doversi considerare contraria a quelle sentenze della Consulta che hanno dichiarato incostituzionali disposizioni di leggi regionali che, intervenendo in materia di rilascio di concessioni demaniali marittime per colmare la lacuna dovuta al silenzio del legislatore statale, riconoscevano la possibilità di imporre ai nuovi concessionari la corresponsione di un indennizzo a favore dei gestori uscenti[63]. In tali casi infatti la dichiarazione di incostituzionalità era dovuta principalmente all'invasione delle Regioni nella materia della tutela della concorrenza riservata in via esclusiva alla competenza dello Stato ai sensi dell'art. 117, co. 2, Cost.[64].

---

[62] Si veda di nuovo la sentenza Corte giust. UE, 28 gennaio 2016, causa C-375/14, par. 23, che rinvia alle conclusioni dell'Avvocato Generale (parr. 62 e 63). Nello stesso senso Corte giust. UE, 13 luglio 1989, causa C-5/88, par. 19, *Hubert Wachauf*, secondo cui "una disciplina comunitaria che avesse per effetto di spogliare l'affittuario, alla scadenza del contratto di affitto, del futuro del proprio lavoro o degli investimenti effettuati nell'azienda affittata, senza indennizzo, sarebbe in contrasto con le esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario".

[63] Si tratta in particolare delle seguenti leggi regionali: l.r. Friuli-Venezia Giulia, 21 aprile 2017, n. 10, il cui art. 49 sanciva che "fermo restando quanto previsto nella concessione, il concessionario subentrante è tenuto a corrispondere al concessionario uscente un indennizzo onnicomprensivo che tiene conto: a) della quota parte residua degli ammortamenti relativa agli investimenti di cui al regolamento di attuazione della legge regionale 22/2006, effettuati a proprie spese, non previsti nella concessione e autorizzati dall'amministrazione concedente, dei quali alla scadenza della concessione non sia stato conseguito l'integrale recupero mediante il loro totale ammortamento; b) del valore commisurato all'avviamento, calcolato come la media dei redditi dichiarati ai fini delle imposte sui redditi in relazione agli ultimi cinque periodi d'imposta anteriori riferiti all'attività oggetto di concessione, moltiplicato per il valore, comunque non superiore a tre, corrispondente al 10 per cento della durata in anni della concessione uscente"; l.r. Toscana, 9 maggio 2016, n. 31, che attribuiva al gestore uscente il diritto a ricevere un indennizzo, da parte del nuovo concessionario, pari al 90% del valore aziendale dell'impresa insistente sull'area oggetto della concessione. Ancora, sono state sottoposte al vaglio della Corte costituzionale, seppure in relazione ad altri profili: l.r. Abruzzo, 27 aprile 2017, n. 30, e l.r. Liguria, 10 novembre 2017, n. 26.

[64] Le leggi regionali di cui alla precedente nota sono state dichiarate incostituzionali in parte *qua* dalle seguenti sentenze: Corte cost., 30 maggio 2018, n. 109, in relazione alla l.r. Friuli-Venezia Giulia, 21 aprile 2017, n. 10; Corte

ISSN 2036-7821

Come già detto, l'Adunanza Plenaria, nel prevedere il possibile riconoscimento dell'indennizzo in favore dei concessionari uscenti, afferma espressamente che tale meccanismo è "indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi". L'indagine

---

cost., 23 maggio 2017, n. 157, in relazione alla l.r. Toscana, 9 maggio 2016, n. 31; Corte cost., 7 giugno 2018, n. 118, in relazione alla l.r. Abruzzo, 27 aprile 2017, n. 30; Corte cost., 9 gennaio 2019, n. 1, in relazione alla l.r. Liguria, 10 novembre 2017, n. 26. In particolare, quest'ultima pronuncia della Consulta ricorda come la disciplina in materia di indennizzo rientra nella "sfera di competenza riservata in via esclusiva alla legislazione statale, alla quale unicamente spetta disciplinare in modo uniforme le modalità e i limiti della tutela dell'affidamento dei titolari delle concessioni già in essere nelle procedure di selezione per il rilascio di nuove concessioni", in quanto tale forma di tutela incide sui "criteri e le modalità di affidamento delle concessioni su beni del demanio marittimo", che "devono essere stabiliti nell'osservanza dei principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale, e corrispondenti ad ambiti riservati alla competenza esclusiva statale in forza dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.". In merito a tale sentenza: G. DALLA VALENTINA, *La proroga* ope legis *delle concessioni demaniali marittime dalla sent. 1/2019 della Corte costituzionale al Decreto Rilancio*, in *Forum quad. cost*., 2020, 3, p. 542 ss. Tuttavia talvolta i giudici costituzionali, spingendosi oltre alla valutazione in ordine alla competenza, non hanno condiviso nel merito il possibile riconoscimento dell'indennizzo. In particolare quest'ultimo non solo scoraggerebbe la partecipazione di nuovi concorrenti alla gara per l'affidamento della concessione, ma avvantaggerebbe ingiustamente il gestore uscente, favorendo il rafforzamento di posizioni dominanti, in contrasto con i principi di cui alla direttiva servizi. In questo senso Corte cost., n. 109/2018. A tale impostazione si oppongono in dottrina: G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge*, cit., p. 390 ss., in cui si evidenzia come l'indennizzo non determinerebbe tanto un vantaggio per l'*incumbent*, e dunque una barriera all'ingresso di nuovi operatori, ma costituirebbe invece il "riconoscimento di una situazione che potremmo definire 'paraproprietaria' alla luce dell'art. 1 del primo protocollo addizionale della CEDU, che si riferisce con previsione generale ai beni, ma la nozione di bene secondo la giurisprudenza di Strasburgo ha da essere interpretata in senso estensivo e indipendentemente dalle qualificazioni formali del diritto interno sino così ad includervi un'ampia gamma di interessi economici che non si limitano alla proprietà di beni materiali ed immateriali, nel senso che investono anche le utilità provenienti dal rapporto concessorio (c.d. proprietà commerciale)"; M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali*, cit., p. 466 ss., secondo cui nel caso di specie il riconoscimento di un indennizzo "sarebbe posto unicamente a tutela delle legittime aspettative del titolare del rapporto concessorio in ordine ad una proporzionata remunerazione dei capitali investiti e della consequenziale valorizzazione dell'area demaniale, evitando in tal modo il configurarsi di un (questo sì) indebito arricchimento in capo allo Stato (per l'incremento di valore) e del gestore subentrante (per il fatto di poter beneficiare di opere già realizzate e idonee a garantire i servizi turistici). Del resto, delle due l'una: posto che il concessionario ha edificato manufatti che, sebbene autorizzati, non erano 'imposti' dal rapporto concessorio (e, pertanto, non rientravano nella dinamica originaria che ha determinato l'assetto degli interessi), tali investimenti possono: a) essere considerati dall'amministrazione un disvalore per il demanio (in quanto obsoleti o semplicemente non idonei alla migliore valorizzazione dello stesso), con consequenziale emanazione del relativo ordine di demolizione; b) essere reputati un elemento in grado di incrementare il valore della proprietà pubblica e di agevolare lo sfruttamento dell'area da parte del concessionario entrante, nel qual caso l'assenza di un indennizzo nei confronti di chi ha determinato tale incremento di valore (pur non essendone obbligato) configurerebbe inevitabilmente una fattispecie di indebito arricchimento. Tali conclusioni appaiono incontestabili, ed anzi, si ritiene che l'applicazione dell'art. 49 cod. nav. – incidendo negativamente sulla posizione del concessionario – rischia di ostacolare il conseguimento degli stessi obiettivi europei di introduzione di un regime pienamente concorrenziale nel settore: la consapevolezza di incorrere nel pregiudizio derivante dalla cessione gratuita delle opere inamovibili al momento della scadenza della concessione, infatti, potrebbe, da un lato, disincentivare la partecipazione alle gare da parte di coloro che dovessero ritenere non conveniente l''operazione economica' nel suo complesso e, dall'altro, ridurre la quantità e la qualità degli investimenti. Nulla di grave, si potrebbe obiettare, se non fosse che alla base della scelta di non destinare la spiaggia all'uso generale e di concederne la gestione ad un operatore economico per la realizzazione di attività a carattere turistico-ricreativo sussiste l'interesse pubblico a sviluppare le attività turistiche e l'economia locale".

ISSN 2036-7821

circa la legittimità della previsione dell'indennizzo richiede dunque una presupposta riflessione in merito alla sussistenza o meno del legittimo affidamento dei predetti concessionari.

Secondo una prima prospettiva, se si considera che, ferma la facoltà del legislatore di intervenire anche incidendo su posizioni giuridiche nate sulla base di norme precedenti, l'affidamento del privato rileva solo quando il contesto della norma anteriore e il contenuto di questa inducano "i destinatari a confidare nella stabilità nel tempo dell'«assetto regolatorio» a fronte del quale (dati i suoi caratteri, da valutare caso per caso) «l'intervento normativo incidente su di esso deve risultare sproporzionato»"[65], nel caso degli attuali concessionari uscenti si potrebbe mettere in dubbio la sussistenza del loro legittimo affidamento[66]. In effetti, il contesto normativo e giurisprudenziale degli ultimi quindici anni potrebbe condurre a esitare circa la sua effettiva capacità di indurre i destinatari a confidare ciecamente nella stabilità nel tempo dell'assetto regolatorio. Prima con la direttiva *Bolkestein* del 2006, poi con le pronunce della Consulta che a partire dal 2010 hanno dichiarato costituzionalmente illegittime alcune disposizioni regionali che prevedevano proroghe delle concessioni demaniali marittime, e poi ancora con la sentenza *Promoimpresa* del 2016, con le procedure di infrazione europee e con gli interventi abrogativi del legislatore italiano, la solidità del quadro normativo in materia è andata via via sgretolandosi, lasciando spazio a un'indubitabile confusione e incertezza di sistema[67]. A ben vedere elementi in questo senso potevano rinvenirsi già prima della direttiva servizi, con quella pronuncia del 2005 con cui il Consiglio di Stato aveva affermato che per le concessioni demaniali la sottoposizione ai principi della concorrenza e dell'evidenza pubblica trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione del bene pubblico si fornisca un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul

---

[65] V. CERULLI IRELLI, *Sul principio del legittimo affidamento*, in *Riv. ita. scienze giur.*, 2014, p. 255. Ancora sul legittimo affidamento: P. CARNEVALE - G. PISTORIO, *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge, fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2014. Nella sua lettera di messa in mora del 3 dicembre 2020 la Commissione europea, nel rilevare l'insussistenza del legittimo affidamento, elenca le seguenti "rigorose" condizioni che secondo il diritto europeo sono necessarie affinché si configuri il legittimo affidamento: (*i*) "rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili, devono essere state fornite all'interessato dall'amministrazione"; (*ii*) "tali rassicurazioni devono essere idonee a generare fondate aspettative nel soggetto cui si rivolgono"; (*iii*) "siffatte rassicurazioni devono essere conformi alle norme applicabili". Circa la giurisprudenza della Corte di giustizia richiamata in merito si menzionano le seguenti sentenze: 16 novembre 1983, *Thyssen AG c. Commissione*, C-188/82, par. 11; 6 febbraio 1986, *Vlachou c. Corte dei conti*, C-162/84, par. 6; 20 settembre 1990, *Commissione c. Germania*, C-5/89, par. 14; 7 giugno 2005, *VEMW*, C-17/03, parr. 73-74; 24 novembre 2005, *Germania c. Commissione*, C-506/03, par. 58; 16 dicembre 2010, *Kahla Thuŕingen PorzellanKahla Thuŕingen Porzella c. Commission*, C-537/08, par. 63; 14 ottobre 2010, *Nuova Agricast e Cofra c. Commissione*, C-67/09, par. 71 ss.

[66] Le pronunce "gemelle" del Consiglio di Stato dichiarano che le predette condizioni per il legittimo affidamento affermate a livello europeo "non sussistono nella materia in esame" (par. 38.1).

[67] Condivide la tesi dell'insussistenza del legittimo affidamento del concessionario attuale A. COSSIRI, *L'Adunanza Plenaria*, cit., p. 241 ss.

ISSN 2036-7821

mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai principi di trasparenza e non discriminazione[68].

Secondo un'altra prospettiva, invece, una certa stabilità dell'assetto regolatorio in materia sembrerebbe sussistere, con conseguente affidamento dei concessionari. Essa sarebbe frutto delle numerose proroghe pluriennali intervenute nel tempo a opera della normativa primaria. Grazie a esse il predetto affidamento non sembrerebbe sfumare neanche in conseguenza della giurisprudenza comunitaria e delle procedure di infrazione avviate dalla Commissione europea. Quanto precede potrebbe apparire ancora più marcato nel caso dei soggetti aventi in gestione beni su cui insistono concessioni precedenti all'abrogazione del diritto di insistenza e del rinnovo automatico (ad opera rispettivamente del d.l. n. 194/2009 e l. n. 217/2011), istituti che configuravano tali concessioni come rapporti pluriannuali dalla durata pressoché indefinita[69]. In un certo senso l'affidamento dei concessionari sarebbe ingenerato dalla paradossale circostanza (in Italia affatto rara) per cui non c'è nulla di più stabile del provvisorio: proprio la permanente situazione di incertezza avrebbe generato la certezza del perdurare dello *status quo*. Inoltre l'affidamento dei concessionari si sarebbe consolidato grazie alle proroghe amministrative e, talvolta, ad appositi giudicati e/o al decorso del tempo per l'esercizio del potere di autoannullamento[70]. Se si accoglie tale tesi l'anticipata cessazione delle concessioni stabilita con le sentenze "gemelle" della Plenaria potrebbe aver comportato una lesione, da determinare caso per caso, del diritto del concessionario di programmare e gestire la propria attività imprenditoriale sulla base di posizioni contrattuali predeterminate.

Venendo ora alla questione relativa alla consistenza dell'indennizzo, come anticipato l'emendamento approvato dal Consiglio dei Ministri prevede che l'indennizzo da riconoscere al concessionario uscente, posto a carico del concessionario subentrante, deve essere quantificato in ragione di due criteri: (*i*) il mancato ammortamento degli investimenti realizzati nel corso del rapporto concessorio e autorizzati dall'ente

[68] Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 2005, n. 168, sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825.

[69] G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge*, cit., p. 392, nota 20. Si osserva inoltre che il principio di tutela del legittimo affidamento va ascritto ai motivi imperativi di interesse generale, pur se non è esplicitamente compreso all'interno dell'elenco di cui all'art. 4, n. 8, dir. *Bolkestein*, in quanto da una parte tale elenco ha natura solo esplicativa, dall'altra il principio in esame è incluso tra i principi forti del diritto comunitario, e quindi deve inserirsi tra i criteri che regolano l'affidamento delle concessioni.

[70] In questo senso M.A. SANDULLI, *Introduzione*, cit., p. 355, secondo cui "l'investitura dell'Adunanza Plenaria e il suo contorto esito escludono invero che la situazione antigiuridica da essa riscontrata – ma significativamente confermata per un ulteriore biennio – fosse immediatamente percepibile ai concessionari, che, all'opposto, avevano pieno titolo per sentirsi rassicurati dai ripetuti interventi del legislatore (dal 2009 al 2020), dalle proroghe amministrative e, in vari casi, anche da appositi giudicati e/o dal decorso del tempo per l'esercizio del potere di autoannullamento che la stessa Plenaria ha confermato essere di norma lo strumento per la rimozione degli atti anticomunitari. Sicché, per poter essere edotti della pretesa inconsistenza delle proroghe amministrative, i concessionari, non solo avrebbero dovuto essere esperti di diritto eurounitario, ma avrebbero dovuto addirittura avere coscienza che esse non avevano valenza provvedimentale, ma meramente ricognitiva e che, per tale ragione, dovevano ritenersi sottratte ai limiti dell'autotutela e alle garanzie dell'inoppugnabilità!".

ISSN 2036-7821

concedente e (*ii*) la perdita dell'avviamento connesso ad attività commerciali o di interesse turistico[71]. Una siffatta determinazione dell'indennizzo, da svolgere caso per caso, sembra dunque andare oltre a quanto permesso dal diritto europeo: infatti non solo vengono considerati gli investimenti non ammortizzati, ma anche l'avviamento. Ciò appare giustificato dal fatto che, tranne nel caso in cui l'amministrazione conferisca una destinazione del tutto diversa all'area demaniale, il gestore subentrante acquisisce un complesso di beni all'interno del quale è incluso anche l'avviamento, *asset* in grado di determinare il valore dell'azienda[72].
Nonostante quanto precede l'emendamento governativo sul punto potrebbe essere considerato comunque non sufficiente a tutelare il legittimo affidamento ingenerato nei concessionari uscenti, che confidando nella stabilità del quadro regolatorio hanno effettuato investimenti in relazione ai beni affidati in concessione[73]. Se si concorda

[71] M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali*, cit., p. 469-470, in cui si opera una distinzione tra l'indennizzo riconoscibile agli attuali concessionari uscenti e quello riconoscibile ai futuri concessionari uscenti. Per quanto riguarda quelli attuali, si ritiene necessario "effettuare una valutazione caso per caso al fine di verificare se e in che misura si registrino mancati profitti (legittimamente attesi a fronte dell'ultima proroga al 2033) o non si sia giunti al completo ammortamento degli investimenti effettuati", invece "a regime […] i criteri in base ai quali calcolare l'indennizzo dovranno riguardare il valore dell'opera realizzata, l'incremento di valore dalla stessa (eventualmente) apportato all'area demaniale, nonché il valore commerciale dell'impresa, ovvero il c.d. avviamento (il cui "peso" andrebbe evidentemente trasferito sul concessionario subentrante mediante un ponderato incremento dell'ammontate del canone concessorio)".

[72] G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge*, cit., p. 395-396, in cui si osserva che "l'avviamento è espressamente considerato nell'ipotesi di fine locazione di immobili adibiti ad uso commerciale ed artigianale (v. art. 34, l. 27 luglio 1978 n. 392), normativa idonea a costituire *tertium comparationis*, perché in entrambi i casi si ha la cessazione di un rapporto di durata e in entrambi i casi l'impiego del bene di proprietà altrui ne ha determinato un arricchimento. Sicché l'indennizzo, per essere tale, deve corrispondere al valore di mercato o al valore "reale" del bene alla luce della giurisprudenza costituzionale così come declinata attraverso le c.d. sentenze gemelle della Corte Costituzionale [22 ottobre 2007, nn. 348 e 349], e pertanto non può non ricomprendere anche tale componente del compendio che si va ad acquisire. Tra l'altro, nella specie non si tratta di un indennizzo di espropriazione per pubblica utilità, ma di acquisizione di un bene da parte di un altro privato per ragioni imprenditoriali, sicché non vi sono neppure quelle esigenze del 'giusto equilibrio' tra la tutela del diritto sul bene e interessi generali che talvolta possono consentire una riduzione delle entità dell'indennizzo. Tanto più considerato che la componente "avviamento" è di solito frutto di una attività lungimirante quanto impegnativa, protrattasi per lustri e lustri. Sarebbe agevole solo evocare il nome di stabilimenti balneari che di per sé costituiscono attrazione e segni identitari della località in cui sono situati. Ma al di là di queste eccellenze situate in località come Capri, Forte dei Marmi, Lido di Venezia, Santa Margherita Ligure *et similia*, sta il fatto che l'avviamento è riscontrabile anche nelle strutture a carattere familiare e anzi anche per questa caratteristica vocate ad essere luogo di incontro e di richiamo".

[73] M.A. SANDULLI, *Introduzione*, cit., p. 357 ss., secondo cui "è indubbio che i concessionari uscenti che, confidando nelle proroghe, hanno continuato a investire le proprie risorse (economiche e personali) nelle imprese e nelle attività svolte sulle aree in concessione, dovranno essere, quanto meno, adeguatamente indennizzati, non soltanto per gli investimenti effettuati e non ancora ammortizzati (condizione sulla cui ricorrenza si apriranno ulteriori contenziosi), ma anche per l'avviamento aziendale di cui i nuovi gestori potranno fruire" (p. 358); F. FERRARO, *Diritto dell'Unione*, cit., p. 381 ss., secondo cui "l'indennizzo dovrà essere commisurato non solo alla perdita del capitale investito, ma anche al mancato profitto causato dall'eventuale fine anticipata della concessione e al valore delle opere realizzate, in conformità ai principi contenuti nell'art.1 del protocollo n. 1, della CEDU" (p. 382).

ISSN 2036-7821

con tale tesi (chiaramente vantaggiosa per i concessionari in scadenza) un più adeguato indennizzo potrebbe essere costituito dall'intero valore aziendale calcolato su tutti i beni materiali e immateriali. In altre parole i futuri vincitori delle gare dovrebbero compensare i titolari uscenti riconoscendo loro un indennizzo (ingente) pari al valore di tutti i beni materiali e immateriali, di cui i nuovi gestori potranno fruire. Tuttavia tale soluzione, ossia il riconoscimento di un indennizzo pari al valore aziendale, accentua ancora di più i dubbi di compatibilità eurounitaria dal momento che aumenterebbe l'ostacolo all'ingresso del nuovo diverso concessionario.

7. Considerazioni conclusive: un orizzonte ancora molto agitato.

Le due decisioni dell'Adunanza Plenaria oggetto di studio rivestono indiscutibilmente una rilevanza notevole. Come visto tali pronunce, non rapide e non poco sofferte, pur se di straordinaria importanza, presentano criticità e limiti, che le prossime sentenze del Giudice amministrativo dovranno affrontare.

Nell'attesa di una definizione più matura di un insieme di rapporti concessori molto complessi e sicuramente non tutti disciplinabili allo stesso modo, di recente la Corte di Cassazione, seppure in sede penale, si è espressa in materia di concessioni demaniali marittime[74]. Oltre a riprendere molti dei temi affrontati dalla Plenaria, la Corte, ribadendo quanto precedentemente sostenuto dal Tribunale del Riesame, afferma che il pronunciamento dell'Adunanza Plenaria "non legittima alcuna proroga generalizzata delle concessioni ma anzi riafferma l'illegittimità delle leggi nazionali di proroga delle concessioni", limitandosi "a modulare nel tempo l'obbligo di bandire le gare ad evidenza pubblica stabilito in sentenza per evitarne un impatto immediato il che non significa certamente rendere legittima una condotta di perdurante occupazione *sine titulo*". La medesima Corte chiarisce altresì che il *decisum* del Consiglio di Stato non si traduce nella modificazione delle disposizioni di legge che regolano la specifica materia[75]. La sentenza della Cassazione sembra dunque suggerire in sordina il difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato. Quest'ultimo parrebbe essere andato oltre i limiti della sua giurisdizione, esercitando una funzione diversa da quella meramente giurisdizionale spingendosi verso quella legislativa[76].

---

[74] Cass. pen., 22 aprile 2022, n. 15676. Tale sentenza ha confermato il sequestro di un lido genovese in quanto il relativo gestore era titolare di una concessione scaduta nel 2009, e dunque privo di titolo alla data di entrata in vigore del d.l. n. 194/2009, che stabiliva la proroga delle concessioni demaniali marittime turistico ricreative. Secondo i giudici della Cassazione, per potere fruire delle proroghe (pur illegittime) stabilite dalla normativa italiana e infine dell'ultima proroga stabilita dalla Plenaria del Consiglio di Stato, i concessionari, titolari di provvedimenti temporanei fino al 2009, dovevano infatti avere invece ottenuto un titolo, anche se precario e illegittimo.

[75] Cass. pen., n. 15676/2022, par. 14.

[76] Si veda M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustiziainsieme.it*, 2020, che riflette sulla ritrosia della Corte di Cassazione a riscontrare in concreto

ISSN 2036-7821

Dubbi sulla giurisdizione esercitata dal Giudice amministrativo nella pronuncia delle due sentenze "gemelle" sono sollevati anche da altre voci. In particolare, tale giurisdizione è ora diretto oggetto di discussione davanti alla Cassazione per via di un ricorso depositato dalla Regione Abruzzo, con il quale si censura l'eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato, che avrebbe usurpato con le sentenze suddette le prerogative del Legislatore. In effetti, anche in considerazione di quanto precede, non pare potersi escludere che siano fondati i dubbi sulla giurisdizione del Consiglio di Stato, occorrendo dunque attendere la decisione della Corte di Cassazione. Tuttavia la questione verrebbe di fatto superata se dovesse essere approvata la delega al Governo nel senso di cui all'illustrato emendamento, ossia confermando la data del 31 dicembre 2023 come termine finale dell'efficacia delle concessioni demaniali marittime.

Infine ancora più di recente anche la Corte di Giustizia è stata (di nuovo) chiamata a pronunciarsi sulle concessioni demaniali marittime. La richiesta proviene dal Tar Lecce che, esaminando il conflitto tra gestori e Comune di Ginosa anche alla luce delle sentenze "gemelle" dell'Adunanza Plenaria, ha ritenuto di non condividere i presupposti logici, l'argomentare e le conclusioni espressi da queste ultime. Per tale motivo i giudici del Tribunale salentino, dopo un'articolata disamina sulla gerarchia delle norme e sulla natura non autoesecutiva della direttiva *Bolkestein*, hanno sospeso il giudizio e, con rinvio ai sensi dell'art. 267 TFUE, hanno chiesto alla predetta Corte di pronunciarsi su ben nove puntuali quesiti, riguardanti la validità o meno della direttiva *Bolkestein*, da tempo contestata dai balneari, e l'interpretazione del diritto dell'Unione europea[77].

---

l'invasione, da parte del Giudice amministrativo, della sfera riservata al legislatore. Sul vizio in cui sarebbe incorso il Giudice amministrativo nel pronunciare le sentenze "gemelle" della Plenaria si rinvia a M. GIAVAZZI, *Una seducente eresia: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze interpretative del giudice della nomofilachia amministrativa negli ambiti di competenza esclusiva della Corte di giustizia*, in CERIDAP, *Riv. interdisc. dir. ammin. pubbl.*, 2022, 1, p. 32 ss., in cui si ritiene che con le predette sentenze il Giudice ha preteso di farsi legislatore (comunitario), dando luogo a un eccesso di potere giurisdizionale. Sempre secondo l'A. le stesse pronunce sono state adottate *ultra vires* in quanto rientra nella giurisdizione esclusiva della Corte di giustizia stabilire se una violazione dichiarata del diritto dell'UE può essere tollerata per il tempo necessario ad evitare la violazione di un legittimo affidamento.

[77] Tar Lecce, Sez. I, ord. 11 maggio 2022, n. 743. Non potendo in questa sede effettuare una disamina approfondita dell'ordinanza del Tar Lecce ci si limita qui a enunciare i quesiti da questo posti: 1) "Se la direttiva 2006/123 risulti valida e vincolante per gli Stati membri o se invece risulti invalida in quanto – trattandosi di direttiva di armonizzazione – adottata solo a maggioranza invece che all'unanimità, in violazione dell'art 115 T.F.U.E."; 2) "Se la direttiva 2006/123 c.d. Bolkestein presenti o meno oggettivamente ed astrattamente i requisiti minimi di sufficiente dettaglio della normativa e di conseguente assenza di spazi discrezionali per il legislatore nazionale tali da potersi ritenere la stessa auto-esecutiva e immediatamente applicabile"; 3) qualora ritenuta la direttiva 2006/123 non self-executing, se risulti compatibile con i principi di certezza del diritto l'effetto di mera esclusione o di disapplicazione meramente ostativa della legge nazionale anche nell'ipotesi in cui non risulti possibile per il giudice nazionale il ricorso all'interpretazione conforme ovvero se invece, in siffatta ipotesi, non debba o possa trovare applicazione la legge nazionale, ferme restando le specifiche sanzioni previste dall'ordinamento unionale per l'inadempimento dello stato nazionale rispetto agli obblighi derivanti dalla

ISSN 2036-7821

In considerazione di tutto quanto precede dunque, nonostante l'intervento pur – come detto – di straordinaria rilevanza delle sentenze "gemelle" dell'Adunanza Plenaria, lo stato di incertezza in materia persiste, lasciando almeno al momento quale unico panorama certo un orizzonte normativo e giurisprudenziale agitato.

---

adesione al trattato (art. 49), ovvero derivanti dalla mancata attuazione della direttiva (procedura di infrazione)"; 4) "Se l'efficacia diretta dell'art. 12, paragrafi 1,2,3 della Direttiva 2006/123 equivalga al riconoscimento della natura self-executing o immediata applicabilità della direttiva medesima ovvero se, nell'ambito di una direttiva di armonizzazione quale quella in esame ("si deve ritenere che gli artt. da 9 a 13 della direttiva provvedano ad una armonizzazione esaustiva …" ex sentenza c.d. Promoimpresa), debba intendersi come prescrizione per lo stato nazionale di adottare misure di armonizzazione non generiche, ma vincolate nel loro contenuto"; 5) "Se la qualificazione di una direttiva come auto-esecutiva o meno e, nel primo caso, la disapplicazione meramente ostativa della legge nazionale possa o debba ritenersi di esclusiva competenza del giudice nazionale (al quale sono all'uopo attribuiti specifici strumenti di supporto interpretativo quali il ricorso al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ovvero al giudizio di legittimità costituzionale) ovvero anche del singolo funzionario o dirigente di un comune"; 6) "qualora invece ritenuta la direttiva 2006/123 self-executing, premesso che l'art. 49 TFUE risulta ostativo alla proroga automatica delle concessioni-autorizzazioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo solo "nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo", se la sussistenza di tale requisito costituisca o meno un presupposto necessario anche con riferimento all'applicazione dell'art. 12 paragrafi 1 e 2 della direttiva Bolkestein"; 7) "Se risulti coerente rispetto ai fini perseguiti dalla direttiva 2006/123 e dallo stesso art. 49 TFUE una statuizione da parte del giudice nazionale relativa alla sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito dell'interesse transfrontaliero certo riferito tout-court all'intero territorio nazionale ovvero se, viceversa, stante in Italia la competenza dei singoli comuni, tale valutazione non debba intendersi riferita al territorio costiero di ciascun comune e, quindi, riservata alla competenza comunale"; 8) "Se risulti coerente rispetto ai fini perseguiti dalla direttiva 2006/123 e dallo stesso art. 49 TFUE una statuizione da parte del giudice nazionale relativa alla sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito della limitatezza delle risorse e delle concessioni disponibili riferito tout-court all'intero territorio nazionale ovvero se, viceversa, stante in Italia la competenza dei singoli comuni, tale valutazione non debba intendersi riferita al territorio costiero di ciascun comune e, quindi, riservata alla competenza comunale"; 9) "qualora in astratto ritenuta la direttiva 2006/123 self-executing, se tale immediata applicabilità possa ritenersi sussistere anche in concreto in un contesto normativo – come quello italiano – nel quale vige l'art. 49 Codice della Navigazione (che prevede che all'atto di cessazione della concessione "tutte le opere non amovibili restano acquisite allo Stato senza alcun compenso o rimborso") e se tale conseguenza della ritenuta natura self-executing o immediata applicabilità della direttiva in questione (in particolare con riferimento a strutture in muratura debitamente autorizzate ovvero a concessioni demaniali funzionalmente collegate ad attività turistico ricettiva, come hotel o villaggio) risulti compatibile con la tutela di diritti fondamentali, come il diritto di proprietà, riconosciuti come meritevoli di tutela privilegiata nell'Ordinamento dell'U.E. e nella Carta dei Diritti Fondamentali".

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Considerazioni sulla riapertura dei termini per la rideterminazione del valore delle partecipazioni societarie non negoziate in mercati regolamentati, sull'imposta sostitutiva e sul possibile emergere di condotte abusive.

di Laura Letizia

(Professore Associato di Diritto Tributario presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Delimitazione del tema oggetto d'indagine: il regime fiscale opzionale sulla rivalutazione di partecipazioni non negoziate in mercati regolamentari. – 2. La (reiterata) proroga dei termini, la (nuova) aliquota e le (nuove) modalità di versamento dell'imposta sostitutiva nel "decreto Energia". – 3. La cessione di partecipazioni, la diminuzione o l'annullamento di plusvalenze e le fattispecie di risparmio fiscale legittimo. – 4. L'abuso del diritto e le operazioni di LCO. – 5. Conclusioni.

Abstract

The revaluation of equity investments held in unlisted companies was extended, again, by the "Energy decree" of 22 March 2022. The operation - as known - is relevant solely for the purposes of determining other income (article 67, paragraph 1, letter c - c-bis, Tuir), but has nevertheless raised interventions, not always coincident, jurisprudential and of practice, in the light of art. 10-bis of the Statute of taxpayers' rights and, in particular, in relation to the sale of franked shareholdings, the consideration of which is paid by a taxed investee company, rather than with ordinary tax (article 27, Presidential Decree no. 600/1973), with the replacement regime (article 5, l. n. 448/2001 as amended), being able to determine an "undue" tax advantage in the absence of "economic substance" and as "essential", provided that there are no "valid non-marginal extra-fiscal reasons".

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

ISSN 2036-7821

1. Delimitazione del tema oggetto d'indagine: il regime fiscale opzionale sulla rivalutazione di partecipazioni non negoziate in mercati regolamentari.

Sin dalla "legge finanziaria 2002"[1], il nostro ordinamento consente a specifici contribuenti di optare per la rideterminazione del "costo" (fiscale) di partecipazioni, minoritarie o di controllo, qualificate o meno, nonché detenute, a titolo di proprietà o altro diritto reale, in società non quotate, ai fini del calcolo delle plusvalenze da cessione[2]. Ciò avviene versando un'imposta sostitutiva delle imposte sui redditi, attualmente con aliquota al 14 per cento e, pertanto, inferiore a quella ordinariamente applicabile ai dividendi percepiti ex art. 86 Tuir[3] (26 per cento), cosicché in luogo del valore d'acquisto delle azioni/quote, se ne assume un altro, inciso da un regime fiscale più conveniente, da applicare sulla frazione netta del patrimonio sociale.

In tal modo, il soggetto passivo, quantomeno nella maggior parte dei casi, può conseguire un legittimo risparmio d'imposta.

Con il trasferimento a titolo oneroso in questione, in sostanza, la partecipazione, come rideterminata da una perizia giurata di stima[4] (anteriore alla cessione e redatta da un dottore commercialista o da un esperto contabile, un revisore legale dei conti, un perito iscritto alla C.C.I.A.A.), riferita all'intero patrimonio sociale, indipendentemente se l'oggetto della rivalutazione sia, eventualmente, solo una

[1] Art. 5, l. n. 448/2001 s.m.i. L'art. 7, a sua volta, ha introdotto la rideterminazione dei valori di acquisto dei terreni a destinazione agricola edificabili.

[2] Le plusvalenze realizzate attraverso le dette cessioni onerose, quando si tratta di partecipazioni "qualificate", sono quelle che rappresentano, complessivamente, una percentuale di diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria superiore al 20 per cento (titoli negoziati in mercati regolamentati), oppure una partecipazione al capitale/patrimonio superiore al 25 per cento (altre partecipazioni). Esse rientrano nella categoria dei redditi diversi (art. 67 Tuir). Non è consentito, invece, l'accesso alla disciplina opzionale in questione alle azioni negoziate sul sistema multilaterale AIM Italia, gestito da Borsa Italiana S.p.A., come ha chiarito l'AdE nella risposta a interpello n. 308/2000 e nella circolare n. 2/E/2021. Nella lontana circolare 165/E/1998, ancora, la prassi aveva specificato la nozione di mercati regolamentati quale la ricomprendente, oltre alla borsa e al mercato ristretto, «ogni altro mercato disciplinato da disposizioni normative». Il riferimento è ai mercati regolamentati, di cui al d.lgs. n. 415/1996, le cui norme sono state trasfuse, poi, nel TUF, interessato da molte modifiche, nonché a quelli degli Stati dell'OCSE, istituiti, organizzati e regolamentati da disposizioni adottate/approvate dalle competenti autorità in base alle leggi vigenti nello Stato in cui abbiano la sede.

[3] Il regime di tassazione delle plusvalenze, allorquando la cessione in esame riguardi società di capitali, è stato modificato nel 2017 dalla l. n. 205 intervenuta sull'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 461/1997 ("regime dichiarativo"), a cui è stato aggiunto il riferimento alla lett. *c*), comma 1, art. 67 cit., includendo le "qualificate", nei limiti indicati nella nota 2, tra le sottoponibili all'imposta sostitutiva, nonché abrogando il comma 3, art. 68 Tuir, e modificandone il comma 5 (equiparazione delle minusvalenze realizzate cedendo partecipazioni qualificate a quelle non qualificate).

[4] La perizia è un requisito essenziale, mancando il quale la procedura non si perfeziona. In tal senso, AdE, in risposta all'interpello n. 153/E/2018, oltre che circolare n. 1/E/2021, recependo quanto espresso dalle SS.UU. della Cassazione nelle decisioni nn. 2321 e 2322/2020. Si vedano, altresì, le ordinanze della Sez. V, nn. 3410/2015 e 4137/2021, rispetto a plusvalenze da cessione di terreni con destinazione agricola ma a vocazione edificatoria.

ISSN 2036-7821

quota delle partecipazioni detenute[5], oltre che asseverata da soggetti abilitati (quali i giudici o i notai)[6], è sottoposta a un regime impositivo di *favor* ai fini del calcolo dei redditi diversi ex art. 67, comma 1, lett. c - c-*bis*, Tuir[7], affrancando le plusvalenze conseguite[8].

Quanto ai beneficiari, più specificamente, si tratta di persone fisiche riguardo a operazioni non rientranti in regime d'impresa, società semplici, fiduciarie[9] e altri enti collettivi alle prime equiparati (ex art. 5 Tuir), soggetti non residenti, carenti di stabile organizzazione nel nostro Stato, fatte salve le convenzioni contro le doppie imposizioni che ne escludano qui l'imponibilità. Per gli enti non commerciali, l'operazione deve essere estranea all'esercizio di attività commerciali[10].

[5] Ricorrendo l'ipotesi, il costo della perizia sarà sostenuto dalla società con deducibilità, in quote costanti, nell'esercizio e nei quattro successivi, oppure dai soci interessati incrementando quello fiscalmente riconosciuto alla partecipazione.

[6] L'Agenzia delle Entrate nella circ. n. 1/E ult. cit. ha, altresì, precisato che il valore rideterminato in perizia non può essere incrementato degli oneri inerenti, tranne quelli dalla stessa risultante.

[7] Sul trattamento tributario dei redditi diversi di natura finanziaria, in chiave anche ricostruttiva, oltre che sulle differenze con l'altra categoria dei redditi di capitale, cfr. G. CORASANITI, *Diritto tributario delle attività finanziarie*, Milano, 2012, in specie 36 ss. Si veda anche A. MARINELLO, *Redditi di capitale e diversi di natura finanziaria. Principi e regole impositive*, Torino, 2017, *passim*. Sull'auspicabile riunificazione, con la riforma del sistema fiscale, della tassazione dei redditi diversi di natura finanziaria in un'unica categoria, G. CORSANITI, *Redditi di capitale e redditi diversi, una divisione da superare*, in Il Sole 24 Ore, 28 ottobre 2019, ID., *Tassazione dei redditi di natura finanziaria: principi e criteri direttivi troppo generici e indeterminati*, in *il fisco*, 2021; ID., *Audizione nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulla riforma dell'imposta sulle persone fisiche (IRPEF) e altri aspetti del sistema tributario*, 12 marzo 2021.

[8] AdE, circ. n. 12/E/2002.

[9] AdE, circ. n. 28/E/2008.

[10] Le plusvalenze percepite al di fuori dell'esercizio di imprese commerciali, arti e professioni, sono disciplinate, come anticipato, dall'art. 67 Tuir rientrando nella categoria dei redditi diversi. Nella specie, quelle conseguenti alla cessione in disamina e realizzate da soggetti non imprenditori, sono redditi diversi di natura finanziaria (*capital gain*) e possono scontare l'imposta sostitutiva. L'imponibilità riferibile avviene in base al criterio di cassa (art. 68, comma 6, primo periodo, Tuir); quanto al costo fiscale, altresì si considerano i versamenti, in danaro o natura, in conto capitale o a fondo perduto, oltre alla rinunzia a crediti vantati da soci/partecipanti nei riguardi della società. Cfr. Ministero delle Finanze, circ. n. 165/1998. Rispetto, ancora, ad azioni, quote e altre partecipazioni, acquisite per un aumento gratuito di capitale, il costo (unitario) è determinato ripartendone l'originario sul loro numero complessivo (art. 68, comma 6, quarto periodo, Tuir). Se, poi, il corrispettivo della cessione avviene in valuta, ai fini del calcolo di (minusvalenze e) plusvalenze sulla negoziabilità, occorre far riferimento ai criteri indicati all'art. 9, comma 2, Tuir; qualora il predetto sia dilazionato, la plusvalenza (art. 68, comma 7, lett. *f*, Tuir), va determinata con riguardo alla parte del costo/valore d'acquisto corrispondente, proporzionalmente, alle somme percepite nel periodo d'imposta. Sui tratti dei regimi impositivi delle plusvalenze, a partire dalla riforma del 2003-'04, si rinvia ad A. VIOTTO, *Il regime tributario delle plusvalenze da partecipazione*, Torino, 2013, 3 ss. Sulla *ratio* delle varie fattispecie di realizzo, tra i primi interventi dottrinali, A. FANTOZZI, *Ancora in tema di realizzazione delle plusvalenze*, in *Riv. dir. fin.*, 1965, I, 453 ss.; M. MICCINESI, *Le plusvalenze d'impresa. Inquadramento teorico e profili ricostruttivi*, Milano, 1983, 157 ss.; G. FALSITTA, *Plusvalenze e minusvalenze patrimoniali (diritto tributario)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, 4 ss.; D. STEVANATO, *Plusvalenze e minusvalenze nel diritto tributario*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, XI, Torino, 1995, 98 ss.

ISSN 2036-7821

La rivalutazione, allorquando la partecipazione è ceduta, "sterilizza", in definitiva, la tassazione della plusvalenza[11] e il riferibile valore aggiornato[12], fiscalmente riconosciuto, a cui si applica il regime sostitutivo[13], ne "aggiorna" il costo originario.

2. La (reiterata) proroga dei termini, la (nuova) aliquota e le (nuove) modalità di versamento dell'imposta sostitutiva nel "decreto Energia".

La tassazione agevolata in esame non interviene qualora i redditi percepiti dai soci abbiano natura di "utili" (recesso, distribuzione di dividendi, *etc.*), in quanto la *ratio* che la presiede s'indirizza a favorire la circolazione di "quote/azioni" societarie, non il loro incasso, conseguendo l'introito per l'Erario dell'imposta avulso dal loro trasferimento effettivo[14].

L'adempimento del tributo avviene seguendo termini perentori prescritti dal legislatore[15] che, seppur non prorogati dall'ultima "legge di bilancio", né tantomeno dal "decreto Milleproroghe", sono stati "riaperti", ancora una volta, dall'art. 29, l. n. 34/2022 (conv. d.l. n. 17/2022)[16], quanto alla rivalutazione di partecipazioni possedute al 1° gennaio 2022.

In dettaglio, il pagamento va effettuato entro il 15 novembre p.v., se in un'unica soluzione (formalizzando, contestualmente, la perizia giurata di stima), oppure, se a rate, iniziando a corrispondere, annualmente, a partire dalla detta data, la prima, di massimo tre, di pari importo[17]. Alle successive, si applicano interessi nella misura del 3 per cento.

Il contribuente, nel momento in cui provvede a corrispondere l'imposta sostitutiva, dovrà considerare – in sede di determinazione delle plusvalenze realizzate per effetto della cessione – il valore rideterminato delle partecipazioni poiché, se ciò non accade, non potrà in seguito richiedere l'eventuale rimborso di quanto a tal fine già pagato; nel caso rateizzazione, invece, se egli ha versato nei termini solo la prima rata e, poi,

[11] AdE, circ. n. 16/E/2005.

[12] Rispetto a questo valore, l'Amministrazione finanziaria ha precisato che non è possibile assumerne uno diverso da quello risultante dalla frazione corrispondente del patrimonio netto della società, associazione, ente. Cfr. la risposta all'interpello n. 738, 19 ottobre 2021.

[13] AdE, circ. n. 1/E/2021.

[14] AdE, circ. n. 16/E cit. R. PERRONE, *Un'imposta volontaria senza termini, presupposti o altre condizioni aggirabili*, in *Dial. trib.*, 2013, 608, ha definito l'imposta sostitutiva un "prestito fiscale"

[15] Cass., Sez. V, ord. n. 6940/2022, su un ricorso introduttivo avverso un avviso di accertamento del 2006 riferito a una plusvalenza derivante dalla cessione di un terreno suscettibile di utilizzazione edificatoria. La decisione appare interessante statuendo, in particolare, che una sentenza d'incostituzionalità (nel caso di specie, la n. 37/2015), si scontra con il limite dei rapporti giuridici esauriti conseguendo che ove non si sollevi un apposito motivo nel giudizio di merito, non può essere fatta poi valere innanzi al giudice di legittimità.

[16] Con intervento sull'art. 2, comma 2, d.l. n. 282 cit.

[17] AdE, circ. n. 47/E/2011. Nello stesso senso, Cass. civ., Sez. VI, ord. n. 5981/2018.

ISSN 2036-7821

non provveda alle successive, quest'ultime, a meno che non si avvalga del ravvedimento operoso[18], saranno iscritte a ruolo.

Si accenna, inoltre, che ai fini della determinazione dell'imposta sostitutiva, il soggetto passivo può compensare quanto, a pari titolo, abbia già corrisposto [19]. La norma da ultimo introdotta, invero, non lo prevede espressamente ma richiama solo l'art. 5, l. n. 448 cit.; pur tuttavia, quest'ultimo può reputarsi "norma di sistema" [20] in quanto collegato alla disposizione disciplinante, per l'appunto, la compensazione; d'altronde, il "decreto Rilancio" [21] prevede l'ipotesi, avvalorata dalla prassi[22].

Ancora e, tra l'altro, potrebbe accadere che, operata la compensazione, il contribuente debba versare una "differenza" rispetto a quanto precedentemente ha versato a titolo d'imposta sostitutiva, da rapportare al periodo temporale in cui era stata effettuata la prima rideterminazione sul maggior valore di acquisto, rispetto al costo storico, delle partecipazioni possedute. L'aliquota attuale, infatti, è fissata – come anticipato – al 14 per cento, mentre negli anni 2020 e 2021, era all'11 per cento. Sulle rivalutazioni eseguite, invece, sino al 30 giugno 2014, la stessa era al 4 o al 2 per cento, su quelle del 2015, all'8 o al 4 per cento (partecipazioni qualificate o meno). Infine, sulle rivalutazioni eseguite tra il 2016 e il 2018, la stessa era unica, ossia all'8 per cento, per quelle del 2019, all'11 o al 10 per cento (partecipazioni qualificate o meno).

Ne consegue che la nuova determinazione può essere effettuata da coloro che ne avevano usufruito versando il tributo per intero oppure da coloro che debbono versare un prezzo superiore rispetto a quello risultante dalla rideterminazione anteriore. In tal ultimo caso, pagheranno la differenza tra l'importo (14 per cento del nuovo valore rideterminato + imposta già corrisposta), ciò implicando una valutazione di "convenienza" rispetto all'applicazione della tassazione ordinaria sulla plusvalenza realizzata.

Come scelta ulteriore alla compensazione, il contribuente può presentare un'istanza di rimborso[23] entro due anni dalla data in cui ha effettuato il "doppio" versamento, la

---

[18] Cass. civ., sez. IV, ord. n. 3410/2015, statuendo anche che se i contribuenti versano solo la prima rata dell'imposta sostitutiva, non possono in seguito modificare l'opzione e, quindi, non hanno più diritto al rimborso di quanto già pagato, oltre a dover corrispondere le ulteriori rate. Si tratta, infatti, di «un atto unilaterale dichiarativo di volontà» che, ex art. 1324 ss. c.c., «non può essere revocato». Nella circ. n. 35/2004, del resto, la prassi aveva già indicato che al momento del pagamento della prima rata l'obbligazione tributaria si perfeziona per l'intero importo e ciò pur se il contribuente prescelga il pagamento rateale, conseguendo che andranno a ruolo le ulteriori rate non versate.

[19] Art. 7, comma 2, lett. *e*) ss., d.l. n. 70/2011. Al proposito, l'AdE nella circ. n. 1/E/2021 aveva indicato che, rispetto all'ipotesi di una nuova perizia dei beni detenuti alla data del 1° gennaio 2021, era «possibile scomputare dall'imposta sostitutiva dovuta, eventualmente già versata in occasione di precedenti procedure di rideterminazioni effettuate con riferimento ai medesimi beni».

[20] Cfr. G. Rizzi, *La rideterminazione del valore delle partecipazioni societarie (non negoziate in mercati regolamentari)*, in *federnotizie.it*, 30 luglio 2021.

[21] D.l. n. 34/2020.

[22] AdE, circ. n. 1/E cit.

[23] Ai sensi dell'art. 38, d.P.R. n. 600/1973.

ISSN 2036-7821

cui decorrenza inizia, quindi, dalla nuova rivalutazione e nel limite massimo dell'imposta dovuta[24].

3. La cessione di partecipazioni, la diminuzione o l'annullamento di plusvalenze, le ipotesi di risparmio fiscale legittimo.

Inquadrata in breve l'opzione fiscale in disamina, le cui "ricadute" riguardano sia le imposte dirette sia quelle indirette, nonché tenendo presente che il trasferimento delle partecipazioni può rilevare sia autonomamente sia nell'ambito di un più complesso programma negoziale, se ne provano a segnalare gli eventuali risvolti nella prospettiva dell'*art. 10-bis, l. n. 212/2000*[25] quanto alle operazioni di affrancamento[26] compiute da contribuenti persone fisiche.

Nella specie, il fenomeno potrebbe emergere rispetto ad accertamenti su operazioni ove, *post* rivalutazione, i soci abbiano ceduto le partecipazioni detenute conseguendo un illegittimo risparmio fiscale dato dalla diminuzione o dall'annullamento delle plusvalenze.

Le transazioni, infatti, possono esser compiute a seguito di cessione delle quote a opera di soci, il cui prezzo è versato dall'acquirente prelevando (direttamente o indirettamente) l'importo dalle riserve di utili della società ceduta oppure con operazioni "circolari", su cui si ritornerà di qui a poco.

In ogni caso, prima di procedere a esaminare le distinte fattispecie, appare indispensabile ribadire l'obiettivo perseguito dal legislatore tributario attraverso la rideterminazione[27], ovvero quello di favorire lo scambio di azioni/quote affinché, rispetto al componente positivo di reddito da ciò risultante, si realizzino gli "effetti" dovuti dall'incremento del loro costo (fiscale), nuovamente valutato, come risultante

[24] AdE, circ. n. 1/E cit.

[25] ***In merito***, tra i molti Autori, M. NUSSI, *Abuso del diritto: profili sostanziali, procedimental-processuali e sanzionatori*, in *Giust. trib.*, 2009, 323 ss.; M. PIERRO, *Abuso del diritto: profili procedimentali*, in *Giust. trib.*, 2009, 410 ss.; G. MARONGIU, *Abuso del diritto, poteri di accertamento e principio di legalità*, in *Corr. trib.*, 2009, 3631 ss.; M. BEGHIN, *Abuso del diritto, giustizia tributaria, e certezza dei rapporti tra fisco e contribuente*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, II, 408 ss.; G. FRANSONI, *Appunti sull'abuso del diritto e valide ragioni economiche"*, in *Rass. trib.*, 2010, 932 ss.; F. TESAURO, *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano*, in *Dir. prat. trib.*, 2012, 10683 ss.; F. GALLO, *La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale*, in *Rass. trib.*, 2015, 1315 ss.; A. CONTRINO, *La trama dei rapporti tra abuso del diritto, evasione fiscale e lecito risparmio d'imposta*, in *Dir. prat. trib.*, 2016, I, 1407 ss.; E. DELLA VALLE - V. FICARI - G. MARINI (a cura di), *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Torino, 2016; C. BUCCICO, *L'abuso del diritto o elusione fiscale: clausola generale nel diritto tributario*, in *Riv. dir. impr.*, 2016, 27 ss.; G. CORASANITI, *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 2016, 465 ss.; S. CIPOLLINA, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, Agg., V, Torino, 2017,15 ss. Sulla rilevanza autonoma in materia fiscale dell'istituto, sia consentito il rinvio a L. LETIZIA, *Sull'abuso del diritto o elusione fiscale illegittima: sintetiche note critico-ricostruttive*, in A.A.V.V., *Studi in onore di Francesco Tesauro*, in corso di stampa.

[26] Su quest'aspetto, G. MAISTO, *Rivalutazione delle partecipazioni al test dell'abuso del diritto*, in *Riv. dir. trib. suppl. online*, 3 ottobre 2019; F. GALLIO, *Un'operazione di vendita di partecipazioni rivalutate non può essere qualificata come abusiva del diritto*, in *il fisco*, 2020, 18, 1781 ss.

[27] Artt. 2, comma 2, d.l. n. 282/2002; art. 7, comma 2, d.l. n. 70/2011.

ISSN 2036-7821

dall'accennata perizia, che ne sostituisce quello di acquisto per determinare le plusvalenze emergenti dall'alienazione, non rilevando rispetto a fattispecie rientranti tra i redditi di capitale[28].

L'operazione – come da tempo ha chiarito la prassi – determina, d'altronde, un mero depauperamento patrimoniale dell'ente[29], mentre colui che vi subentra (in tutto o in parte), persegue un interesse imprenditoriale e, quindi, rivolto a portarne avanti l'attività e mantenerla produttiva[30]. Il *regime fiscale di favor* rileva, perciò, ai soli effetti della determinazione di che trattasi e la rivalutazione, con susseguente cessione delle partecipazioni, assume rilievo esclusivo ai fini dei rediti diversi.

La riduzione della plusvalenza che da tanto consegue dovrebbe, pertanto, escludere, almeno in linea di principio, l'apertura di contenziosi per supposte condotte elusive di soci persone fisiche che dall'affrancamento traggano "benefici"; l'opzione, peraltro, è stata introdotta da tempo nel nostro ordinamento e, come premesso, riproposta da ultimo. Se tali soggetti rivalutano le proprie partecipazioni e le cedono a terzi osservano, quindi, l'art. 10-*bis*, comma 4, Statuto dei diritti del contribuente, che gli permette – tra *diversi regimi opzionali e differenti operazioni comportanti un differente carico fiscale* – di scegliere liberamente quelli che preferiscano[31].

Tal è l'interpretazione della Suprema Corte, intervenuta sull'applicazione dell'istituto rispetto a una vendita di quote significativamente rivalutate a favore di una società controllata, ove il cedente non imprenditore aveva conseguito il "vantaggio" corrispondente.

Il giudice di legittimità ne ha reputato, infatti, "***non elusivo***" il comportamento[32] che, nel caso di specie, era consistito nell'iniziale detenzione di quote in una società estera e, poi, nella cessione a una italiana solo due giorni prima della distribuzione dei dividendi a favore di quest'ultima da una partecipata, con cui aveva pagato il corrispettivo.

Per l'Amministrazione finanziaria, invece, si trattava di una fattispecie elusiva delle imposte sui dividendi societari, dato che il contribuente li aveva percepiti a diverso titolo, ovvero quale corrispettivo della cessione e, per di più, li aveva rivalutati per essere incisi dall'aliquota dell'imposta sostitutiva.

---

[28] Ossia, recesso, esclusione, riscatto, riduzione del capitale, liquidazione della società (art. 47 Tuir).

[29] Circ. 12/E/2002.

[30] AdE, risposta all'interpello n. 156 del 25 marzo u.s., ove ha indicato la non abusività della cessione di quote compiuta beneficiando della rivalutazione con pagamento del prezzo nel tempo da parte degli acquirenti con i dividendi tassati che la società produrrà.

[31] Più ampiamente, sulla *ratio* che presiede le disposizioni fiscali agevolative e i principi dell'ordinamento che, mancando, implicano un'indagine antiabuso rispetto al vantaggio ritratto dal contribuente e alla "sostanza" delle operazioni economiche, cfr. A. CONTRINO, *La trama dei rapporti tra abuso del diritto, evasione fiscale e lecito risparmio d'imposta*, in *Dir. prat. trib.*, 2016, I, 1407 ss.

[32] Cass. civ., Sez. trib., ord. n. 24839/2020.

ISSN 2036-7821

La Cassazione, tuttavia, ribadisce che affinché si configuri in un'operazione societaria una fattispecie abusiva è dirimente l'elemento predominante e assorbente di voler eludere il fisco; deve, cioè, trattarsi di un'operazione che difetti di una "valida ragione economica" per l'ottenimento di un "risparmio d'imposta indebito" (comma 2, lett. *b*, art. 10-*bis*).

Il divieto di comportamenti illegittimamente elusivi, quindi, non interviene se quello del contribuente può essere spiegato da "ragioni diverse" dal "mero conseguimento" di una riduzione del carico fiscale, *occorrendo* «*garantire sempre la libertà di scelta tra diverse operazioni*».

Il fatto che il socio, nel caso di specie, avesse ceduto a una società di capitali la propria partecipazione (rivalutata), è stato reputato quale elemento decisivo per considerare l'operazione: non si trattava di un trasferimento fittizio del pacchetto azionario – circostanza, questa, che avrebbe integrato un meccanismo abusivo, teso a nascondere l'effettiva capacità contributiva del cedente – ma lo stesso non era più nella sua disponibilità consentendogli l'accesso al regime agevolato.

In merito all'operatività della disciplina antiabuso e rispetto a quanto in esame, il giudice di legittimità, invero, era già intervenuto[33] statuendo, tra l'altro, che non assume rilievo rispetto a contestazioni di tal tipo neppure il fatto che la cessione di azioni sia avvenuta poco prima della distribuzione dei dividendi e il versamento del corrispettivo al momento della distribuzione ai soci della cessionaria delle azioni rivalutate. Pur se alla Suprema Corte ne appare «*sospetta la tempistica*», *si tratta, pur sempre, di* «*una scelta*» del contribuente che, nonostante «*singolare*», *non* può essere «*assiomaticamente collegata a un esclusivo intento elusivo dell'intera operazione di cessione delle partecipazioni societarie*». Da qui, diversamente, da quanto aveva sollevato l'Agenzia delle Entrate e, poi, confermato il giudice di seconde cure – ossia che lo schema si rivolgeva «a nascondere l'effettiva capacità contributiva» del socio uscente – la Corte fa assumere al risparmio d'imposta rilievo nodale, reputandolo legittimo (art. 10, comma 4, art. cit.), e invita il giudice del rinvio a riesaminare *in toto* la finalità perseguita dal contribuente, non rapportabile automaticamente a una fattispecie abusiva, presente solo laddove l'operazione, attraverso un "uso distorto" di una norma che la preveda, si rivolga a ottenere, in carenza di "valide ragioni extra-fiscali", un vantaggio economico "indebito"[34].

[33] Cass. civ., Sez. trib., ord. n. 24839 cit. Per un puntuale commento, C. BONAZZA - R. CORDEIRO GUERRA, *Rivalutazione delle partecipazioni e successiva cessione delle quote: la Cassazione conferma la legittimità del risparmio d'imposta nei casi di corrispettivo pagato con dividendi provenienti dalla società ceduta*, in *Riv. dir. trib. suppl. online*, 11 dicembre 2020.

[34] Sul punto A. CONTRINO - A. MARCHESELLI, *Art. 10-bis, legge n. 212/2000 – Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale*, in C. GLENDI - A. CONSOLO - A. CONTRINO (a cura di), *Abuso del diritto e novità sul processo tributario*, Milano, 2016, 242.

ISSN 2036-7821

4. L'abuso del diritto e le operazioni di LCO.

Ciò, tuttavia, potrebbe emergere nelle operazioni di *Leverage Cash Out*[35] – una tipologia peculiare di riorganizzazione delle società di capitali – mediante la quale i soci di una, c.d. *target*, rivalutano le partecipazioni detenute (corrispondendo l'imposta sostitutiva), per poi cederle a una *holding*, all'uopo costituita, dagli stessi partecipata nelle stesse percentuali della prima. Gli stessi incassano, poi, il prezzo della cessione dalla società *veicolo*, corrispondente agli utili che questa distribuisce alla *bersaglio*, conseguendo, per tale via, un vantaggio fiscale considerevole da valutare in base alla disciplina del divieto dell'abuso del diritto.

L'operazione di acquisto, peraltro, avviene "a debito"[36]; la *new company*, infatti, non dispone delle risorse finanziarie per acquistare la *target* e il rimborso avverrà, sostanzialmente, con la distribuzione degli utili della società ceduta[37].

Lo "schema" chiaramente "monetizza" riserve di utili del patrimonio (netto) della prima società quando i soci cedono le partecipazioni (*post* rivalutazione) all'altra e ciò potrebbe determinare comportamenti abusivi se l'operazione presenta una "sostanza economica circolare"[38] (*i.e.*: una cessione a sé stessi). Non si determina, difatti, un disinvestimento effettivo; ciò che si vuole ottenere è un vantaggio fiscale, contrario allo scopo dell'istituto e, dunque, potenzialmente indebito, in quanto rivolto, piuttosto, a incentivare la circolazione in questione.

L'operazione, in sostanza, potrebbe essere finalizzata al solo fine di "rimpiazzare" la tassazione dei dividendi con quella delle plusvalenze (incise dal regime privilegiato), occorrendo valutare attentamente ciò, nonché considerando che la società *veicolo* non si caratterizza per avere una funzione economica "autonoma".

Nondimeno le osservazioni, alla luce degli elementi costitutivi dell'abuso del diritto, ricorrerebbero in un'altra operazione finanziaria che, nella prassi, si esprime con molte "rappresentazioni", e che determina, anch'essa, "circolarità". Si tratta del *Leveraged By-Out* attraverso cui e, tra l'altro[39], qualora *Merger*, per acquisire il

---

[35] Sull'operazione, P. CEPPELLINI - I. MACELLARI, *Leveraged Cash Out in caso di previa rivalutazione di partecipazioni*, in *Fisco Oggi*, 2002, 133 ss. Più di recente, G. ALBANO, *Il leverage cash out all'esame della disciplina anitiabuso*, in *Gest. straord. impr.*, 2016, 136 ss.; L. MIELE, *Cessione di quote rivalutate e operazioni concatenate e a rischio di elusione, ivi*, 2018, 121 ss.; G. MAISTO, *Rivalutazione delle partecipazioni al test dell'abuso del diritto*, in *Riv. dir. trib. suppl. online*, 3 ottobre 2019; M. LEO, *Leverage Cash Out: l'abuso non è automatico*, in *Corr. trib.*, 2020, 327 ss.; T. TASSANI, *Leverage cash out e abuso del diritto*, in *Dir. prat. trib.*, 2021, 81 ss.

[36] Usualmente pagata con prestito bancario contratto dalla società *veicolo* che, poi, anche in modo dilazionato, ripaga all'incasso dei dividendi della ***target***.

[37] La descrizione riprende lo "schema" base dell'operazione. Su sue possibili "varianti", tra l'altro, C.T.P. Vicenza, n. 735/2016, C.T.P. Bergamo, n. 576/2017; C.T.P. Reggio Emilia, n. 182/2018; C.T.R. Lombardia, n. 2236/2018; C.T.P. Forlì, n. 89/2018, C.T.P. Padova, n. 48/2019.

[38] ASSIONIME, circ. n. 21/2016, secondo cui una fattispecie abusiva è "circolare" quando «gli atti posti in essere non determinano una modificazione significativa dell'assetto giuridico-economico preesistente del contribuente e le scelte compiute determinano, in sostanza, effetti prettamente fiscali».

[39] Sulle diverse modalità con cui possono svolgersi le operazioni di LBO, tra i moliti Autori, cfr. P. CARRIÉRE, *Dal merger leveraged by out al (de-merger) de-leveraged sell out*, in *il fisco*, 2012, 78 ss.; P. MANDARINO, *Il DLBO*

ISSN 2036-7821

controllo di una *company target* si costituisce una *newco* con un ridotto capitale sociale e questa, a sua volta, si rivolge a un finanziatore per ottenere un prestito con il quale acquistare partecipazioni (rivalutate), assumendone il controllo. La *target*, delibera, poi, la fusione per incorporazione della *newco* e il finanziamento dell'acquirente è restituito con gli utili prodotti mediante la *bersaglio*, ottenendone la detassazione.
In tal caso, come chiarito dalla prassi[40], si è di fronte a una fattispecie abusiva precisando, comunque, che il vantaggio fiscale indebito emerge solo quando il pagamento è effettivamente incassato dal cedente[41]. L'operazione potrebbe, invece, essere comunque presidiata da valide ragioni economiche, non marginali, extra-fiscali, che se l'Amministrazione non reputa non presenti è tenuta a provare[42]; le stesse, infatti, potrebbero rispondere a motivazioni di carattere organizzativo, di ristrutturazione o riorganizzazione aziendale, per ottenere sì una tassazione ridotta dei dividendi ma rivolgendoli a investimenti per nuove opportunità di *business*.
In merito, la Suprema Corte[43] – intervenuta rispetto a un'operazione di cessione di partecipazioni rivalutate[44] compiuta da fratelli a favore di una società neo costituita, dagli stessi partecipata e avente quale oggetto sociale principale attività di *holding* di partecipazioni industriali, il cui acquisto era stato sostenuto con un finanziamento infruttifero concesso alla *newco*, che sarebbe stato poi restituito con la distribuzione dei dividendi – non ha fatto assumere rilievo basilare alla circolarità dell'operazione per valutarne l'elusività, che ha escluso, ma si è soffermata sulle ragioni extra-fiscali riferibili (necessità, anche prospettiche, riorganizzative; situazione "personale" dei cedenti).

---

internazionale tra valide ragioni economiche, elusione d'imposta e violazione sulla normativa del transfer pricing, in *Dir. comm. int.*, 2014, 997 ss.; P. BORSANO, *Il lavaraged buyout nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015; G. SALATINO, *Rassegna di giurisprudenza. Le operazioni di fusione a seguito a seguito di acquisizione con indebitamento (merger leveraged by out)*, in *Giur. comm.*, 2018, 363 ss.; F. CARRIOLO, *LBO: disapplicazioni dei vincoli e valutazioni antiabuso*, in *il fisco*, 2020, 4357 ss.

[40] In caso contrario, l'onere grava sul contribuente. *Principio di diritto* n. 20/2019.

[41] La Corte nell'ord. n. 914 del 22 marzo u.s. ha confermato che l'imposta sostitutiva, da versare in conseguenza della rivalutazione, rientra nella base imponibile del reddito societario (o dell'ente) solo «nell'ipotesi di effettiva distribuzione ai soci (o partecipanti) del saldo attivo di rivalutazione, iscritto in riserva al netto dell'imposta sostitutiva», confutando le argomentazioni dell'amministrazione finanziaria che aveva considerato «l'elemento di diversificazione intercorrente tra la fattispecie di distribuzione e quella di affrancamento». Ciò, in quanto, solo nel primo caso per l'amministrazione deve recuperare a tassazione ordinaria l'intero ammontare della rivalutazione, costituito dal saldo attivo di questa, oltre che dall'importo già versato a titolo d'imposta sostitutiva. In senso conforme, Cass., Sez. V, n. 9509/2018; n. 21886/2021.

[42] In tema F. PAPARELLA, *Il procedimento di contestazione dell'abuso del diritto*, in L. CARPENTIERI (a cura di), *L'abuso del diritto. Evoluzione del principio e contesto normativo*, Torino, 2018, 53 ss.

[43] Ord. n. 25131/2021. Cfr., altresì, Cass. civ., V Sez., nn, 439/2015 e 866/2019.

[44] Ai sensi dell'art. 6-*bis*, d.l. n. 355/2003.

ISSN 2036-7821

Diversamente riteneva l'Agenzia delle Entrate, per la quale l'operazione aveva, sostanzialmente, lo scopo della (quasi completa) detassazione dei dividendi incassati dalla nuova società (esenti da imposizione per il 95 per cento)[45].

A un livello interpretativo più ampio, l'amministrazione finanziaria ritiene che la *ratio legis* della rivalutazione non sia osservata ogni qualvolta il "risparmio" ritratto sia "indebito"[46] e, dunque, determini una fattispecie abusiva, trasformando in plusvalenze eventuali dividendi della società *target* attraverso la società *veicolo*. Il valore della partecipazione detenuta da persone fisiche nella prima viene tassato con l'imposta sostitutiva, mentre gli utili percepiti nel momento anzidetto, partecipano ai fini Irpef alla determinazione dell'imponibile quali redditi di capitali sottoposti a tassazione ordinaria. Laddove non si concretizzi un disinvestimento reale dei soci uscenti l'operazione risulta priva di "sostanza economica", inidonea a produrre effetti significativi differenti dal mero vantaggio fiscale, il cui indice è desumibile dall'utilizzo non conforme degli strumenti giuridici alle "normali logiche di mercato" (comma 2, lett. *a*, art. 10-*bis*).

Il trasferimento di partecipazioni rivalutate alla *newco*, in concreto, è solo "apparente", manca di valide ragioni economiche/riorganizzative, non è compiuto attraverso un'operazione di conferimento (art. 117, comma 2, Tuir).

La giurisprudenza di legittimità, invece, ha confermato la liceità di queste operazioni[47], ricorrendone i presupposti, avendo riguardo alla finalità della rivalutazione e, dunque, possibili contestazioni di abusività vanno valutate sul fondamento delle "motivazioni" a supporto che i contribuenti possono offrire per la non applicabilità della disciplina antielusiva.

5. Conclusioni.

[45] In ragione del regime PEX (art. 87 Tuir), applicabile anche ai soggetti passivi Ires (art. 73 Tuir), previa sussistenza di dettagliati requisiti del cedente le partecipazioni, oltre che rientranti in specifiche categorie (strumenti finanziari, ulteriori "diritti", *etc.*), previamente verificati (artt. 58 - 87 Tuir). In ogni caso, le plusvalenze che generano esenzione nella *partecipation exemption* sono quelle realizzate attraverso cessioni onerose, assegnate ai soci, destinate a finalità estranee all'esercizio d'impresa, e derivanti dal conferimento e scambio con permuta più trasferimento estero della sede, a meno che i componenti dell'azienda o il complesso di essi non confluisca in una stabile organizzazione italiana (artt. 9, comma 5; 166, comma 1, d.P.R. n. 917/1986). Nell'ipotesi di distribuzione di somme in ragione di recesso, liquidazione, riduzione del capitale sociale, il regime interviene alle stesse condizioni di cui all'art. 86 Tuir (per il richiamo del comma 6, art. 87, Tuir, al comma 5, art. 86). Per un'analisi della disciplina, cfr. F. PEDROTTI, *Cessioni di aziende e di partecipazioni sociali nel reddito d'impresa ai fini dell'Ires*, Milano, 2010, 71 ss.; A. VIOTTO, *Il regime tributario delle plusvalenze da cessione*, Torino, 2013, *passim*. Sulla natura "strutturale" della PEX, in particolare, F. TESAURO, *La Partecipation Exemption e i suoi corollari*, in *Trib. impr.*, 2003, 122 ss.; L. CARPENTIERI, *Le prospettive evolutive dell'Ires: la partecipation exemption*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, 372; F. PEDROTTI, *Cessioni di aziende e di partecipazioni sociali nel reddito d'impresa ai fini dell'Ires*, cit., 112. Per una diversa lettura, A. FEDELE, *La nuova disciplina dell'Ires: i rapporti fra soci e società*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, 455 ss.; A. FANTOZZI, *La nuova disciplina dell'Ires: i rapporti di gruppo*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, 489 ss.

[46] Oltre al principio di diritto cit., cfr. risposte a interpelli nn. 537 e 242, rispettivamente del 2019 e 2020.

[47] Ord. nn. 24839 cit. e 25131/2021.

ISSN 2036-7821

A ben guardare, i disconoscimenti degli "esiti" di operazioni circolari con conseguente risparmio d'imposta (*i.e*: regime fiscale sostitutivo), che la prassi usualmente contesta si riferiscono, per lo più, alla trasformazione di redditi di capitale in redditi diversi, sterilizzati dalla possibilità di affrancare il valore delle quote. Le modalità con cui le operazioni si effettuano sono riportate nell'ampio ambito dell'abuso del diritto quando rivolte a ottenere principalmente un risparmio fiscale eludendo, come detto, l'imposta sui dividendi (non percepiti), corrispondenti al prezzo della cessione delle partecipazioni.

Pur tuttavia, non può esser messa da parte la valutazione sul "come" le operazioni si disarticolano e sulle "ragioni" che le sostengono; se la società acquirente, ceduta poi a terzi, lo fa per portare avanti un "progetto" (cedendo, appunto, partecipazioni), da ciò non può prescindersi e occorre una verifica sulla presenza o meno dell'intento elusivo.

Sussiste o non sussiste l'esclusiva finalità di conseguire un risparmio d'imposta non sorretto da altre giustificazioni economiche che giustifichino l'operazione? Sussistono "obiettivi" diversi che hanno comportato il trasferimento (finale) delle partecipazioni?[48]

La Cassazione ha attribuito fondamentale rilievo alle ragioni extra-fiscali anche e, tra l'altro, in un ulteriore arresto[49] e non avvallando, pure in questo caso, la tesi dell'amministrazione finanziaria, affermando la liceità del comportamento del contribuente; non ravvisando, quindi, un indebito risparmio d'imposta poiché quest'ultimo aveva dimostrato la presenza concreta di esigenze di ristrutturazione del gruppo societario.

Le interpretazioni dell'Agenzia delle Entrate, invero, vanno ricondotte ad ambiti applicativi circoscritti. Si pensi, ancora, al caso ove l'operazione circolare si concretizzi trasferendo quote rivalutate a una società in cui i soci siano gli stessi e che poi le cedano a un'altra ma, terminata l'operazione, quest'ultima è incorporata nella società originariamente ceduta[50]. Da ciò, l'incorporante avrà nell'attivo di stato

[48] Il carattere abusivo, in conformità con l'indirizzo espresso dalla Cassazione (*ex multis*., Sez. V, sent. nn. 10257/2008; 1372/2011, 2073/2021), con possibile disconoscimento dall'Amministrazione finanziaria, interviene – come noto – se si è di fronte a operazioni che, pur rispettose del diritto nazionale e unionale, si realizzano allo scopo prevalente di ottenere benefici fiscali contrastanti con la *ratio* delle disposizioni che prevedono un tributo o agevolazioni/esclusioni, conseguendo che esso va escluso solo in compresenza di non marginali valide ragioni extra-fiscali che, non necessariamente, s'identificano in una redditività immediata dell'operazione (Cass. civ., sez. V, n. 21390/2002), ma rispondono a ragioni organizzative e determinano un miglioramento dell'azienda del contribuente (sent. nn. 1372/2011; 4604/2014).

[49] Ord. n. 7319/2020.

[50] La fusione "inversa", pur non disciplinata, quanto meno espressamente ai fini delle imposte sui redditi, è sottoposta all'art. 172 Tuir che prevede la "neutralità" fiscale dell'operazione per la partecipante e i suoi soci. Nella risol. n. 111/E/2009, l'AdE ha consentito che la controllata-incorporante possa riallineare, ex art. cit., comma 10-*bis*, Tuir, i maggiori valori dei beni posseduti, verificandoli preventivamente sulla scorta dei limiti e presupposti che sarebbero intervenuti in una fusione diretta. Quella in commento determina, peraltro, che pure

ISSN 2036-7821

patrimoniale azioni proprie con cambiamenti della compagine ma la "scelta" può essere stata fatta per svariate ragioni extra-fiscali che, nella maggior parte dei casi, giustificano il ricorso allo schema negoziale della cessione di partecipazioni a una *newco*.

Alla stessa conclusione si dovrebbe pervenire quando la compagine finale sia rappresentata da soci già presenti in quella iniziale, purché ruolo e livello di partecipazione non sia lo stesso[51].

L'Agenzia delle entrate, invece, ravvisa in queste ipotesi il non rispetto delle regole del recesso tipico legale (o consensuale), operazione che, invero, ha un ambito di realizzabilità circoscritto sia dalle norme codicistiche sia dalle clausole statutarie; inoltre, non dovrebbe essere considerata necessariamente "abusiva" una cessione di partecipazioni solo perché vi è l'alternativa (con maggiore tassazione) dell'altra figura negoziale, finendo con l'impedire al contribuente la scelta tra due opzioni lecite.

Ciò che è opportuno valutare è, dunque, la reale, sostanziale, motivazione che guida le modalità con cui le operazioni si eseguono; la realizzazione degli "obiettivi" verso cui le stesse s'indirizzano devono essere coerenti con quello principale, economico e/o organizzativo.

Se, all'interno di tale contesto, vi fossero le "condizioni" per applicare una previsione agevolativa, non dovrebbero negarsi i "benefici" poi ottenuti sulla base dell'art. 10-*bis*. Per cui, solo una valutazione degli "interessi" relativi a ciascun "caso" e una

---

gli eventuali componenti reddituali che potrebbero conseguire acquistando e, poi, annullando, azioni proprie derivanti dall'incorporazione della partecipante a opera della partecipata, siano fiscalmente "neutri" ex art. 91, comma 1, lett. *c*), Tuir. La norma dispone, infatti, che dalla formazione del reddito d'impresa tassabile ai fini Ires va esclusa «la differenza positiva o negativa tra il costo delle azioni annullate e la corrispondente quota del patrimonio netto». Cfr. D.R. Emilia-Romagna, risol. n. 2518/2000, laddove ha altresì precisato: «la differenza negativa come conseguenza dell'eventuale successiva operazione di annullamento di azioni proprie, contestuale alla riduzione del capitale sociale dell'incorporante, è una differenza negativa ex art. 99 Tuir» (attuale art. 91). Quanto al trattamento fiscale delle riserve in sospensione d'imposta iscritte, eventualmente, nell'ultimo bilancio delle società fuse, interviene l'art. 172, commi 5 - 6, Tuir. In tale prospettiva, non si applicano alla fusione "inversa" le regole fiscali corrispondenti del tutto all'altra, rispetto agli elementi dell'attivo e del passivo, oltre che alla "struttura" del patrimonio netto. Sugli aspetti riferiti agli obblighi relativi alla ricostituzione delle riserve in sospensione d'imposta nel patrimonio della società risultante dalla fusione, AdE, risol. n. 62/2017. Sulla "neutralità" fiscale della predetta, da tempo, G. FALSITTA, *Studi sulla tassazione delle plusvalenze*, Milano, 1991, 44 ss. Cfr., altresì, R. LUPI, *Sostanza economica dei conferimenti e loro estraneità concettuale rispetto alla produzione di nuova ricchezza*, in ID. - D. STEVANATO (a cura di), *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2002, 89 ss.; A. TURCHI, *Conferimenti e apporti nel sistema delle imposte sui redditi*, Torino, 2008, 126 ss.

[51] Si segnala, *a contrario*, una recentissima decisione della CTR di Roma, Sez. III, la n. 1192/2022 che, statuendo la non elusività di un'operazione, ha accolto le eccezioni formulate dai contribuenti (coniugi) rispetto a quanto sostenuto dall'Agenzia delle Entrate, poiché idonee a provare la presenza di ragioni extra-fiscali a supporto di una riorganizzazione di due società riunite "verticalmente" e realizzata attraverso l'acquisto del pacchetto azionario di una di quello dell'altra, acquisendo sotto forma di dividendi gli utili della prima (costituiti dal canone di locazione), e conseguente miglioramento, dimostrato attraverso documenti contabili, dei bilanci ("ragioni economiche"), oltre che relativo risparmio fiscale, put non variando per nulla il controllo della prima società dopo la cessione delle quote, se non da "diretto" a "indiretto".

ISSN 2036-7821

visione del concreto svolgersi delle operazioni potranno stabilire quando uno "schema" realizzato sia o meno elusivo, tenendo conto che non è dirimente neppure l'opzione, alternativa alla cessione, del conferimento di partecipazioni alla società *veicolo*. Il "modello" dell'abuso, difatti, potrebbe comunque emergere (ad es., con riduzione del capitale sociale o distribuzione della riserva sovrapprezzo della *newco* dopo l'incasso dei dividendi a opera della *target*).

Concludendo, all'interprete devono esser riconosciuti "margini" d'intervento, in ragione delle considerazioni esposte, in modo tale che il contribuente sia sottoposto alla "giusta imposta". Troppo spesso, infatti, le interpretazioni dell'amministrazione finanziaria conducono all'applicazione della "soluzione" fiscale più onerosa.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Eccesso di potere giurisdizionale, fuga dalla legge e ricorso ai poteri impliciti: gli equivoci della semplificazione del giudizio e della elasticità delle decisioni della Corte costituzionale in materia di tutela della salute

di Mariaconcetta D'Arienzo

(Professoressa associata di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope")

Sommario

1. Inquadramento del tema e delimitazione del campo di indagine. 2. Il processo costituzionale e la visione della giustizia costituzionale. 3. Definizione del ruolo e delle modalità di intervento della Corte costituzionale: discrezionalità legislativa e limiti all'esercizio del potere giurisdizionale con particolare riferimento al diritto alla salute. 4. Egemonia statale e ridefinizione del ruolo delle Regioni in materia sanitaria. 5. L'eccesso di potere giurisdizionale come vizio della funzione: considerazioni critiche sulla (presunta) irresponsabilità della Corte costituzionale e sulla insindacabilità della decisione di ultima istanza. 6. Conclusioni.

Abstract

The essay analyzes the excess of judicial power, as a defect of the function, which is configured not only in the case of absolute or relative defect of jurisdiction, but also in the hypothesis of illegitimacy of the exercise of the power itself due to encroachment of the same in areas unrelated to the jurisdiction of the Constitutional Court. On the assumption, therefore, that the Court, as a court of last instance, cannot escape the system of liability, the investigation highlights the risks of a minimalist approach in judgments in which fundamental rights and their protection are highlighted, the survey assumes the revision of article 137 Cost. as the only remedy for the lack of control and opposition to the usurpation of power and legislative function and also, in the future, a stimulus for the initiation and development of forms of consultation inspired by the principle of loyal collaboration.

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

1. Inquadramento del tema e delimitazione del campo di indagine.

In un saggio del 1958 Ottaviano[1] riprendendo il pensiero di Santi Romano[2] ha chiarito che qualsiasi ordinamento esiste se ed in quanto ci sia «una forza che renda effettivi i precetti che lo costituiscono (…) da riportare (oltre che) alla volontà di coloro che agiscono proponendosi di attuar(li)», soprattutto alla volontà normativa (ossia alla vincolatività della norma cogente) per la soggezione dei soggetti attuatori e delle decisioni alla legge nella consapevolezza di quanto ambiguo e pericoloso possa essere l'esercizio di un potere formalmente giurisdizionale ma sostanzialmente normativo per il mantenimento dell'equilibrio istituzionale.

Tale suggestione offre uno spunto per indagare l'eccesso di potere giurisdizionale, ossia quella particolare ipotesi di sviamento del potere che consiste in un'indebita attività di produzione normativa, nettamente distinta da quella interpretativa, in quanto creativa della legge nel caso concreto[3].

L'interesse nei confronti del tema nasce dalla constatazione che pur rappresentando un problema tra i più tormentati e controversi di cui non è neanche agevole comprendere la portata risultando addirittura sfuggente, fino al punto di sovrapporsi e confondersi con il difetto (assoluto o relativo) di giurisdizione, esso è stato poco o per nulla arato con riguardo alle sentenze del giudice delle leggi. Le ragioni di tale diffidenza o deferenza si spiegherebbe per la natura discrezionale del potere esercitato tale da riconoscere all'organo un carattere di sovranità e un margine piuttosto ampio di libertà che gli vale l'immunità giurisdizionale.

Investendo la manifestazione o rappresentazione della funzione e, quindi, l'attività che si sostanzia nell'adozione dei provvedimenti da cui dipende l'effettività dei principi, l'indagine si appunta sul rapporto tra la Corte costituzionale, quale giudice di ultima istanza [che «giudica in via definitiva con sentenza» o con «ordinanza dichiara la manifesta infondatezza dell'eccezione di incostituzionalità» sempre via definitiva o ancora, sia pure con alcune peculiarità, decide sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni (c.d. conflitti intersoggettivi), e tra poteri dello Stato (c.d. conflitti interorganici)], le leggi (ordinarie e costituzionali, in considerazione del rango che esse occupano nella gerarchia delle fonti) e la Costituzione.

La riflessione, quindi, ha ad oggetto una tematica che attiene "alla" e attinge "dalla" teoria generale allo scopo «di definire l'ampiezza (e, quindi,) i limiti del potere giurisdizionale e di una competenza che (...) pur non attribuita sia dalla Corte considerata implicita perché strumentale, o necessaria o conseguenziale» all'esercizio

[1] V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in *Riv. trim.dir.pubbl.*, 1958, ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1992, p. 91 ss.

[2] S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, 1946, p. 176 ss.

[3] Cass. SS.UU. 1° ottobre 2014, n. 20698; 23 dicembre 2014, n. 27341.

ISSN 2036-7821

della sua funzione[4] espressione di una «sovranità (…) disciplinata, limitata, circoscritta (e che quindi) non può vuol dire assoluta libertà e arbitrarietà del potere statale»5.

Nello Stato di diritto fondato sul principio di legalità la sovranità deve necessariamente conformarsi ai valori, ai principi e ai diritti costituzionali.

Ciò vale per qualsiasi potere pubblico e, a maggior ragione, per la Corte costituzionale la quale per non sfuggire al sistema delle responsabilità non deve beneficiare di "«zone franche» che sono un *vulnus* alla Costituzione"[6].

Tali considerazioni offrono lo spunto per riflettere sulla responsabilità per i danni cagionati ai diritti costituzionalmente protetti dall'esercizio del potere giurisdizionale, una tematica molto delicata ed attuale che intercetta il rapporto tra i poteri dello Stato, ossia tra «creazionismo giurisprudenziale»[7] e attività legislativa. L'attenzione, in particolare, è rivolta ai giudizi che intercettano le questioni inerenti alla salute, in considerazione dell'impatto ordinamentale di decisioni abnormi dal punto di vista strutturale e funzionale integranti un vizio della funzione giurisdizionale (sotto forma di sviamento) che trasmigra nell'incompetenza nei termini che saranno di seguito precisati[8].

La valutazione d'impatto nel processo costituzionale, infatti, assume un rilievo decisivo rispetto alla natura giuridica delle decisioni, al significato del ruolo e dell'attività svolta dalla Corte, ai suoi rapporti con il Parlamento e con la Costituzione (in considerazione della posizione che essa occupa nel sistema delle fonti e della vincolatività delle norme che dettano regole e principi che si indirizzano tanto al legislatore quanto ai giudici).

---

[4]Il virgolettato è tratto da G. MORBIDELLI, *Poteri impliciti. Recensione a Cristiano Celone, la funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012, in *Diritto e società*, n. 1/2015, pp. 223-235. Il tema indagato che intercetta il principio di legalità è stato oggetto di studio soprattutto in ambito pubblicistico con riferimento all'attività della P.A. e del G.A. (Id., *Il principio di legalità e i poteri impliciti*, in *Dir.amm.*, 2007, p. 703 ss.; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; Id., *Le competenze decisorie del giudice amministrativo tra principio di legalità e tecniche di attribuzione in via pretoria di potestà innominate*, in *Dir.proc.amm.*, 2000, p. 453 ss.

[5]Cfr., G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, XIV, Bologna, 2012, p. 18.

[6]L'espressione è tratta da R. BIN, *Chi è responsabile delle «zone franche»? Note sulle leggi elettorali davanti alla Corte*, in *www.robertobin.it*.

[7] Mutuando il titolo di un recente lavoro di P. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff, Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021.

[8] Restando altrimenti oscure le ragioni per cui «un difetto rincarato del potere possa risolversi in eccesso» (F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, p. 34). L'eccesso o sviamento della funzione giurisdizionale denota lo scostamento dai ruoli rispetto al modello ordinamentale, ai valori e agli assetti costituzionali implementati dal diritto europeo.

ISSN 2036-7821

La dottrina che di recente[9] si è occupata del tema ha chiarito che la valutazione d'impatto nelle sue diverse accezioni (ambientale, politico-istituzionale e sociale), consistendo in un'attività ontologicamente diversa da quella spettante al legislatore o ai giudici comuni, si svolge nei limiti delle attribuzioni della Corte.
E se, indubbiamente, essa deve fare i conti con l'instabilità del contesto politico, sociale, ed economico-finanziario di riferimento, certamente con tale attività essa non si può spingere fino al punto di ingerirsi nelle scelte del legislatore, consentendole tutt'al più di ritagliarsi spazi di interpretazione (delle regole e dei principi) e di intervento nell'esercizio del proprio potere discrezionale nel rispetto della Costituzione e dei suoi valori.
La valutazione d'impatto è, dunque, espressione della legittimazione all'esercizio della funzione giurisdizionale, e lo strumento con cui la Corte rafforza il suo ruolo di interlocutore con il legislatore e i giudici comuni, stabilizzando la propria collocazione nel sistema dei poteri costituzionali e nel contesto in cui le decisioni spiegano i loro effetti normativi e temporali.
Se ne desume, quindi, che nelle materie non precluse alla cognizione del giudice costituzionale, l'attività della Corte concorre alla «formazione di un nuovo diritto non legislativo (al fine di) coordinare esigenze e necessità che tutte hanno un fondamento nel campo del diritto»[10] e contribuisce ad attualizzare la Costituzione grazie alla predeterminazione del modello degli effetti normativi e temporali delle decisioni facendo un uso flessibile delle regole e delle categorie processuali.
E se, da un lato, la proliferazione dei moduli decisionali è stata interpretata come una vera e propria «fuga dalla giurisdizione» della Corte per affermare la propria supremazia nei confronti degli altri poteri costituzionali, lo sconfinamento nella discrezionalità legislativa da un lato avvalora la tesi della progressiva politicizzazione del giudizio costituzionale e della funzione, con il rischio di snaturarne le caratteristiche del tutto peculiari[11]. Parallelamente richiama la Corte alle sue responsabilità atteso che essa «non può disinteressarsi delle conseguenze concrete, degli effetti sue pronunce» in considerazione del«(l)'evoluzione della

[9]Cfr., E. CAVASINO, *L'impatto ordinamentale del decisum come fattore di decisione nelle pronunce della Corte costituzionale*, in M. E. D'Amico – F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, ES, 2018, p. 401 ss.

[10] L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali. Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia (a cura di P. Barile, E. Cheli, S. Grassi)*, Bologna, 1982, p. 515.

[11] M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *AIC*, n. 1/2013, p. 5 ss. Id., *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *AIC*, n. 3/2012, p. 10 ss. ha evidenziato i rischi connessi alla scelta di legittimare il ruolo eversivo della Corte e ha chiarito che «la politica ha ancora un suo spazio, ha ancora il compito di identificare tempi e modi della realizzazione del progetto della Costituzione (…)», il che dovrebbe indurre la Corte a fare un passo indietro riportandosi nei confini dell'esercizio del potere giurisdizionale.

ISSN 2036-7821

cultura giuridica ed in generale della società» e dell'impatto politico-istituzionale che le stesse potrebbero avere sui progetti *in fieri* di riforma costituzionale.
Specie per quanto concerne l'assetto delle competenze istituzionali in materia sanitaria dovrebbe prevalere la tendenza alla minimizzazione degli effetti delle pronunce se non al fine di assecondare, quanto meno di non ostacolarne lo sviluppo condizionandone gli esiti[12].
La delicatezza e la precarietà degli equilibri politici-istituzionali in materia di salute impone alla Corte un particolare rigore nella valutazione di impatto della decisione sulla situazione normativa scrutinata.
D'altra parte, il «principio» di flessibilità delle categorie processuali da cui discende il potere di governare gli effetti delle pronunce della Corte non è assoluto, ma anzi conosce precisi limiti (o deroghe) ben precisi.
A seconda delle circostanze, quindi, ad esempio la Corte può graduare gli effetti retroattivi delle sue pronunce (ad es. nei giudizi sulle leggi in via incidentale rispetto alle sentenze di incostituzionalità sopravvenuta o differita) onde evitare le conseguenze del vuoto normativo sul tessuto ordinamentale in seguito alla demolizione della norma dichiarata incostituzionale, pungolando il legislatore a disciplinare nel modo più rapido e opportuno, gli aspetti che abbisognano di una esplicita regolamentazione.
In questo solco si colloca anche la recentissima decisione sul referendum abrogativo dell'art. 579 c.p. sull'omicidio del consenziente dichiarato inammissibile dalla Corte perchè «non sarebbe preservata la tutela minima costituzionalmente garantita della vita umana, in generale e con particolare riferimento alle persone deboli e vulnerabili». Con ciò, la Consulta ha inteso sottolineare che la delicatezza della materia impone di prestare la massima attenzione, prudenza e cautela, in attesa degli sviluppi dell'*iter* di approvazione della legge sul suicidio assistito.
Non meno problematica è la vicenda relativa alla prospettata illegittimità costituzionale dell'obbligo di esibire il super Green pass o Green pass rafforzato per accedere al luogo di lavoro imposto ai sanitari, ai militari e alle forze dell'ordine ex art. 4 del D. L. 1° aprile 2021, n. 44 ss.mm.ii. ed esteso, da ultimo, a tutti i lavoratori over 50 delle aziende pubbliche e private che in mancanza rischiano la sospensione dal lavoro e dallo stipendio pur conservando il posto di lavoro.
L'attuale disciplina, prevede, altresì, la irrogazione di sanzioni anche nei confronti del datore di lavoro che abbia omesso il controllo, nonchè, dal 1° febbraio la condanna al pagamento di una multa all'esito del controllo eseguito da parte

[12] F. SAJA, *Introduzione*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Atti del Seminario di studi tenuto a Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988, Milano, 1989, vol. I, spec. pp. 2-3.

ISSN 2036-7821

dell'Agenzia delle Entrate nei confronti dei lavoratori che si rifiutano di vaccinarsi persistendo l'obbligo fino al 15 giugno p.v.

In attesa che la Corte si pronunci sulla questione sollevata dal TAR Lombardia[13] e dal TAR Lazio[14], nonché sulla legittimità costituzionale dell'obbligo di profilassi imposto dall'Autorità sanitaria militare ex art. 206 bis del Codice Ordinamento Militare sollevata di recente dal Tribunale militare di Napoli con ordinanza del 3 febbraio u.s. in relazione all'art. 32 Cost., ci si prefigura l'impatto delle verifiche costituzionali sull'atteso intervento del Governo di rimodulazione e successivamente di rimozione del Green pass[15], e degli esiti dell'iter di approvazione della legge sul suicidio assistito su cui inevitabilmente peserà il verdetto della Corte costituzionale che ha dichiarato inammissibile il referendum sull'eutanasia e/o della verifica costituzionale della legittimità delle misure impositive dell'obbligo vaccinale. Le fattispecie, per ora solo accennate, dovrebbero stimolare la Corte costituzionale ad attivarsi a ricercare nuove forme di interazione e di dialogo con il legislatore, le Corti sovranazionali ed i giudici comuni.

Diversamente, infatti, la *vis* espansiva della Corte nei confronti degli altri attori istituzionali, implicando un riposizionamento della stessa nel sistema ordinamentale, potrebbe rappresentare un ostacolo alla cooperazione istituzionale.

La Corte, invece, dovrebbe cogliere l'occasione per alleggerire la pressione su di sé aggravata dal fatto che essa non di rado si trova a disagio ed incontra difficoltà sul «se» e «come» decidere e nell'interpretare al meglio il ruolo di custode della

[13] TAR Lombardia, ord. 14 febbraio 2022, n. 192.

[14] TAR Lazio, sez. I-bis, decr. 14 febbraio 2022, n. 919. I giudici amministrativi, rispettivamente, hanno accolto il ricorso di una psicoterapeuta non vaccinata ritenendo irragionevole la sospensione dall'Albo degli psicologi e dal lavoro anche a distanza, e di militari no vax sospendendo l'efficacia dei provvedimenti impugnati, "Previa, ove necessario, disapplicazione dell'art. 2 del Decreto Legge n. 172 del 26.11.2021, convertito in Legge n. 3 del 21.01.2022, recante 'Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19 e per lo svolgimento in sicurezza delle attività economiche e sociali'; previa, ove necessario, remissione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 del decreto legge n. 172 del 26.11.2021, convertito in legge n. 3 del 21.01.2022".

[15] Cfr. Min. Salute ord., 28 aprile 2022 che richiama il d.l. 24 marzo 2022, n. 24 (art. 8) il quale ha disposto l'archiviazione definitiva del Green pass (base e rafforzato) a partire dal 1° maggio u.s., ad eccezione che per l'ingresso nelle RSA fino al 31 dicembre p.v., così come l'abolizione dell'obbligo di indossare le mascherine anche al chiuso a partire dal 15 giugno p.v., la decadenza dell'obbligo vaccinale per over 50, forze dell'ordine e lavoratori delle scuole e dal 31 dicembre p.v. anche per gli operatori sanitari e lavoratori di ospedali e RSA e dell'obbligo di tampone per i visitatori delle RSA che, in assenza del completamento del ciclo vaccinale, potrebbe mettere a repentaglio la salute dei soggetti più deboli. L'abbandono graduale ed inesorabile delle restrizioni anticovid, ivi compreso l'uso dei DPI - solo raccomandati in luoghi potenzialmente molto rischiosi per la salute dei cittadini - rafforza la sensazione - approssimata ormai alla certezza - che il Governo, assalito dall'ansia di uscire al più presto fuori dall'emergenza, ora e anche in futuro finisca per trascurare gli obblighi che postulano il monitoraggio costante ed il controllo dello stato di salute della popolazione (che tra l'altro mai come adesso appare piuttosto sfuggente) esponendosi inevitabilmente alle conseguenze della mancata o ritardata assunzione delle dovute cautele e, quindi, alla responsabilità per i danni da «illecito costituzionale» (mutuando l'espressione di G. LOMBARDI, *Illecito costituzionale e responsabilità del legislatore*, in *Dir.pubbl.comp.eur.*, 2000, p. 1793 ss.).

ISSN 2036-7821

Costituzione portando su di sé il peso della responsabilità di garantire il rispetto dei valori su cui essa si fonda[16].

2. Il processo costituzionale e la visione della giustizia costituzionale.

Risalente, ma sempre attuale è dibattito sulla natura di organo giurisdizionale o politica della Corte alimentato dalla constatazione della conclamata e consolidata autonomia di cui essa gode nel forgiare il processo costituzionale manipolando ed integrando le regole processuali[17] in relazione ai diritti ed agli interessi da soddisfare, all'esito dei giudizi in via incidentale di legittimità delle leggi.

Ad una prima tesi particolarmente rigorosa circa la vincolatività delle regole del giudizio costituzionale tale per cui la Corte non può derogarvi dando, piuttosto, ampio spazio alle richieste delle parti da cui discende l'obbligo della stessa di attivarsi con i poteri istruttori a garanzia della tutela dei diritti costituzionali[18], si contrappone l'altra secondo cui il giudizio è finalizzato alla tutela del diritto costituzionale in cui il ruolo della Corte è egemone al punto da consentirle di modificare, integrare e derogare le regole del giudizio di costituzionalità quando ciò sia indispensabile per ripristinare la legittimità costituzionale nell'interesse generale (al corretto esercizio della funzione), su cui impattano le decisioni[19].

Su tale distinzione, tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90, si sono sviluppate le riflessioni della dottrina a proposito dell'esistenza del processo costituzionale, della natura della giustizia costituzionale e del ruolo della Corte[20] nei giudizi in cui «possono venire in discussione i diritti dei singoli, i quali risultano inseriti in un giudizio di origine che, come tale, richiederebbe una risposta da parte della Corte comunque ancorata ad alcuni capisaldi dell'attività giurisdizionale, prima tra tutte l'eteronimia delle regole del proprio giudizio»[21].

---

[16] Prendendo a prestito le parole di G. LATTANZI, *Frammenti di un novennio (dicembre 2010 - dicembre 2019)*, in *www.questione.giustizia.it* (n. 4/2021) l'obiettivo è appunto quello di diffondere la cultura della Costituzione, farne capire i valori, ma anche la protezione che essa rappresenta per tutti.

[17] G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?*, in G. Cattarino (a cura di), *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano 1990, pp. 105 ss. M. D'AMICO, *Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi*, in *Giur. it.*, 1990, IV, pp. 480 ss.; Id., *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 1991.

[18] M. D'AMICO, *Gli amici curiae*, in *www.questione.giustizia.it* (n. 4/2021).

[19] Di recente sul tema, G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 83 ss.

[20] F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. Barile - E Cheli - S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982; G. ZAGREBELSKY, ivi, p. 19 ss.; C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in AA. VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, cit., p. 63 ss. R. ROMBOLI, *La Corte costituzionale e il suo processo*, in *Foro It.*,1995, parte I, col. 1082.

[21] M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984; R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985; Id. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-1989)*, Torino, 1990; *La giustizia costituzionale a una svolta»*, Atti del Seminario (Pisa, 5 maggio 1990), Torino, 1991.A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli,

ISSN 2036-7821

Significativo, in tal senso è stato lo sforzo profuso per definire il nucleo delle regole processuali cui la Corte deve uniformarsi e che pertanto sarebbero sottratte alla sua disponibilità sia nella fase dell'instaurazione che nello svolgimento del processo, a garanzia della legittimazione della Corte e della sua indipendenza dalla politica, nonché della prevedibilità delle decisioni (e dei loro effetti) emanate all'esito di giudizi su questioni politicamente rilevanti, e a tutela dei diritti fondamentali[22].

Fin dall'inizio, si è posto il problema di confinare la Corte nel suo ruolo evitando illegittimi sconfinamenti negli spazi di decisione riservati al legislatore ed alla sua responsabilità[23] che tuttavia, da questo punto di vista sovente si è dimostrato non all'altezza del compito e sordo alle sollecitazioni della Corte.

Di conseguenza, essa ha assunto un ruolo di primo piano nella tutela dei diritti fondamentali e nella emersione dei nuovi diritti – con la complicità del legislatore il quale ne ha agevolato con il suo comportamento la «fuga in avanti» che investe l'"an", il "quid" e il "quando" della decisione[24].

Il che, naturalmente, ha finito per indebolire la forza vincolante del diritto e delle regole processuali aprendo così il campo ad una applicazione meno formalistica e ad una gestione più elastica delle stesse[25].

1990; M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 1991; Id., *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, 1993; R. PINARDI, *La Corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milano, 1993; E. CATELANI, *La determinazione della «Questione di legittimità costituzionale» nel giudizio incidentale*, Milano, 1993 ha, in proposito osservato che «la giurisprudenza della Corte assume all'interno del giudizio in via incidentale una posizione di centralità al fine di delineare determinati istituti processuali»; T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997. E. CATELANI, *La determinazione della questione di legittimità costituzionale nel giudizio incidentale*, Milano 1993, p. 338. E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*. Atti del Convegno (Siena 8-9 giugno 2007), Torino, 2008; R. BALDUZZI – M. CAVINO- J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*. Atti del Seminario (Stresa 12 novembre 2010), Torino, 2011; V. ANGIOLINI, *Il processo costituzionale vent'anni dopo*, ivi, p. 166 ss.; M. D'AMICO – F. BIONDI, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni»*, Napoli, 2017. G. REPETTO *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017, p. 275.

[22] G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?*, in G. Cattarino (a cura di), *Giudizio "a quo"*, cit.; L. ELIA, *Considerazioni sul tema*, ivi, p. 98. A. PIZZORUSSO, *Uso e abuso del diritto processuale*, in M. Bessone (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino 1996, p. 133.

Più di recente, G. SILVESTRI, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *AIC*, n. 2/2016; 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 Id., (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*,Torino, 2017, p. 10 ss.

[23] G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimita`costituzionale*, Napoli, 2018.

R. BIN, *Chi è responsabile" delle «zone franche»?*, in R. Romboli (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte*, cit., p. 147 ss. G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulla legge*, Napoli, 2017, spec. pp. 49 ss.

[24] In senso contrario, cfr., V. ONIDA, *Relazione di sintesi*, in G. Cattarino (a cura di), *Giudizio "a quo"*, cit., p. 305. Di recente, sul tema, N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *www.federalismi.it* (n.3/2021).

[25] Come evidenziato da R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino, 2017. Id., *Le oscillazioni*

ISSN 2036-7821

Esse, tuttavia, se estremizzate, possono condurre a decisioni in cui le novità processuali - in quanto espressione di un uso scorretto (oltre che in deroga) delle regole e delle categorie processuali mettendone a rischio la stabilità - implicano la negazione dei presupposti (fino al punto di farli venire meno) da cui la Corte trae la propria legittimazione all'esercizio della funzione e allo svolgimento delle corrispondenti attività[26].

Nella maggior parte dei casi si tratta di novità processuali di rilievo in cui, pur avendo la Corte motivato ampiamente la decisione illustrando le ragioni della deroga, tuttavia non di rado sembrerebbe che essa abbia formulato una regola che risulta per lo più ancorata al caso concreto, confinata cioè all'interno di quel giudizio e non invece, come ci sarebbe stato legittimo aspettarsi, la definizione di una regola di più ampia portata ed applicazione che avrebbe potuto giustificare la deroga e, quindi, l'ampliamento della legittimazione e dei poteri esercitabili nel giudizio di legittimità delle leggi[27].

La compresenza delle due anime, giurisdizionale e politica, non ha impedito alla dottrina di scorgere la prevalenza dell'una sull'altra nelle decisioni "derogatorie" della Corte; tale significativo squilibrio, inoltre, pone da sempre il problema di verificare volta per volta la sussistenza delle condizioni che possano giustificare la latitudine dell'intervento nei giudizi di legittimità in via incidentale delle leggi[28] e l'impatto sul processo costituzionale.

Ciò è quanto è emerso in seno al dibattito risalente all'epoca fascista[29] e che via via ha preso corpo e si è sviluppato fino ai giorni nostri, alimentato dall'estrema varietà di giudizi definiti con pronunce di rilevante impatto politico, economico e sociale che sfuggono al controllo della Corte nonostante il ricorso alla modulazione degli effetti temporali delle decisioni[30].

---

della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa, in *AIC*, n. 3/2017, p. 11. R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Milano, 2017.

[26] In senso contrario alla configurabilità del potere dispositivo della Corte, cfr., C. PADULA, *A mo' di premessa: realtà e mito nella creatività procedurale della Corte costituzionale*, in Id. (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale*, Napoli, 2020, pp. 14 ss.

[27] Un esempio in tal senso è rappresentato dall'ipotesi in cui la Corte giunge ad ampliare o a restringere il *thema decidendum* in base ad una lettura meno formale e più elastica del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato) senza che essere accusata di manipolazione discrezionale e/o incorrere nel vizio di ultrapetizione. C. NARDOCCI, *Il diritto al giudice costituzionale*, Napoli, 2020, p. 237 ss.

[28] G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, cit., p. 86.

[29] V. CRISAFULLI, C. ESPOSITO, M.S. GIANNINI, C. LAVAGNA, C. MORTATI, G. VASSALLI, *Dibattito sulla competenza della Corte costituzionale in ordine alle norme anteriori alla Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1956, p. 256 ss.

[30] La dottrina aveva evidenziato i vantaggi che potevano derivare dall'utilizzo della tecnica che avrebbe dovuto rafforzare la giustizia costituzionale e, al contempo, assicurare «alle Corti interessate una libertà di manovra che rende in concreto più facile far valere la Costituzione, ridimensionando [dall'altro] il timore delle conseguenze che altrimenti ne potrebbero discendere» (così, L. PALADIN, *Saluto*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Atti del Convegno di Trieste 26-28 maggio 1986, Milano, 1988, p. 7. A. LA PERGOLA, *La*

ISSN 2036-7821

Benché, inoltre, l'utilizzo di tale tecnica decisoria sia stata foriera di incertezze sulla natura dell'attività esercitata riverberandosi sul piano dei rapporti con gli altri poteri dello Stato, ciò nonostante la Corte ha continuato a «coniare nuovi moduli (di giudizio e di decisione), superando le regole processuali esistenti, riscrivendo norme sostanziali, modificando l'equilibrio dei poteri»[31].

Di conseguenza ancora oggi ci si continua ad interrogare sulla ragion d'essere della Corte costituzionale dal momento che, come è stato acutamente osservato in dottrina, «nessun istituto e nessuna istituzione «(h)a "automaticamente" o "naturalmente" il diritto di esistere»[32] dovendosi continuamente ricercare la legittimazione per lo svolgimento del ruolo e l'esercizio della funzione che essa incarna, esercita ed interpreta sfruttando le potenzialità degli strumenti processuali di cui dispone.

Il processo costituzionale si è mostrato particolarmente duttile e, quindi, un terreno fertile per la proliferazione delle pronunce "fuori dagli schemi" e, per questo, indubbiamente innovative quanto al contenuto ed agli effetti[33].

Invero, dalla metà degli anni '50 ad oggi la Corte ha trovato diversi *escamotage* per emanciparsi dai limiti angusti della disciplina dettata dalla legge istitutiva della Corte costituzionale n. 87/1953 recante "Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale" in maniera più o meno consapevole e compatibilmente con i mezzi a sua disposizione[34] recependo gli stimoli provenienti

---

giustizia costituzionale nel 1986, in *Foro it.*,1987, V, spec. p.156 ss. F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema, in Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988, Milano, 1989, p. 24 ss.; R. PINARDI, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in *www.giurcost.org (20 aprile 2015)*. Di recente, Così V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o "sospensione" temporanea della norma costituzionale?*, in *Osservatorio AIC*, n.2/2021. F. ZAMMARTINO, *Corte costituzionale e nuovi sviluppi sulla modulazione temporale degli effetti delle sentenze di annullamento*, in *Nuove Autonomie*, n. 2/2021, p. 359 ss.

[31] C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale* ***anche con*** *riferimento alle esperienze straniere*, Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988, Milano, 1989, p.24 ss.; O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014. L. ANTONINI, *Forzatura dei principi versus modulazione temporale degli effetti della sentenza*, in *Forum Quad. cost.* 2015. A. RUGGERI, ***La Corte costituzionale e la gestione sempre più "sregolata" dei suoi processi***, in *www.questionegiustizia.it* (27 luglio 2015).

[32] G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, Milano 1981. M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *www.federalismi.it* (8 agosto 2007).

[33] Al di là della mera incostituzionalità della legge limitatante anche per il legislatore costretto ad emanare «*un atto che corrisponde come* actus contrarius *alla fattispecie incostituzionale della produzione della norma, cioè con l'annullamento della norma incostituzionale*» **(**H. KELSEN**,** *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, p. 257).

[34] In particolare, il riferimento è al divieto di "ogni valutazione di natura politica" ex art. 28 della legge citata. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *I primi due anni di funzionamento della Corte costituzionale italiana*, in *Il Politico*, n. 2, 1958, p. 213 ss. F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, p. 54. E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1999, p. 29 ss.; R. Bin, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, **in** *Quaderni*

ISSN 2036-7821

dalla società civile e contribuendo all'attualizzazione della Costituzione connotata da stabilità, ma anche da una logica dinamica che si realizza attraverso l'adeguamento dei rapporti tra esigenze ordinamentali astratte e vicende individuali, costantemente in bilico tra tendenze conservatrici e progressiste[35].

In teoria l'istituzione che esercita una funzione dello Stato deve farlo coerentemente alle esigenze dello Stato costituzionale di diritto e di sistema e in funzione del soddisfacimento dei bisogni da cui trae la sua legittimazione per l'esigenza di assicurare il rispetto del principio di supremazia della Costituzione come valore da proteggere e conservare.

Nella pratica, tuttavia, la Corte raramente si è limitata ad un controllo di costituzionalità in senso stretto se ed in quanto l'esercizio della funzione si è rivelato strumentale al perseguimento di un obiettivo ben più ambizioso, ovvero al «soddisfacimento di altre, meno generali e più contingenti, ma forse più pressanti esigenze di sistema»[36].

Di qui i dubbi sempre più insistenti già a partire dagli anni '70 sulla legittimità costituzionale degli interventi manipolativi degli effetti temporali delle decisioni, delle sentenze additive invasive degli spazi riservati al legislatore con aggravio di spese, delle recenti ordinanze a incostituzionalità differita e finanche della stessa Corte costituzionale, non hanno impedito alla Corte di svolgere quel noto e discusso «ruolo di supplenza (nelle questioni "eticamente sensibili" o politicamente difficili, compulsando il legislatore pigro) che non le compete e al quale, tuttavia, non può sottrarsi, pena l'attenuazione delle tutele (se non addirittura il diniego di giustizia), ma che va esercitato con cautela, con preparazione tecnica adeguata e, possibilmente, per un tempo limitato»[37].

Effettivamente, con la complicità del legislatore la Corte ha acquisito una centralità inaspettata nell'architettura costituzionale che è stata percepita come un eccesso di protagonismo che le ha consentito di declinare variamente l'esercizio del potere nei giudizi in via principale o incidentale di norme sospettate d'incostituzionalità.

Specie negli ultimi anni, essa scavalcando il «recinto della legittimazione e della Costituzione» ha peccato di «suprematismo giudiziario»[38] attraverso l'emanazione di

---

costituzionali, n. 4/2019 G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale*, cit., p. 141. M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e Legislatore*, in *Diritto e società*, n. 1/2020, p. 71 ss.

[35] Se ne deduce, quindi che «Essa non ha ingessato le dinamiche sociali nella gabbia di una precostituita idea di bene comune, ma ha posto le premesse per uno sviluppo, mediato dalla legge e sorvegliato dalla Corte costituzionale, nelle diverse direzioni possibili (...)». G. LATTANZI, op. cit.

[36] M. LUCIANI, op. cit. A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in Aa. Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale* (Atti del convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986), Milano, 1988.

[37] Così, F. PATRONI GRIFFI, *La giurisdizione tra i poteri e la comunità*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[38] A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, **in** *Quad. Cost.*, n. 2/2019, p. 282. C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Napoli, 2014.

ISSN 2036-7821

sentenze «manifesto» in deroga ai principi, alla funzione della Corte e all'assetto costituzionale delle competenze e dei poteri[39]e in violazione della legge che regola l'esercizio della funzione e l'attività dei giudici.

Effettivamente quando sfuma la centralità della legge e si assiste ad un arretramento della Costituzione, il superamento dei limiti dell'ordinamento costituzionale non si giustifica neanche per l'esigenza di assicurare la migliore tutela possibile dei diritti fondamentali nella sede che in ipotesi sarebbe quella più «idonea a far fronte nel modo più adeguato alle complessive esigenze del caso»[40].

E a maggior ragione quando viene meno il riferimento normativo di una legge dichiarata incostituzionale (eventualmente anche differita), si pone il problema di individuare i limiti al sindacato e all'intervento creativo della Corte, sia con riguardo alla modulazione degli effetti delle pronunce, sia quando essa pretende di «impiega(re) con disinvoltura le competenze legislative esclusive dello Stato nel contenzioso con le Regioni»[41].

Al contrario, in qualsiasi prospettiva in cui si trovi ad operare, la Corte non può disinteressarsi delle conseguenze delle sue pronunce sugli assetti costituzionali ed ordinamentali, valutandone previamente la compatibilità e l'impatto della deroga alla regola nel diritto e nel processo costituzionale, restando fedele alla sua natura di organo giurisdizionale e nella qualità di «interprete unico e ultimo di quelle regole» che non possono essere ignorate né eluse e neanche strumentalizzate per esercitare scelte discrezionali di competenza del legislatore[42], onde evitare di «rimettere ad una sfera soltanto politica un pezzo della Costituzione o pezzi di essa o addirittura tutta»[43].

La Corte, invero, si preoccupa per lo più essenzialmente di ampliare gli spazi di intervento e difendere quella libertà di azione che si rinnova con forme ed intensità sempre diverse e che si sostanzia nell'elaborazione della regola valida per il caso

[39] A. RUGGERI, *La "forza" della Costituzione*, in *www.forumcostituzionale.it*.

[40] A. RUGGERI, *Dove va la giustizia costituzionale in Italia?*, in *www.dirittifondamentali.it*, fasc. 1/2021. Id., *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine dell'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *www.giurcost.org.* (20 novembre 2018); R.G. CONTI, *Scelte di vita o di morte. Il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e "congedo dalla vita" dopo la l. 219/2017*, Aracne, Roma 2019.

[41] M. BIGNAMI, *Introduzione – La Corte costituzionale nel XXI secolo: ritorno al futuro*, in *www.questionegiustizia.it* (n. 4/2021).

[42] F. BIONDI, *Il processo costituzionale*, in *www.questionigiustizia.it* (n.4/2021).

[43] A. RUGGERI, *Alla ricerca dell'identità del "diritto processuale costituzionale"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009. Il caso più problematico e paradigmatico è rappresentato dalla deroga alla regola processuale della "retroattività" degli effetti della decisione di incostituzionalità per esigenze di finanza pubblica inaugurata dalla sentenza n. 10/2015 più volte richiamata dalla Corte nei successivi giudizi di legittimità delle leggi in via principale e incidentale (rispettivamente nelle sentenze nn.71 e 74 del 2018, n. 246/2019 e n. 152/2020).

ISSN 2036-7821

concreto genera incertezza e instabilità delle regole per il futuro[44] ed è suscettibile di ripercuotersi anche su piano dei rapporti con il potere legislativo.
Allo stato la complessità della relazione tra Corte costituzionale e il legislatore è tale che difficilmente l'organo giurisdizionale si impone un *self-restraint* mostrando deferenza nei confronti del potere legislativo.
Di conseguenza se essa non desiste dal portare avanti una certa linea decisoria ed aumenta progressivamente il rischio di sconfinamenti della Corte, ad essere messa in discussione è la stessa idea di intangibilità del giudicato costituzionale.
Senza disconoscere le peculiarità del giudizio costituzionale, è evidente che la Corte deve esercitare la giurisdizione in condizioni di indipendenza e terzietà[45] ed avendo un margine più o meno ampio di discrezionalità che trapela da ciascuna pronuncia con l'obiettivo di rendere giustizia[46] e non già di obliterare il ruolo e le prerogative del Parlamento sostituendosi ad esso nella tutela di diritti preesistenti e nella creazione di nuovi.
L'attività della Corte, quindi, dovrebbe essere limitata soltanto alla loro ricognizione potendo essa sollecitare un intervento tempestivo e comunque entro un limite ragionevole del legislatore attraverso moniti, pronunce di inammissibilità, differimenti o prospettazioni di incostituzionalità che, se avessero un seguito, vedrebbero aumentare il loro grado di effettività.

3. Definizione del ruolo e delle modalità di intervento della Corte costituzionale: discrezionalità legislativa e limiti all'esercizio del potere giurisdizionale con particolare riferimento al diritto alla salute

L'esame delle pronunce più significative della Corte nella materia dei diritti sociali e, in particolar modo nei giudizi che intercettano il diritto alla salute e la sua tutela, dimostra che la Corte si è ritagliata un ruolo sempre più pregnante e propositivo in funzione interpretativa ed adeguatrice di leggi dichiarate incostituzionali, eventualmente anche modulandone gli effetti. La tendenza al riaccentramento della Corte nel sistema di giustizia costituzionale implica inevitabilmente una rimodulazione dei rapporti con il legislatore, e il cambiamento dell'ordinamento costituzionale e del contesto[47].

---

[44] M. LUCIANI, *L'attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo, in www.questionegiustizia.it* (n.4/2021) ha sottolineato che la Corte deve preoccuparsi di assicurare la corretta applicazione della legge e non la giustizia del caso singolo.

[45] Tale circostanza è assorbente anche rispetto alla dedotta politicizzazione della funzione, atteso che, se «*la funzione di un tribunale costituzionale ha un carattere politico assai più marcato di quella degli altri tribunali* **(…)** *ciò non significa che non si tratti di un tribunale, che la sua funzione non sia giurisdizionale e tanto meno che questa funzione non possa essere affidata ad un organo dotato dell'indipendenza giudiziaria*» (*H. KELSEN*, op. cit., pp. 242-243).

[46] G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *www.questionegiustizia.it* (n.4/2021).

[47] L. ELIA, *Intervento*, in P. Pasquino e B. Randazzo (a cura di), *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti)*, Milano, 2019, p. 130. R. ROMBOLI, *Relazione introduttiva*, in G. Campanelli - G. Famiglietti - R. Romboli (a cura di),

ISSN 2036-7821

A ciò si accompagna la costante ricerca della legittimazione da parte dell'organo giudicante e di equilibri precari e mutevoli in base al contesto che la Corte affronta, a seconda dei casi, con attivismo o deferenza nei confronti del legislatore.
Lo sviluppo della giurisprudenza costituzionale più recente testimonia il protagonismo della Corte nel campo sia della produzione normativa sia nella risoluzione dei conflitti politici e legislativi tra i diversi livelli di governo territoriale[48], confermato dall'emanazione di pronunce inedite[49] con cui essa intende valorizzare ed accrescere il proprio ruolo.
Ciò non senza sottovalutare il rischio che esso possa trasformarsi diventando egemone e tiranno nei confronti delle Corti e del legislatore[50] al punto da snaturare il processo e l'esercizio della funzione dell'organo giurisdizionale che sconfina nell'abuso, a danno dei valori e dei principi costituzionali in assenza di controllo, in particolare, degli effetti nel tempo delle decisioni.
Certamente la Corte ha dimostrato di non voler perdere terreno quanto al "se" e al "come" decidere rispetto ai giudici e nei confronti del legislatore, precisando anche «ciò non esclude che, nell'esaminare il merito della questione sottoposta al suo esame, questa Corte sia a sua volta tenuta a verificare l'esistenza di alternative ermeneutiche, che consentano di interpretare la disposizione impugnata in modo conforme alla Costituzione»[51].
Il percorso inaugurato con il passaggio dalle «rime obbligate» alle «rime possibili»[52] di recente si è arricchito con le novità introdotte dagli artt. 4-ter "Amici curiae" e 14-bis in vigore dall'8 gennaio 2020 con cui si vorrebbe «aprire il giudizio alla dimensione dei fatti, alla società civile e in genere alla complessità, e (…) permettere alla Corte di stare più al centro di tutto questo … (e, quindi, di) assumere un ruolo più incisivo e centrale nei compiti di garanzia della Costituzione (con cui si vorrebbe

Il sistema "accentrato" di costituzionalità, atti del seminario del Gruppo di Pisa, Pisa, 25 ottobre 2019, Torino, 2020, p. 13 ss. R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, n. 4/2019.

[48] S. STAIANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull'accesso ai giudizi costituzionali*, in *www.federalismi*, n. 13/2019.

[49] M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *AIC*, n. 2/2019, p. 644 ss. R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, 2007, p. 149 ss.; M. D'AMICO, *Il "Caso Cappato" e le logiche del processo costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (24 giugno 2019); E. GROSSO, *Il "rinvio a data fissa" nell'ordinanza 207/2018*, in *Quad. cost.*, n. 3/2019. E. FURNO, *Il "caso Cappato" ovvero dell'attivismo giudiziale*, in *AIC*, n. 1/2020.

[50] Per ulteriori approfondimenti sul tema si rinvia a A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *www.federalismi.it* (n. 12/2021).

[51] Corte cost. 14 dicembre 2017, n. 269.

[52] Corte cost. 5 dicembre 2018, n. 222. L'espressione tra virgolette è di S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*, n. 1/2019, p. 183 ss.

ISSN 2036-7821

giustificare) un atteggiamento (...) improntato ad un maggiore e talvolta inappropriato protagonismo»[53].

L'intraprendenza della Corte si ripercuote sui già difficili rapporti istituzionali ed ostacola, altresì, lo sviluppo di ulteriori forme di collaborazione istituzionale in un contesto in cui la proliferazione degli interventi della Corte negli spazi lasciati vuoti dal legislatore alla interpretazione della Corte, alimenta la consapevolezza del ruolo e rafforza la propria legittimazione approfittando della crisi del legislatore e della debolezza della politica. La Corte, tuttavia, attraverso la creazione di nuovi moduli decisori e il superamento delle regole processuali rischia di alterare l'equilibrio istituzionale mettendo in discussione la stessa separazione dei poteri e innescando un meccanismo che può essere contrastato solo a condizione che il legislatore riprenda ad esercitare con decisione e in maniera efficace il proprio ruolo portando a compimento le riforme[54].

Tale interpretazione, dovrebbe fungere al contempo da stimolo per il legislatore e da disincentivo per la Corte, se ed in quando essa è volta ad arginare le tendenze sovraniste o *judicial activism* che diversamente «può slittare sino a un eccesso di immanenza, e un *self-restraint*, che può orientarsi pericolosamente verso un eccesso di trascendenza»[55].

Indubbiamente, a lungo andare, l' "anima politica" della Corte ha preso il sopravvento su quella giurisdizionale, al punto che essa nel rendere giustizia ai cittadini ha dovuto e voluto «mostrare con schiettezza il ruolo delle sue decisioni come fonti integrative dell'ordinamento»[56] a fronte di un approccio inesistente o inconcludente del legislatore nei confronti di questioni e problemi di particolare rilevanza ed impatto politico, etico, filosofico, sociale e culturale da tempo al centro del dibattito e oggetto di contrasti.

Di conseguenza, essa si è dovuta fare carico delle difficoltà del confronto dialettico con il legislatore e di rispettarne il ruolo, mantenendo lo spirito di leale

---

[53] D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020. Id., *La Corte nel contesto*, in *www.questionegiustizia.it* (n. 4/2021) ha individuato tra i possibili effetti di tale evoluzione «l'assunzione da parte della Corte di una significativa *responsabilità istituzionale*, che ha come risultati collaterali l'ulteriore arretramento della posizione del legislatore e l'apertura di un probabile fronte di frizione con la magistratura ordinaria e la Corte di giustizia; l'ulteriore incrinatura della vincolatività del diritto processuale costituzionale».

[54] M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *AIC*, n. 1/2013; Id., *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, ivi, n. 3/2012, ha sottolineato l'importanza di mantenere ferma la distinzione tra applicazione e attuazione evidenziando che «la politica ha ancora un suo spazio, ha ancora il compito di identificare tempi e modi della realizzazione del progetto della Costituzione (…)» e l'obbligo di tenere il passo con l'evoluzione della società, interpretando i suoi bisogni, sfruttando le opportunità offerte dalle nuove tecnologie e dei cambiamenti politici, sociali, economici e culturali.

[55] così, G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia*, in *www.questionegiustizia* (n. 4/2021).

[56] Idem. M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *AIC*, n. 2/2020. Id., *Intervento*, in AA.VV, *Interventi di terzi e "amici curiae" nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza di altre Corti nazionali e sovranazionali* (atti del seminario, Roma, 18 dicembre 2018), Milano, 2020, spec. p. 133 ss.

ISSN 2036-7821

collaborazione istituzionale, specie nelle questioni inerenti ai diritti fondamentali della persona e, in particolare, all'autodeterminazione nelle scelte di salute e alla tutela dei diritti dei disabili[57].

Di recente la Corte ha fatto ricorso al rinvio della trattazione con ordinanza prospettando al legislatore l'incostituzionalità della norma censurata e sollecitandolo a intervenire nelle more per decidere su questioni delicate e cruciali.

Il riferimento è alla ben nota vicenda Cappato/Antoniniani che ripropone il problema del bilanciamento tra libertà della persona di autodeterminarsi e indisponibilità del bene vita e su cui si è pronunciata la Corte costituzionale, sulla scia dell'ordinanza n. 207/2018 definita dal Presidente Lattanzi di "incostituzionalità prospettata", con la sentenza 24 settembre – 22 novembre 2019, n. 242 e, da ultimo con l'ordinanza n. 132/2020[58].

La Corte ha riconosciuto, in alcune ipotesi e a certe condizioni, il diritto al suicidio assistito, altrimenti detto diritto a morire dignitosamente con l'aiuto di un terzo, spingendo il diritto all'autodeterminazione dell'individuo ben oltre quello di rifiutare o interrompere i trattamenti sanitari di cui all'art, 32, co. 2, Cost. e alla legge n. 219/2017 recante "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento".

Nella specie, con la ordinanza di rimessione 14 febbraio 2018, n. 1 la Corte d'Assise di Milano nel sollevare q.l.c. dell'art. 580 c.p. rubricato "Istigazione o aiuto al suicidio" ha evidenziato le reciproche interconnessioni tra l'autodeterminazione nelle scelte di fine vita di cui alla legge n. 219/2017 e la condotta prevista e punita dalla norma incriminatrice, all'uopo rilevando che "il riconoscimento del diritto di autodeterminarsi anche su quando e come porre fine alla propria esistenza, rende ingiustificata la sanzione penale nel caso in cui la partecipazione al suicidio sia stata di mera attuazione di quanto richiesto da chi aveva fatto la sua scelta liberamente e consapevolmente".

La Corte costituzionale con l'ordinanza n. 207 del 2018, rinviando la trattazione della questione di circa un anno, ha illustrato le ragioni della incostituzionalità della norma impugnata, riconoscendo al contempo che la regolamentazione delle condizioni e dei modi di esercizio del "diritto a morire" per quanto costituzionalmente necessaria fosse di competenza del legislatore.

---

[57] In generale, specie dal 2015 il principio di autodeterminazione dal 2015 in poi ha ottenuto un notevole riconoscimento da parte della giurisprudenza costituzionale che ne ha esteso l'ambito di applicazione in materia di PMA (legge n. 40/2004), tutela della potestà genitoriale omosessuale e tutela dei diritti in materia previdenziale, manifestando così, un «incremento della sensibilità (...) nei confronti delle virtualità del principio di autodeterminazione, in chiave di ancoraggio dei temi "eticamente sensibili" alla dimensione dell'esperienza soggettiva, con effetti di significativo alleggerimento della conflittualità» (così, A. SCHILLACI, *Corte costituzionale e diritti*, Il Libro dell'anno del diritto 2017, in *www.treccani.it*.).

[58] Spunti di riflessione interessanti si rinvengono in M. MASSA, *Prospettiva storica e concezioni della Costituzione*, in *Quad. cost*., n. 2/2020.

ISSN 2036-7821

Quindi, ha disapplicato la norma censurata nel giudizio *a quo* e negli altri giudizi assegnando al legislatore un termine congruo per provvedere. Successivamente prendendo atto dell'assenza di regolamentazione, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale differita della disposizione censurata per la ovvia considerazione che l'assenza di una «compiuta disciplina» della materia non osta al ricorso a strumenti processuali innovativi non incompatibili con la legge o con le norme integrative in vigore né a pronunce creative del giudice costituzionale avente ad oggetto «"situazioni inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali". In tali casi, l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unico modo per sottrarsi, secondo le proprie scelte individuali, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, secondo comma, Cost.».

Resta inteso, tuttavia, che in mancanza di una previsione di legge il ruolo di supplenza da parte del giudice costituzionale non può spingersi oltre, essendo ad oggi molto acceso il dibattito sulla possibilità di considerare il diritto a morire dignitosamente un diritto inalienabile dell'uomo tale, cioè, da considerarsi «sussiste(nte) prima del riconoscimento del legislatore (e indipendentemente da esso, per quanto) tuttavia sempre auspicabile».[59]

Si vuol dire, cioè, che la supplenza della Corte costituzionale - che nella specie, tra l'altro, non si è sottratta alle critiche di manipolazione del *thema decidendum* e di uso scorretto del potere discrezionale sul *quid* e sul *quando* della decisione dando vita ad un'ipotesi ibrida che non si sostanzia in una deroga alle regole processuali, ma va ad incidere nei rapporti con il legislatore - è una conseguenza necessaria e inevitabile, perché la Corte non può ignorare la domanda di giustizia, a maggior ragione se proveniente da un soggetto fragile o vulnerabile, ma che tuttavia non elide il «necessario coordinamento» con il legislatore che in questo caso si pone in una prospettiva diversa, ma indubbiamente, per certi versi, agevolata dalla lettura e dall'interpretazione della Corte.

Nella specie, essa ha optato per «una *judicial deference* a tempo»[60] minacciando un intervento sostitutivo in caso di prolungata inerzia, non per brama di potere, ma al

[59] Così, V. BRUNETTI, *Obiezione di coscienza. Una nuova sfida del diritto moderno*, in *www.magistraturaindipendente.it*. Di ciò vi è un espresso riconoscimento nella sentenza in commento ove infatti si legge: «I delicati bilanciamenti ora indicati restano affidati, in linea di principio, al Parlamento, il compito naturale di questa Corte essendo quello di verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità politica, con i limiti dettati dalle esigenze di rispetto dei princìpi costituzionali e dei diritti fondamentali delle persone coinvolti».

[60] G. SILVESTRI, ***op. cit.*** D'altra parte, come acutamente osservato dall'A. ove in alternativa, sussistendone i presupposti «la Corte avesse deciso subito nel senso dell'accoglimento, con un'additiva massiccia, sarebbe stata

ISSN 2036-7821

fine di interpretare al meglio il suo ruolo di custode della Costituzione[61]. Con l'intesa, tuttavia, che il tentativo della Corte di rendere giustizia colmando il vuoto normativo può sempre essere corretto o integrato dal legislatore con una disciplina puntuale ed organica in materia.

Nel qual caso la Corte deve necessariamente fare un passo indietro, arretrando con essa l'eccesso di discrezionalità che diversamente la porterebbe sistematicamente a calarsi in un ruolo che non le compete, prendendo atto dei limiti istituzionali dei suoi interventi con i quali tuttavia essa contribuisce ad inverare la Costituzione nell'ordinamento affermando con tutti i mezzi a sua disposizione il primato della Costituzione e dei suoi principi, in posizione non antagonista né di opposizione con il legislatore.

In quest'ottica, quindi, legittimamente a mio avviso la Corte ha dichiarato inammissibile il referendum sulla depenalizzazione dell'omicidio del consenziente[62] per la considerazione che in seguito all'abrogazione della norma si verrebbe a creare un vuoto legislativo tale per cui «non sarebbe preservata la tutela minima costituzionalmente garantita della vita umana, in generale e con particolare riferimento alle persone deboli e vulnerabili».

In tale circostanza, evidentemente, la Corte ha compreso che «La forza si manifesta pienamente nella debolezza»[63], di conseguenza essa non ha voluto affermare il principio della indisponibilità della vita onde evitare di cadere in contraddizione con i suoi precedenti in materia di scelte di fine vita e diritto all'autodeterminazione del paziente.

Al contrario essa, riconoscendo la estrema delicatezza del tema che va affrontato con la massima attenzione, cautela, e prudenza nella sede più opportuna[64], ha spalancato la porta al dibattito parlamentare. In attesa che si completi l'iter di approvazione della legge sul suicidio assistito, la volontà e l'autodeterminazione del disabile non debbano essere inutilmente mortificate: la decisione sul caso Englaro ha, infatti, aperto la strada alla possibilità di ricostruire nel corso dell'*iter* giudiziale, la volontà

---

accusata di usurpazione della funzione legislativa; se avesse emanato una pronuncia di inammissibilità, sarebbe stata tacciata di astensionismo "pilatesco". Di conseguenza essa «ha imboccato decisamente la strada del minor danno possibile, che equivale, nel contesto dato, alla miglior tutela concretamente praticabile».

[61] Sia consentito rinviare a M. D'ARIENZO, *Scelte di fine vita, tutela della dignità del disabile e diritto all'autodeterminazione dell'esercente la professione sanitaria: considerazioni a margine della legge n. 219/2017 alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019*, in *www.federalismi.it – Oss. dir.san.* (24 giugno 2020).

[62] L'art. 579 c.p. punisce con la reclusione da 6 a 15 anni chi procura la morte di una persona con il suo consenso.

[63] Volendo utilizzare il titolo del lavoro di A. VON BOGDANDY - D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quad. cost.*, n. 1/2020, p. 9 ss.

[64] Come evidenziato dal Presidente emerito della Corte costituzionale Giovanni Maria Flick il quale si è mostrato preoccupato degli esiti dell'abrogazione della norma incriminatrice evidenziando il rischio che la situazione potrebbe prendere «una china il cui esito non è prevedibile» in assenza dell'intervento del legislatore producendosi delle conseguenze che secondo il Presidente emerito Cesare Mirabelli andrebbero «ben oltre l'eutanasia».

ISSN 2036-7821

del paziente consentendo, quindi, all'amministratore di sostegno, con il consenso dell'equipe medica e le testimonianze dei parenti, di portare a compimento la scelta di interrompere il trattamento salvavita sulla scorta del parere favorevole del Comitato etico (com'è avvenuto di recente nella Regione Marche per il camionista tetraplegico da dieci anni in seguito ad un incidente stradale e in relazione alla vicenda della giovane Samantha d'Incà in coma irreversibile da un anno).

Molto più imprevedibili ed incerti potrebbero essere gli esiti della prospettata illegittimità costituzionale dell'obbligo vaccinale di cui all'art. 4 comma 4 del decreto legge n.44 del 1 aprile 2021, convertito in legge n.76 del 28 maggio 2021 che prevede la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione per i trasgressori sollevata dal TAR Lombardia con l'ordinanza n. 192/2022 del 14 febbraio u.s. e dal TAR Lazio che ha sospeso *medio tempore* l'efficacia dei provvedimenti di sospensione dal lavoro e dallo stipendio dei disposte nei confronti dei militari no-vax prospettando l'illegittimtà costituzionale della norma impositiva dell'obbligo (art. 2 d.l. 26 novembre 2021, n. 172, conv. in legge 21 gennaio 2022, n. 3).

L'estensione dell'obbligo temporaneo (in vigore almeno fino al 15 giugno p.v.) ai lavoratori *over* 50 a partire dal 15 febbraio u.s. e il regime sanzionatorio particolarmente severo anche nei confronti dei datori di lavoro in caso di omesso controllo se, da un lato, è coerente con la strategia del Governo che vanta ad oggi la più alta percentuale di persone vaccinate rispetto agli altri Paesi europei, potrebbe risultare una misura eccessiva e sproporzionata in un momento delicato per il Paese ostacolando la ripresa economica.

La Corte chiamata a scrutinare la legittimità costituzionale della disciplina impositiva di misure apparentemente troppo stringenti non può che procedere alla valutazione del contesto, dei contenuti e delle motivazioni e, com'è ragionevole aspettarsi, mantenere una certa elasticità di giudizio[65].

[65] In applicazione di un principio generale che trova applicazione non solo nel processo civile ed è espressione di un approccio alla disciplina (dell'attività di cognizione e di giudizio della Corte) che sia in grado di coniugare l'efficienza e le garanzie del giudizio (anche) costituzionale al fine di dirimere i conflitti, affrontare e risolvere casi e questioni sempre diversi fornendo una risposta adeguata e reale alla domanda di giustizia. Esso, quindi, come acutamente osservato dalla dottrina processualcivilistica (F. CARNELUTTI, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1929, I, p. 56 e F. CIPRIANI, *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1256) identifica un metodo e non già una soluzione predefinita, ma anzi estremamente flessibile e (a volte eccessivamente o radicalmente) semplificato, come dimostra la estrema varietà delle decisioni che solo formalmente sono riconducibili all'attività creativa del giudice ma, sostanzialmente, si rivelano incompatibili con il sistema delle regole processuali e la predeterminazione per legge della funzione e dei poteri. Il che, naturalmente, non significa che la Corte non goda di un certo margine di discrezionalità che consente di scegliere tra più soluzioni possibili secondo le modalità e nel rispetto delle regole. Di recente, a sostegno della tesi della cogenza delle regole che disciplinano il processo costituzionale riprendendo le fila di un dibattito che va avanti da oltre trent'anni, cfr., R. PINARDI, *La Corte e il suo processo: riflessioni su un tema di rinnovato interesse*, in *Giur. Cost.*, fasc. 3/2019, p. 1897 ss., spec. §§ 3-4.

ISSN 2036-7821

Quindi, nella specie, potrebbe richiedere un aggiornamento anche prima della cessazione dello stato di emergenza (31 marzo p.v.) o con cadenza periodica fino e anche oltre il 15 giugno; o, comunque, ritenere che la misura per quanto sia necessaria a consolidare ora e per il prossimo futuro gli esiti della campagna vaccinale, sicuramente sarà soggetta a rimodulazione nel tempo in base agli sviluppi dell'epidemia.

Nel frattempo nel vigore della disciplina si susseguono i ricorsi e le ordinanze emesse in sede civile e amministrativa con cui i giudici rimettono alla Corte costituzionale la q.l.c. della norma che punisce con la sospensione dall'attività lavorativa e dalla retribuzione il mancato adempimento dell'obbligo vaccinale[66].

Così facendo, la Corte non farebbe che ribadire quanto già a suo tempo la stessa ebbe modo di sottolineare, e cioè il carattere temporaneo dell'obbligo che, infatti, si giustifica soltanto in un determinato contesto di livelli di protezione ritenuti insufficienti in caso di pericolo per la salute pubblica, dovendo la legge prevedere che, in caso di evoluzione positiva, le vaccinazioni siano di norma solo raccomandate, onde evitare che il mantenimento dell'obbligo realizzi una lesione dei diritti e della dignità dell'individuo che si sostanzia in una menomazione della sua condizione a livello personale e sociale, senza idonea giustificazione[67]. Benché, infatti, nella maggior parte dei casi la considerazione delle particolari condizioni personali e sociali del soggetto di regola spingono la Corte ad un maggiore attivismo giurisdizionale, tuttavia, su un terreno in cui prolificano le occasioni di conflitto tra il diritto alla salute collettiva, i diritti e le libertà fondamentali e la dignità della persona in tutti i contesti della sua esistenza, è auspicabile che la Corte assuma un approccio

[66] *Ex multis*, si segnala Trib. Brescia, ord. 22 marzo 2022, ha riconosciuto la natura discriminatoria della norma ritenendo, quindi, non "rilevante e non manifestamente infondate" per contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost. la q.l.c. della disposizione la quale nel prevedere che "per il periodo di sospensione, non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento", produce effetti discriminatori rispetto ai casi di sospensione in seguito a "procedimenti penali e disciplinari per fatti di oggettiva gravità" in cui la legge prevede la corresponsione di un'indennità a sostegno del lavoratore. Sulla stessa scia si colloca la sentenza 17 gennaio 2022, n. 109 che con separata ordinanza ha sollevato q.l.c. dell'art. 4, comma 4 d.l. n. 44/2021 come modificato dal decreto n. 172/2021 (conv. in legge 21 gennaio 2022, n. 3) ritenendo irragionevolmente discriminatoria (rispetto ai lavoratori subordinati o parasubordinati) la immediata sospensione dal lavoro dei medici privati in assenza del necessario contemperamento tra il perseguimento della salute pubblica e l'esercizio della professione sanitaria in sicurezza, con l'interesse del sanitario a svolgere un'attività lavorativa, nonché l'ordinanza del Tribunale di Catania (ord. 14 marzo 2022) sulla mancata erogazione dell'assegno alimentare per il personale sospeso in violazione degli artt. 2, 3 e 32 Cost., e ancora di quella emanata dal C.G.A.R.S. (ord. 22 marzo 2022, n. 351) sul ricorso presentato da un tirocinante del Policlinico di Palermo al quale era stato inibito l'accesso ai locali dell'ateneo nelle more della pubblicazione in G.U. del D.L. "Covid – Riaperture", in attesa che la Corte di Giustizia si pronunci sulla legittimità comunitaria pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Padova sulla compatibilità dell'obbligo vaccinale per il personale sanitario con la normativa europea (ord. 7 dicembre 2021).

[67] M. MASSA, *Discrezionalità, sostenibilità, responsabilità nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali*, in *Quad. cost.*, n. 1/2017, passim.

ISSN 2036-7821

più cauto in segno di deferenza nei confronti del diritto e delle sue regole e nei confronti della politica senza tentare di emanciparsi dalle sue logiche[68].
Ciò non vuol dire automaticamente rinunciare ad entrare nel merito della questione sottoposta al suo esame, ma opportunamente assumere un atteggiamento prudente in una materia ancora fluida e *in progress* i cui sviluppi sono attualmente imprevedibili e, pertanto, non devono essere in alcun modo pregiudicati[69].

4. Egemonia statale e ridefinizione del ruolo delle Regioni in materia sanitaria.
La perdita del senso del limite in conseguenza dell'eccesso di *judicial activism* – contrapposto alla *judicial deference* - che porta al riconoscimento di un ruolo, per così dire, "totalizzante" della Corte è particolarmente evidente sul piano della tutela dei diritti fondamentali e, in particolare, della tutela della salute nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi e sul piano della composizione degli interessi e dei conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni.
Essi scontano l'approccio a volte troppo minimalista della Corte nei confronti dei grandi temi della salute pubblica e inaspettato da parte di un organo che al contrario nel tempo ha sempre mostrato una particolare attenzione nei confronti di tematiche complesse in cui sono implicati diversi interessi al chiaro scopo di indurre il legislatore ad attivarsi tempestivamente per non dover sempre faticosamente inseguire i cambiamenti in atto, al fine di garantire l'effettività e la tutela dei diritti fondamentali che costituiscono il presupposto e l'esito del processo deliberativo.
La semplificazione in questo campo in alcuni casi è espressione della tendenza a minimizzare i problemi ignorando o ridimensionando circostanze oggettive ed ineliminabili ai fini della valutazione e del giudizio ivi compreso l'impatto delle decisioni che quindi può sfuggire al controllo della Corte[70].
Essa evidenzia l'incapacità della Corte di contenerne gli effetti dirompenti delle proprie decisioni non solo, com'è evidente, su assetti ormai consolidati e sullo *status*

[68] M. LUCIANI, *L'attivismo, la deferenza e la giustizia*, cit. ha chiarito che «l'attivismo giudiziale di caratterizz(a) per l'impegno a realizzare alcuni obiettivi di progresso sociale, (*in primis* la tutela) dei diritti costituzionali», ed è frutto dell'autointerpretazione (ed autoconvinzione) del giudice che esercita il potere per rendere giustizia al cittadino il quale gli si rivolge proprio a questo scopo. La Corte decide in base al diritto e alla sua coscienza nella consapevolezza che il proprio convincimento trasfuso nella decisione possa essere attaccabile in base ad una diversa interpretazione giuridica, etica, filosofica e morale che spesso non coincidono e di cui si serve la dottrina per vagliare e cassare le decisioni della Corte.

[69] Tendenzialmente, quindi, la Corte dovrebbe evitare di mettere l'ultima parola sulle questioni di salute e a maggior ragione su quelle eticamente sensibili, al fine di assicurare una tutela integrata dei diritti. Cfr., in proposito, M. MASSA, *La prima parola e l'ultima. Il posto della Corte costituzionale nella tutela integrata dei diritti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3/2019, p. 737 ss.

[70] Da questo punto di vista è auspicabile che in attuazione di quanto previsto dall'art. 4-ter delle «Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale» le formazioni sociali e i soggetti istituzionali coinvolte dalla Corte siano messi effettivamente in grado di offrire l'apporto necessario fornendo «elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità».

ISSN 2036-7821

quo ma anche sugli esiti dei progetti di riforma costituzionale ad oggi in discussione delineando per il futuro un diverso ordine delle competenze che tuttavia il legislatore potrà e dovrà (se lo vorrà) modificare.
La semplificazione, quindi, conduce ad interpretazioni non propriamente conformi a Costituzione, suscettibili di arrecare danno alla istituzione ed alla funzione, alimentando il dibattito sui limiti istituzionali della Corte e sul vizio dell'eccesso di potere giurisdizionale.
E' noto, infatti, che il giudizio di legittimità di una legge statale o regionale, non limita i suoi effetti concreti e reali alla risoluzione dei conflitti di attribuzione tra i diversi livelli di Governo, ma finisce il più delle volte con «l'incidere più o meno profondamente sul diritto sostanziale, sulle questioni di fondo, sulla diversità dei loro poteri e, quindi, (sul) diverso modo di penetrare nella (...) questione di fondo»[71].
In tali circostanze la voce della Corte non può avere un peso determinante, di conseguenza anche gli effetti delle decisioni devono tendere al minimalismo, dovendo anzi la Consulta affrontare le questioni ancora aperte e conflittuali mostrandosi particolarmente «cauta nell'adottare (decisioni che propugnano) tesi di portata generale (partendo da) premesse teoriche ambiziose e impegnative»[72] che deve emergere sia dalla motivazione che dalla decisione che tenga conto del peso e delle implicazioni pratiche della stessa[73]. Essa, quindi, ponendosi in una prospettiva di sistema, quindi, nel momento in cui si confronta con problemi attinenti a materie delicate e cruciali su cui insistono attribuzioni (*rectius*: competenze) regionali non può non considerare la complessità e delicatezza degli equilibri dei soggetti e valutare l'assetto dei poteri e delle competenze su cui la decisione va concretamente ad incidere.
Tuttavia, ad un sommario esame della disciplina dettata dalle recenti riforme di settore ed alla luce della interpretazione giurisprudenziale il ruolo dello Stato è

[71] Il virgolettato è tratto da G. ROEHRSSEN, *Considerazioni sui conflitti di giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, p. 1095.

[72] Cfr., *amplius*, M. MASSA, *Discrezionalità e discrezione del giudice. Verso uno studio del minimalismo nella giustizia costituzionale*, in C. Bergonzini, A. Cossiri, G. Di Cosimo, A. Guazzarotti, C. Mainardis (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 2019, passim; Id., *Corte costituzionale e minimalismo*, in *www.questionegiustizia.it*. (n.4/2021).

[73] L'approccio e la tecnica decisoria non scalfiscono il ruolo della Corte ridimensionando o indebolendone le potenzialità, semplicemente richiamano la giustizia costituzionale alle sue responsabilità evitando che essa possa spingersi troppo oltre, senza essere neanche in grado di prevedere e/o gestire le conseguenze delle sue decisioni, trasformandosi nei fatti in un giudice che opera tendenzialmente senza limiti. L'obiettivo è (o dovrebbe essere) quello di consentire alla Corte di sviluppare un maggiore grado di "relazionalità" tenendo conto dei diversi livelli di complessità delle questioni sottoposte al suo esame e di adattarsi ad essi attraverso il ricorso al minimalismo delle decisioni; e di alleggerire le tensioni tra i poteri dello Stato implicati a diverso titolo nel processo di interpretazione, di concretizzazione e di attuazione dei precetti costituzionali, indirizzando la Corte, tendenzialmente più orientata alla creatività, non alla reticenza, ma alla strategia prudente nelle questioni particolarmente delicate e al *self-restraint* (che non vuol dire non entrare nel merito delle questioni sostanziali, ma fare un uso prudente delle categorie processuali) consentendo alla politica e, quindi al legislatore di uscire dalla crisi e di recuperare terreno mettendo mano alle riforme.

ISSN 2036-7821

predominante rispetto a quello delle Regioni, attraendo il primo anche le competenze delle seconde. Ciò è quanto evidenziato in tempi non sospetti da autorevole dottrina[74] sulla scorta della giurisprudenza costituzionale formatasi in materia di consenso informato considerato un principio generale della materia di competenza esclusiva statale[75], dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario (DAT) di volontà di donazione di organi che in quanto «espressive della libertà della cura» rientrano nella materia "ordinamento civile" di competenza esclusiva statale[76]. Su questa scia si collocano la legge n. 219/2017 e la legge n. 24/2017 cd. legge Gelli – Bianco recante la riforma della responsabilità medica (degli esercenti e delle strutture sanitarie) la cui disciplina è stata in gran parte ricondotta dalla Corte costituzionale a materie di competenza esclusiva statale emarginando progressivamente il ruolo delle regioni che rischia di essere fagocitato dal riaccentramento delle competenze depotenziandosi sempre più.

Ciò si verifica in tutte le ipotesi in cui, ad avviso della Corte, la norma scrutinata detta una disciplina che non rientrando propriamente nelle materie di competenza residuale regionale né in quella concorrente soggiace ad una regolazione a livello statale per esigenze di unitarietà della disciplina e ai fini dell'adozione di misure uniformi su tutto il territorio nazionale, pur prevedendosi forme di coinvolgimento regionale tramite intesa raggiunta in Conferenza o attraverso l'attivazione di forme di concertazione e coordinamento in ossequio al principio di leale collaborazione.

In questo solco si colloca anche la sentenza n. 37/2021[77] (preceduta dall'ordinanza 14 gennaio 2021 n. 4) con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della legge valdostana volta ad impedire l'immediata e diretta applicabilità sul territorio delle misure statali di contenimento del Covid-19. Ma così non è stato.

In tale occasione, la Corte ha ribadito che la competenza esclusiva statale in materia di «profilassi internazionale» si impone anche alle Regioni a Statuto speciale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. q), Cost., con la conseguenza 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

[74] D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il "consenso informato" ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sentenza n. 438/2008 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 4970 ss.; Id., *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *AIC* n. 1/2018.

[75] Cfr., Corte cost. 23 dicembre 2008, n. 438; 30 luglio 2009, n. 253.

[76] Corte cost. 14 dicembre 2016, n. 262.

[77] Resa nel giudizio di legittimità costituzionale della L.R. Valle D'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11 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 d'emergenza".

ISSN 2036-7821

funzione amministrativa, anche in forza, quanto alle autonomie speciali, del perdurante principio del parallelismo»[78].

Così facendo essa, di fatto, quindi, ha finito per comprimere e mortificare i contenuti dell'autonomia regionale costretta ad arretrare di fronte all'esercizio del potere regolamentare correlato alla competenza esclusiva statale[79], nonché il principio di leale collaborazione riconoscendo nello Stato l'unico titolare dell'interesse pubblico da tutelare[80].

Secondo la Corte, infatti, lo Stato è il livello di governo "più adatto" ad assumere l'iniziativa (e la responsabilità) del compimento di azioni e nell'adozione delle misure necessarie a tutelare in maniera uniforme sul territorio la salute dei cittadini preservando il nucleo essenziale del diritto alla salute (come, ad esempio, si è verificato in seguito all'adozione del piano vaccinale nazionale)[81], in un'ottica di prevenzione dei rischi connessi a risposte differenziate e interventi normativi diversamente impattanti sulla salute e sui diritti e le libertà fondamentali.

Nel far ciò la Corte sembrerebbe non aver previamente valutato o, quanto meno sottovalutato l'impatto (anche solo potenziale) della decisione sul progetto di riforma costituzionale omettendo, tra l'altro, di considerare che la sanità da tempo ha assunto un rilievo centrale nell'attuazione della riforma del Titolo V della Costituzione.

Di tale circostanza, invero, la Corte era consapevole da tempo, al punto che già all'indomani della Riforma del 2001 ha sollecitato il legislatore regionale a legiferare in materia senza dover attendere l'iniziativa statale, all'uopo valorizzando l'essenzialità dei LEA, sottolineando il carattere trasversale della tutela della salute e le frontiere mobili delle competenze (statali e regionali).

Inoltre essa, finora è stata piuttosto parca nell'utilizzare i poteri disciplinati dalla legge La Loggia (potere sostitutivo e di sospensione di una legge regionale o statale).

Sorprende, quindi, la scelta operata che ha suscitato dubbi e perplessità nella dottrina la quale infatti ha osservato che «è inutile (e dannoso) pensare (...) di riaccentrare in capo allo Stato l'intera gestione della sanità; vanno riaccentrati la direzione, anche lasciando spazi di sperimentazione regionale, come già succedeva nella legislazione statale degli anni '90, e il controllo; ma anche per la sanità la gestione non può che

[78] Cfr., Corte cost. 27 gennaio 2004, n. 43; 19 luglio 2004, n. 236; 22 luglio 2010, n. 278; 10 febbraio 2014, n. 22; 28 maggio 2019, n. 129; 16 luglio 2019, n. 179; 27 settembre 2019, n. 215.

[79] Alquanto significativamente, la Corte ha ribadito che la competenza esclusiva statale in materia di «profilassi internazionale» si impone anche alle Regioni a Statuto speciale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. q), Cost., con la conseguenza 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» (Cfr., Corte cost. 27 gennaio 2004, n. 43; 19 luglio 2004, n. 236; 22 luglio 2010, n. 278; 10 febbraio 2014, n. 22; 28 maggio 2019, n. 129; 16 luglio 2019, n. 179; 27 settembre 2019, n. 215).

[80] Cfr., Corte cost. 1° febbraio 2006, n. 31.

[81] Cfr. p.to 7 cons. dir. sent. 37/2021.

ISSN 2036-7821

essere vicina ai territori (come dimostra anche la polemica – giusta – contro l'eccesso di ospedalizzazione e l'abbandono di efficienti politiche sanitarie sul territorio)»[82].
La decisione della Corte è quanto meno discutibile anche da altri punti di vista.
Da essa traspare chiaramente una certa ansia di provvedere dettata probabilmente dall'esigenza di inibire le iniziative autonome regionali paventandosi danni gravi ed irreparabili per la garanzia dell'effettività del diritto fondamentale alla salute su tutto il territorio nazionale.
La Corte omette, tuttavia, di considerare che l'attuazione della strategia nazionale non può prescindere dal 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.
Ciò è quanto richiede la tutela multiforme e multidimensionale, dal punto di vista etico, culturale ed identitario della salute su cui convergono sia interventi statali che regionali, in quanto obiettivo comune, che si realizza sia attraverso interventi legislativi sia statali che regionali.
Tali considerazioni avrebbero dovuto indurre la Corte a riflettere sulla dimensione effettiva della competenza esclusiva statale e sulla necessità che i limiti alle potestà regionali ora come in futuro siano espressi e, inoltre, a constatare che la dinamicità del bene salute consente di apprezzare l'importanza della sua conservazione, da intendersi anch'essa non in senso statico, bensì dinamico, alla luce dei principi di leale collaborazione, di sussidiarietà ed adeguatezza che appaiono determinanti nella ricerca del difficile ma non impossibile punto di equilibrio tra unitarietà e differenziazione.
A differenza di quanto ritenuto dalla Corte, i contrasti e le fughe in avanti portano a enfatizzare la centralità del principio costituzionale della leale collaborazione - che la Corte degrada e riduce a una questione di mera «opportunità» e indebolisce notevolmente fino al punto di compromettere irrimediabilmente la competenza sanitaria regionale[83] - quale 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.
Tra l'altro, l'emergenza sanitaria in corso ha fatto emergere l'esigenza di un maggiore coordinamento, coinvolgendo anche l'UE al netto delle azioni già intraprese[84] e degli

[82] 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).
[83] Corte cost. sentenza n. 37/2021 cit., p.ti 9 e 12 cons. dir.
[84] 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, avanzate fin dal novembre 2020 e finalizzate all'implementazione dell'efficacia dell'azione dell'EMA e dell'ECDC, nonché alla predisposizione di un regolamento *ad hoc* per

ISSN 2036-7821

interventi a farsi[85], che potrebbe avere un impatto significativo sul progetto di riforma del SSN in base agli interventi ed agli obiettivi del PNRR[86].
In quest'ottica, e al fine di ridurre i tempi e massimizzare i risultati, lo Stato e le Regioni d'intesa tra loro, in linea con l'impianto generale del PNRR, dovrebbero adottare una strategia più puntuale e dettagliata, specificando le linee guida e le modalità attuative e prevedendo che la ripartizione delle risorse tra le Regioni avvenga, tra l'altro, in considerazione dei *gap* o degli obiettivi attesi da ciascuna di esse rispetto alla singola linea di intervento prevista dal PNRR.
Le Regioni, quindi, di concerto con le aziende sanitarie e con il supporto e il coordinamento da parte del Ministero della salute e dei suoi centri di competenza (Agenas, ISS, AIFA, ecc.) dovrebbero pianificare gli interventi scegliendo, eventualmente, di investire in ambiti politicamente prioritari, a condizione però che garantiscano il raggiungimento degli obiettivi prefissati. Da ciò dipende l'efficacia del PNRR e l'impatto sociale ed economico dello stesso[87].
La crisi sanitaria che affonda le sue radici nella crisi economica, politica e sociale offre lo spunto per mettere mano alle riforme da troppo tempo rinviate o incompiute, costringendo il legislatore a porre fine a una situazione di stallo che ha favorito l'assunzione del ruolo «supplente» o «sussidiario» della Corte costituzionale.
Fermo restando, in ogni caso, che il ruolo e il sindacato della Corte costituzionale giammai avrebbero potuto spingersi fino al punto di legittimare un regime di «temporaneità indefinita (dello Stato di eccezione strumentalizzando i principi e le

---

l'emergenza sanitaria, implicano il mutamento del quadro giuridico di riferimento e, in particolare, la revisione delle competenze sanitarie anche in materia di controllo e di prevenzione e di cura delle malattie, la soppressione delle Agenzie del farmaco istituite in ciascuno Stato membro in favore dell'Agenzia europea.

L'insegnamento più importante tratto dalla pandemia è che essa non può essere affrontata e risolta con azioni individuali rimesse ai singoli stati membri, ma solo dotando l'Ue – che allo stato non ha una competenza specifica in materia di politica sanitaria, benché astrattamente vi possa essere spazio per il riconoscimento di una competenza integrata ai sensi dell'art. 168 TFUE – di competenze e poteri di iniziativa specifici che, anziché intaccare le prerogative degli Stati, ne rafforzerebbero la consapevolezza e le capacità. In questa prospettiva, la Conferenza sul futuro dell'Europa ha aperto un'ampia discussione sulla necessità di maggiore cooperazione tra gli Stati membri al fine di rafforzare i sistemi sanitari europei, di adottare strategie di prevenzione di future pandemie, anche attraverso la creazione di un partenariato globale, e di dotare l'UE di maggiori competenze e poteri di emergenza nel settore della salute pubblica anche mediante una revisione del trattato di Lisbona (Cfr. Conferenza sul futuro dell'Europa, *Relazione intermedia*, agosto 2021, in https://futureu.europa.eu.).

[85] Cfr., Communication on the early lesson fron the Covid-19 pandemic del 15 giugno scorso indirizzata al Parlamento Europeo, al Consiglio d'Europa, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni.

[86] Nonché in base alla previsioni del Bilancio dell'Unione Europea 2021-2027 e dal *Recovery Fund* che punta all'implementazione della collaborazione istituzionale ed al rafforzamento del ruolo e delle competenze regionali, in linea con le previsioni del *Next Generation Eu* per il supporto nel disegno e nell'implementazione delle riforme negli Stati membri.

[87] In senso critico sull'effettività e l'efficacia del coordinamento istituzionale durante la pandemia, cfr., E. BALDINI, *Emergenza sanitaria e personalismo "asimmetrico" nelle politiche regionali*, cit.; Id., *Riflessioni sparse sul caso (o sul caos...) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale*, ivi, p. 985. L. CUOCOLO, *L'importanza delle autonomie per far fronte al Covid (e alle tendenze accentratrici)*, in *DPCE* online (7 luglio 2020).

ISSN 2036-7821

regole che lo governano ben oltre il) limite temporale che autorizza una deroga al normale assetto del potere»[88] per l'esigenza di fronteggiare la pandemia e altre emergenze globali[89].

5. L'eccesso di potere giurisdizionale come vizio della funzione: considerazioni critiche sulla (presunta) irresponsabilità della Corte costituzionale e sulla insindacabilità della decisione di ultima istanza.

L'esigenza di un'interpretazione evolutiva funzionale alla modifica della normativa vigente adattata alla situazione contingente particolarmente instabile, imprevedibile e mutevole, se ed in quanto correlata ad un "«diritto in movimento» 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, (oltre che del)la capacità del singolo di «adattarsi e di autogestirsi» pur in presenza di malattie"[90], quale è appunto il diritto alla salute, ed in cui il fine dell'interesse pubblico da perseguire si fa giorno dopo giorno sempre più pressante e costante, ha favorito l'emersione di «poteri impliciti» volti a «conformare» il ruolo e la funzione della Corte costituzionale[91].

Parallelamente, l'attribuzione di competenze di carattere generale, l'enunciazione degli obiettivi e il carattere indeterminato dei valori da tutelare che richiedono interventi tempestivi ed elastici non sono tali da «configurare delle vere e proprie deleghe in bianco» in violazione del principio di legalità, anche in senso formale, e di tipicità in base al criterio della strumentalità «per obiettivi» e in deroga all'attribuzione delle competenze e dei poteri.

Una diversa interpretazione oltre che illegittima sarebbe insostenibile nel confronto con i principi generali e le regole ricavabili dall'ordinamento, pur in presenza di

---

[88] M. PATRONO, *Sentieri virali. Diritto internazionale e politica globale dopo la pandemia: Homo Sapiens*, Modena, 2021, p. 58.

[89] Sulla crisi della sanità quale che rispecchia la crisi del sovranismo statale inaugurando una nuova stagione delle riforme volte a restituire alla sovranità la sua funzione di «strumento di legittimazione del pluralismo» (R. CHIARELLI, *La Repubblica italiana come governo degli uomini*, Torino, 2005, p. 262), ristabilendo il valore ordinante dei principi (M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 525) e ponendo un freno alle fughe in avanti statali e regionali, ma anche alla degenerazione della creatività della giurisprudenza costituzionale (M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Prefazione alla III ed., Bologna, 1983) per la considerazione che «il fine non giustifica ogni mezzo» (riprendendo il titolo di un recente articolo di F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *Osservatorio costituzionale AIC* (19 maggio 2020). Cfr., di recente, S. CASSESE, *Il buon governo*, Milano, 2020. P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma – Bari, 2020. G.D. FALCON, *Dall'emergenza Covid, pensando al futuro del sistema sanitario*, in *Le Regioni*, n. 3/2020, p. 453 ss.; F. ALAGNA, *Emergenza Coronavirus: verso una tutela globale della salute?*, in *Dir. reg.*, n.1/2020.

[90] 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, pp. 13-14.

[91] Sulle origini e l'evoluzione della teoria dei poteri impliciti con specifico riferimento ai poteri decisori della Corte costituzionale, cfr., G. PIZZORUSSO, voce *Giustizia costituzionale* (dir. comp.), in *Enc. Dir.* Annali, I, 2007, p. 669 ss.

ISSN 2036-7821

adeguata motivazione che faccia leva sull'esigenza di uniformità ai fini del contenimento del rischio sanitario, in quanto non è possibile fare leva sulla cura degli interessi pubblici per estrarne poteri e competenze identificati esclusivamente per «materia» invadendo il campo del potere legislativo sovrapponendosi alla legge.
Al contrario, in questi casi, l'applicazione più rigorosa dei principi dovrebbe arginare la tendenza allo sconfinamento del potere giurisdizionale.
Ed infatti, quando la Corte svolge una delicata opera di regolamento dei confini se da un lato, tale attività indubbiamente costituisce l'occasione per una disamina degli orientamenti espressi in materia, dall'altro essa può rappresentare un punto di rottura che apre nuovi scenari e prospettive evolutive (anche) in relazione ai limiti della giurisdizione e all'ampliamento della nozione di eccesso di potere giurisdizionale (che costituisce una degenerazione dell'attivismo giurisdizionale) in base ad un'accezione dinamica, funzionale ed evolutiva di giurisdizione suscettibile di «arrecare un *vulnus* all'integrità della sfera delle attribuzioni degli altri poteri, amministrativo e legislativo»[92].
Ciò si verifica ogni qual volta la Corte, in qualità di «interprete ultimo della Costituzione» e facendo leva su un concetto di giurisdizione estremamente «mobile» irrompe in ambiti riservati al legislatore in una realtà complessa e multiforme dominata da equilibri incerti e precari con pronunce "abnormi" o "anomale" capaci di stravolgere radicalmente il quadro normativo di riferimento esercitando di fatto un'attività di produzione normativa che non le compete cui consegue l'esigenza di rimozione.
Il problema ha delle radici piuttosto profonde collocandosi tra la fine degli anni '80 e gli inizi degli anni '90 quando la Corte ha cominciato a liberarsi dell'eccessiva rigidità della giustizia costituzionale, a cominciare dal superamento della "regola" della retroattività della declaratoria di incostituzionalità delle leggi attraverso la modulazione degli effetti delle pronunce[93] a garanzia del bilanciamento e della ragionevolezza della decisione.
Il che se, da un lato, implicava una maggiore consapevolezza del ruolo e responsabilizzazione nell'interpretarlo[94], dall'altro ha fatto emergere prepotentemente l'anima politica della Corte che ha indebitamente e pericolosamente usurpato il potere legislativo disponendo delle regole del processo in deroga ai principi costituzionali[95] o «impiegando con disinvoltura le competenze legislative

[92] *Cass., SS.UU. 17 maggio 2019, n. 13436; 5 aprile 2019, n. 9680; 27 aprile 2018, n. 10265*; 6 marzo 2020, n. 6462.
[93] Cfr., *ex multis*, Corte cost. 9 marzo1988, n. 266; 16 febbraio1989, n. 50; 9 novembre 1992, n. 416.
[94] S. PANUNZIO, *Incostituzionalità «sopravvenuta», incostituzionalità progressiva ed effetti temporali delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, cit. p. 357.
[95] R. ROMBOLI, *L'"obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *www.forumcostituzionale.it (6 aprile 2015)*.

ISSN 2036-7821

esclusive dello Stato nel contenzioso con le Regioni»[96] aprendo la strada per il futuro al riconoscimento dell'egemonia statale anche in ambiti diversi dalla salute.

Cresce, quindi, esponenzialmente per il futuro la preoccupazione che il suprematismo giudiziario finisca per offuscare il primato della Costituzione nel sistema delle fonti, facendo venir meno la vincolatività dei principi e il dovere dell'interprete di garantirne l'applicazione.

Il vizio della funzione assume una rilevanza trasversale richiamando l'attenzione sull'esatta individuazione dei confini del controllo di legittimità delle leggi.

Viene, quindi, innanzitutto in rilievo l'art. 111 Cost. a tutela della "riserva legislativa" contrapposta alla cd. "riserva di giurisdizione" come definita dalla Corte che fa espresso divieto al legislatore di «*risolvere, con la forma della legge specifiche controversie e di vanificare gli effetti della pronuncia giurisdizionale divenuta intangibile, violando i principi relativi ai rapporti tra potere legislativo e potere giurisdizionale e concernenti la tutela dei diritti e degli interessi legittimi*»[97] la cui violazione, com'è noto, può essere fatta valere sia sollevando questione di legittimità costituzionale della legge che leda le prerogative dell'autorità giurisdizionale, sia con ricorso per conflitto di attribuzioni alla Corte costituzionale ex art.134 Cost.[98]

Rispetto a tale previsione emerge in tutta evidenza il nodo problematico, e ad oggi irrisolto, dei rimedi esperibili nei confronti degli sconfinamenti da parte della Corte costituzionale negli ambiti riservati in via esclusiva alla discrezionalità del legislatore.

La Corte per i motivi innanzi esposti ben presto ha abbandonato l'atteggiamento di deferenza nei confronti del legislatore che esprimeva attraverso le pronunce di inammissibilità della q.l.c.[99] rimettendo la questione alla scelta del legislatore per motivi di ordine processuale[100], per assumere un ruolo molto più intraprendente ed innovativo attraverso l'emanazione di una vasta tipologia di decisioni (sentenze di rigetto, interpretative di rigetto, di accoglimento, di accoglimento parziale e, più in generale, delle cd. decisioni manipolative)[101].Tra queste spiccano le sentenze additive

---

[96] Corte cost. 2 aprile 2009, n. 94; 9 maggio 2013, n. 85; 3 ottobre 2016, n. 214; 30 gennaio 2018, n. 12.

[97] Corte cost. sentenze nn. 94 del 2009 e 85 del 2013, cit. e 18 luglio 2014, n.213.

[98] Di recente sul tema, L. VESPIGNANI, *La legge del conflitto. Riflessioni circa i conflitti di attribuzione su atti legislativi a margine della sentenza della Corte costituzionale n.229 del 2018*, in *AIC*, n. 4/2019.

[99] Nonostante l'ampliamento dei motivi ad opera della stessa Corte, come evidenziato dalla dottrina (cfr., *ex multis*, V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. Occhiolupo (a cura di), *La Corte costituzionale fra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, p. 84 ss.; A. CERRI, *Inammissibilità «assoluta» ed infondatezza*, in *Giur. Cost.* 1983, p. 1219 ss.; L. CARLASSARRE, *Le decisioni d'inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Atti del Convegno di Trieste, 26-27-28 maggio 1986, Milano 1988, p. 27 ss.).

[100] A. PIZZORUSSO, *La restituzione degli atti al giudice "a quo" nel processo costituzionale incidentale*, Milano, 1965, p. 3 ss.

[101] Si rinvia ai contributi di P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Rivista di diritto processuale*, 1956, p.16. V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con*

ISSN 2036-7821

- particolarmente utilizzate dalla Corte per rimediare all'inerzia del legislatore[102] – nonché le decisioni di incostituzionalità differita o sopravvenuta e le cd. sentenze monito (altrimenti definite attendiste o di costituzionalità provvisoria) che contengono un*"invito"* al legislatore affinché questi intervenga a sanare il vizio di costituzionalità ed a modificare la disciplina "sospettata" di incostituzionalità[103].
Di ciò ha preso atto anche il giudice comune richiamando nelle sue pronunce la natura e alle modalità di estrinsecazione del sindacato di costituzionalità espletato dalla Consulta sulla legittimità delle leggi.
Il riferimento è all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 13/2017[104] che ha richiamato espressamente la nota sentenza della Corte costituzionale dell'11 febbraio 2015 n. 10 per escludere la portata retroattiva dell'*overulling* interpretativo anche sul versante del diritto sostanziale.
Ritornando alle tecniche decisorie innovative della Corte, indubbiamente quelle che fanno più discutere sono le ordinanze/sentenze monito, le decisioni di incostituzionalità differita[105] e le sentenze di modulazione degli effetti

l'interpretazione giudiziaria, in *Giur. Cost.*, 1956, p. 939. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II, L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1993, p. 46. R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo … anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, relazione a La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive (a cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale), Roma 14-15 giugno 2006, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*. M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e "L'interpretazione conforme a"*, in *www.federalismi*, n.16/2007. P. CARNEVALE - C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008, p. 89 ss.

[102] In relazione alle quali non si può fare a meno di richiamare C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in *Il Foro Italiano*, 1973, p. 153 ss. per la perdurante attualità delle sue opinioni. Sul ruolo del giudice comune rispetto alle pronunce additive della Corte costituzionale tra i contributi più recenti, cfr., F. BOCCHINI, *Il ruolo della giurisdizione nell'attuazione delle sentenze additive di prestazione della corte costituzionale*, in *Nomos. Le attualità nel diritto.*, n.3/2020; G. PARODI, *Il giudice di fronte alle sentenze additive di principio nella prassi recente*, in G. Conte - A. Fusaro - A. Somma - V. Zeno Zencovich (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, Roma, Roma Tre Press, 2018, p. 385 ss..

[103] M.C. GRISOLIA, *Alcune osservazioni sulle "sentenze comandamento" ovvero il "potere monitorio" della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1982, p. 826 ss. R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milano, 1993, p. 53 ss.; A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora… (a margine di un comunicato sul caso Cappato*, in *www. giur.cost.org.* (n. 3/2018); M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista Aic, 2/2019;* G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *www.giurcost.org* (3 febbraio 2020).

[104] Commentata da E. FOLLIERI, *L'Adunanza Plenaria, "sovrano illuminato", prende coscienza che i principi enunciati nelle sue pronunzie sono fonti del diritto*, in *Urb. app.*, n. 3/2018, p. 395.

[105] Tra cui si segnala la sentenza n. 150 del 2021, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 13 della legge n. 47 del 1948 poiché prevedeva la necessaria applicazione della reclusione da uno a sei anni per il reato di diffamazione commessa a mezzo della stampa, dopo aver deciso, con l'ordinanza 132 del 2020, di rinviare di un anno la decisione delle causa, per dar modo al legislatore di approvare nel frattempo una nuova disciplina della materia, in grado di bilanciare meglio il diritto alla libertà di cronaca e di critica dei giornalisti con la tutela della reputazione individuale. A differenza della sentenza n. 242/2019 e dell'ordinanza n. 207/2008, la Corte costituzionale nella "ordinanza-monito" non ha indicato in maniera analitica la disciplina da

ISSN 2036-7821

dell'annullamento con cui la Corte non si è limitata a circoscrivere l'effetto "retroattivo" della dichiarazione di incostituzionalità, ma ha rinviato la caducazione delle norme incostituzionali ad una data futura, consentendo per un certo lasso temporale l'operatività e l'applicabilità di norme la cui incompatibilità con la Carta costituzionale è stata definitivamente appurata.

Quanto alle prime se, effettivamente, le cd. sentenze monito con cui la Corte dispone sospensione del giudizio *a quo*, dovrebbero rappresentare un potenziale ed efficace strumento di raccordo tra l'esigenza di fornire una tutela effettiva e tempestiva ai diritti tutelati dalla Costituzione e la discrezionalità politica del legislatore106, a maggior ragione nella prospettiva della Corte «è sembrato più inaccettabile che proprio quando vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona di fronte alla potestà punitiva dello Stato, la Corte dovesse arrestare il proprio sindacato per mancanza di univoche soluzioni […] (laddove, invece, essa ha sviluppato) una nuova sensibilità in questo ambito (che) ha imposto alla Corte di rinvenire nell'ordinamento soluzioni adeguate a rimuovere la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preservando la discrezionalità del legislatore. In tali casi (…) la Corte – che non è mai legislatore positivo e non può quindi creare essa stessa la disposizione mancante – individua nella legislazione vigente una risposta costituzionalmente adeguata, anche se non obbligata, applicabile in via transitoria fintanto che il legislatore non reputi opportuno mettere mano alla riforma legislativa che resta pur sempre nella sua discrezionalità attivare, nell'an, nel quando e nel quomodo»[107].

Se, da un lato indubbiamente, è deprecabile l'inerzia del legislatore protratta oltre l'ordinanza e/o la sentenza monito, tale è anche la surrogazione della Corte costituzionale (sconfinamento o invasione di campo nelle valutazioni di merito) nelle prerogative spettanti al Parlamento così come la posposizione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità che conduce a pronunce "abnormi" quanto agli effetti[108].

---

adottare per conseguire un ragionevole e adeguato bilanciamento tra il diritto di cronaca e la tutela della propria reputazione personale, ma si è limitata a suggerire in maniera più generica e meno vincolante talune opzioni ragionevolmente percorribili dal Parlamento nelle more della sospensione del giudizio. In entrambe le ipotesi, tuttavia, la Corte ha evidenziato che il bilanciamento tra i diversi interessi e libertà costituzionali che vengono di volta di volta in rilievo spetta primariamente al legislatore, che è il soggetto più idoneo a disegnare un equilibrato sistema di tutela dei diritti in gioco.

[106] M. PICCHI, *La mancanza di strumenti efficaci di raccordo fra Corte costituzionale e Parlamento. Recenti sviluppi nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali che "costano"*, in *www.federalismi.it*, n.15/2020, p. 42 ss.

[107] Cfr., Relazione sull'attività svolta nell'anno 2019 dalla Corte costituzionale reperibile sul sito *www.cortecostituzionale.it*, p. 8 ss.

[108] Corte cost. 27 gennaio 2022, n. 22. Il rischio che ciò si verifichi potrebbe essere scongiurato mediante una maggiore interlocuzione e il rispetto del contraddittorio che serve oltre che ad evitare la declaratoria di inammissibilità, anche a rendere più comprensibili e giustificabili le decisioni della Consulta. Cfr., in proposito, M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *AIC*, n. 3/2016, p. 11 ss. ha chiarito che "*la Corte può meglio legittimare le proprie decisioni, all'esterno, se le fonda su dati chiari e ben conosciuti*". L'A., inoltre, ha osservato che "*una prassi di accesso informale alle informazioni disponibili*

ISSN 2036-7821

Ci si intende riferire all'inaccettabile ingerenza nella creazione di una regola che non trova appiglio nella legge e/o nella Costituzione sintomatica del vizio di eccesso di potere giurisdizionale sindacabile sulla scorta di un'analogia sussistente tra la tecnica decisoria adottata dalla Corte costituzionale e quella dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (da ultimo nelle sentenze gemelle nn. 17 e 18 del 2021 ricorribili ai sensi dell'art. 111 Cost.)[109].

Viene, in proposito, in rilevo la recentissima sentenza n. 22 del 2022 con cui la Corte ha rilevato l'inadeguatezza dell'attuale disciplina delle R.E.M.S. sia per la totale estromissione nella gestione e nella sorveglianza dei soggetti custoditi del Ministero della Giustizia e pertanto in spregio dell'art.110 della Costituzione, sia per l'inidoneità delle R.E.M.S., nell'attuale panorama normativo, ad assicurare un trattamento terapeutico risocializzante ai detenuti, privo di aspetti degradanti e discriminatori per la libertà e la dignità di quest'ultimi[110].

La rilevata inadeguatezza della disciplina delle Residenze per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza (R.E.M.S.) è stata accertata dalla Corte costituzionale solo a seguito di una proficua istruttoria con il Ministero della Giustizia e con il Ministero della Salute, nonché dell'acquisizione di una ingente mole di documenti necessari per vagliare l'effettivo status delle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza.

Nella specie, una sentenza di accoglimento, in punto di fatto e di diritto, sarebbe stata agevolmente comprensibile e pienamente giustificata. La Corte, tuttavia, ha dichiarato inammissibile la questione sollevata dall'ordinanza di rimessione, lanciando tuttavia un forte monito al legislatore perché provveda a una complessiva riforma di sistema, di cui ha avuto cura di indicare tratti e finalità essenziali per rimuovere gli attuali punti di frizione con i principi costituzionali.

La decisione si segnala anche per un aspetto innovativo. In primo luogo, l'indicazione dei tratti e delle finalità essenziali della riforma volta ad eliminare le discrasie dell'attuale disciplina delle R.E.MS. con la Costituzione pone, indubbiamente, delle problematiche in ordine ai rapporti tra Corte costituzionale e il

---

presso le pubbliche Amministrazioni, interrotta solo da sporadiche eccezioni non appare soddisfacente…oltre alla prassi, peraltro, dovrebbero mutare anche alcune norme positive, specie in punto di pubblicazione delle ordinanze istruttorie".

[109] L'Adunanza Plenaria ha imposto la disapplicazione delle norme in base alle quali è prevista la proroga delle concessioni demaniali marittime escludendo la retroattività del principio di diritto enunciato così come la Corte ha disapplicato le norme e derogato la regola della retroattività degli effetti delle decisioni. Per una ricostruzione completa delle questioni sottese alle decisioni dell'Adunanza Plenaria si rinvia ai contributi pubblicati nel numero monografico di *Diritto e Società* n. 3/2021.

[110] Per una ricostruzione dell'evoluzione normativa e delle problematiche sorte con riferimento agli OPG prima e successivamente alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza cfr. S. ROSSI, *Ad occhi chiusi. Il sistema delle Rems di fronte alla Corte costituzionale*, in *Rivista di BioDiritto*, 2021, 4, p. 427 ss. e F. SCHIAFFO, *Pene e misure di sicurezza dopo il «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari»*, in *Diritto e giustizia minorile*, 2019;

ISSN 2036-7821

Parlamento. Ma è altrettanto vero che in questa occasione la tutela dei diritti appare l'unica reale preoccupazione della Corte costituzionale.

Nella motivazione della sentenza, infatti, si afferma che dall'accoglimento della questione sollevata deriverebbe l'integrale caducazione del sistema delle REMS, che costituisce il risultato di un faticoso ma ineludibile processo di superamento dei vecchi Ospedali Psichiatrici Giudiziari (OPG), con la conseguenza di un intollerabile vuoto di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti[111].

Ma se, in questo caso, la decisione e la motivazione della Corte possono essere condivise, in altri casi la delicatezza e complessità della tematica oggetto del giudizio di costituzionalità, unitamente alla considerazione del livello elevato di discrezionalità legislativa, esige un maggior approfondimento sugli strumenti che, anche *de iure condendo*, si potrebbero utilizzare per mettere in discussione le decisioni della Consulta.

L'attenzione si appunta sul combinato disposto degli artt. 111 e 137, comma 3, Cost. che esclude l'impugnazione delle sentenze della Corte quale giudice di ultima istanza in base alla aprioristica e indimostrata inconfigurabilità del vizio della funzione sotto forma di eccesso di potere giurisdizionale[112], ipotizzando la possibilità

---

[111] Cfr., p.to 6 cons. dir. ove la Corte "*Una eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione censurata per violazione delle riserve di legge poste dall'art. 25, terzo comma, e dall'art. 32 Cost. determinerebbe, d'altra parte, l'integrale caducazione del sistema delle REMS, che costituisce il risultato di un faticoso ma ineludibile processo di superamento dei vecchi OPG; e produrrebbe non solo un intollerabile vuoto di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti, ma anche un risultato diametralmente opposto a quello auspicato dal rimettente, che mira invece a rendere più efficiente il sistema esistente, mediante il superamento delle difficoltà che impediscono la tempestiva collocazione degli interessati in una struttura idonea*".

[112] Giova, in proposito, richiamare le considerazioni, oggi ancora attuali espresse dall'onorevole Mario Zotta nel lontano 15 novembre 1947, durante la discussione generale dell'Assemblea Costituente concernente i Titoli della Parte seconda del progetto di Costituzione (Titolo IV «La Magistratura», Titolo VI «Garanzie costituzionali), l'onorevole Mario Zotta ebbe ad affermare quanto segue: "*Il concetto di gerarchia è un'esigenza del nostro spirito, prima che una necessità di sistematica e di ordine e di armonia. Ora esiste una gerarchia delle giurisdizioni, come esiste una gerarchia delle norme giuridiche. Ebbene, in questa necessità di struttura gerarchica la Corte costituzionale, fra i tre ordini giurisdizionali esistenti, costituisce indubbiamente l'apice ed il vertice, perché è il supremo organo di giustizia. Quindi dobbiamo configurare oggi questa Corte costituzionale come la suprema corte regolatrice, perché, se finora si giustificava il fatto che la Corte di cassazione potesse essere considerata la suprema corte regolatrice, in quanto mancava un terzo giudice neutro, oggi, che noi istituiamo la Corte costituzionale, dobbiamo ravvisare in questa il giudice che sia al di fuori e al disopra delle parti in contesa. E tanto è questo ragionamento, che se voi esaminate attentamente le conseguenze che derivano dalla posizione presa nel progetto, vi trovate subito dinanzi ad un assurdo, in quanto nel progetto è stabilito, all'articolo 102, che vi è la possibilità di ricorrere contro le decisioni di tutti gli organi giurisdizionali. Ora, applicando questa disposizione, noi ci troveremo di fronte a questa conseguenza strana, aberrante. La Corte costituzionale è indubbiamente un organo giurisdizionale, perché esaurisce la sua attività nella funzione di giudicare, ed allora in base all'articolo 102 sarebbe ammesso il ricorso in Cassazione contro le decisioni della Corte costituzionale. Poiché all'articolo 102 avete detto che le decisioni degli organi giurisdizionali sono suscettibili di ricorso alla Corte di cassazione, contro le decisioni della Corte costituzionale, stando a questo progetto, voi potete ricorrere alla Cassazione. Il che significa dire che la Cassazione ha la possibilità di riesaminare, di rivedere i pronunciati della Corte costituzionale in materia di costituzionalità delle leggi, sulla soluzione di conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato e fra le varie Regioni, finanche sulle decisioni di responsabilità nei confronti del Presidente della Repubblica e dei Ministri che sono accusati, come dice il progetto, a norma della Costituzione. Se voi volete sfuggire a questa conseguenza, dovete approvare un articolo in cui si stabilisca precisamente una eccezione al principio, e si*

ISSN 2036-7821

di modificare tale ultima disposizione attraverso una legge costituzionale con cui si provveda ad introdurre uno specifico motivo di revocazione della sentenza della Corte per errore di diritto o la sospensione dell'ordinanza monito fino all'emanazione della legge di cui è stata sollecitata l'emanazione[113].
E in effetti, l'art. 139 Cost. impone anche alle leggi di revisione costituzionale il solo rispetto della forma repubblicana, al fine di scongiurare qualsiasi pericolo di una deriva totalitaria nell'esercizio del potere pubblico.
La revisione dell'art. 137 Cost. costituisce, ad oggi, l'unico rimedio all'assenza di qualsiasi strumento di contrasto all'usurpazione da parte della Corte costituzionale della funzione e delle prerogative del legislatore, ma anche, in prospettiva, uno stimolo per l'avvio e lo sviluppo di forme di concertazione ispirate al principio di leale collaborazione istituzionale.
Al contempo, onde evitare inammissibili quanto pericolosi vuoti di tutela forieri di illegittimità ben più gravi di quelle che l'annullamento della legge dichiarata incostituzionale ha rimosso, oltre all'eventuale deresponsabilizzazione del legislatore, si potrebbe stabilire un limite temporale entro il quale la legge deve essere emanata, pena lo scioglimento delle Camere, stante l'incapacità del Parlamento di attivarsi al fine di assicurare l'effettività e la tutela dei diritti fondamentali.

6. Conclusioni.

L'indagine fin qui svolta ha evidenziato i rischi connessi con la lenta quanto inesorabile metamorfosi della Corte e del suo ruolo al netto delle tendenze evolutive in atto. L'analisi della giurisprudenza testimonia in maniera inequivoca quanto essa da circa un decennio a questa parte sia sempre meno orientata a «promuovere ed applicare la Costituzione»[114] ripristinando l'ordine costituzionale e l'effettività dei principi in funzione del riconoscimento e della tutela dei diritti fondamentali in uno

dica che le decisioni di questo organo giurisdizionale, che è la Corte costituzionale, non sono passibili di ricorso per Cassazione".

[113] Valorizzando il presupposto dell'opinione di chi sostiene che *"ogni attività di supplenza svolta nell'esercizio dell'attribuzione di giudice delle leggi costituisce una indebita occupazione di spazio costituzionalmente riservato al potere legislativo"*. Così L. ARCIDIACONO, *Discrezionalità legislativa e giurisprudenza della Corte a confronto in tre recenti decisioni*, in A. Ciancio (a cura di), *Persona e "demos"*, Torino, 2010, p. 9.

Sulla scorta di tale premessa si giunge, altresì, a constatare che l'art. 28 della legge 87 del 1953 rinviene il proprio fondamento costituzionale nell'art. 70 della Costituzione, che unitamente all'art. 75 e all'art.138 Cost. esprime la volontà del legislatore costituente di assegnare assoluta preminenza al Parlamento circa le scelte volte a comporre la dialettica e i dissidi tra maggioranza e minoranza.

[114] A. CELOTTO, *La Corte costituzionale*, Bologna, 2004, spec. p.119.

ISSN 2036-7821

Stato di diritto[115] per trasformarsi in arbitro dei conflitti tra i poteri dello Stato e tra i livelli territoriali di governo.
In passato, anche quando la Corte ha mostrato la sua anima più squisitamente politica e perfino quando essa ha preso il sopravvento su quella giurisdizionale[116], non è mai giunta ad una «diretta politicizzazione della giurisdizione»[117].
Tra gli anni '70 e '80 del secolo scorso la Corte ha assunto un ruolo chiave nella tutela dei diritti, come interlocutore necessario sulle questioni sensibili interfacciandosi con il Parlamento e quale arbitro nei conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, implementandosi proporzionalmente anche gli strumenti giudiziari idonei allo scopo (dalle sentenze interpretative di accoglimento e di rigetto, alle sentenze additive di principio fino alle ordinanze o sentenze monito) di pari passo con gli sviluppi del processo di integrazione europea che ha dato avvio al confronto tra le Corti e in considerazione dell'influsso esercitato dalla Corte di Giustizia e dalla CEDU.
Successivamente, però, con l'intensificarsi dei ricorsi per la risoluzione dei conflitti di attribuzione tra lo Stato e le regioni a causa dell'incerta formulazione delle materie di cui all'art. 117 Cost., l'incremento dei giudizi di legittimità in via principale e dei conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, la Corte costituzionale ha accantonato il ruolo di giudice dei conflitti finendo per sostituirsi al legislatore in vista del risultato da raggiungere.[118]
Di fatto, quindi, si è verificato che il sindacato della Corte costituzionale sull'estensione delle competenze e dei poteri attribuiti dalla legge e/o dalla Costituzione si è intensificato in violazione della legge e a danno del Parlamento.
Parallelamente, l'evoluzione giurisprudenziale ha rivelato che, specie nelle questioni di salute, il legislatore si è rivelato non all'altezza del compito affidatogli, mostrandosi sovente reticente 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 di competenze 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

[115] F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, I, Milano, 1970, XI; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, 1984, p. 411 ss. In giurisprudenza, a titolo meramente esemplificativo, cfr., Corte. cost., 19 dicembre 1968, n. 126 e 3 dicembre 1969, n. 147.
[116] L. ELIA, *Relazione di sintesi*, in N. Occhiocupo, (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, p. 168.
[117] E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996, 13. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 161 ss. Di recente, E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, VII ed., Torino, 2021, p. 298 ss.
[118] E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, op. cit., p. 299.

ISSN 2036-7821

del diritto ha assunto ad oggi un ruolo dominante, perennemente in bilico tra giurisdizione e politica.

Tra l'altro, l'ampliamento del potere discrezionale della Corte amplifica il rischio della imprevedibilità del diritto e della decisione, nell'esercizio di una funzione che 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.

Invero, la Corte «come ogni giudice, non può non considerare gli effetti pratici delle proprie decisioni (sforzandosi di ricercare) spazi giuridici maggiormente aderenti alla realtà»[119] e, pertanto, dovrebbe evitare di incorrere nei rischi di un approccio minimalista nei giudizi in cui vengono in rilievo i diritti fondamentali e la loro tutela.

Ciò a maggior ragione nelle controversie che vertono su materie in cui particolarmente elevata è la conflittualità tra il potere centrale e le autonomie territoriali alimentata dalle difficoltà interpretative del Titolo V, parte II, Cost. sull'assetto delle competenze voluto dal legislatore su cui è intervenuta più volte la Corte nel tentativo di smussare la rigidità e l'eccessivo rigore dell'art. 117 Cost. attraverso la elaborazione di materie (e competenze) trasversali.

Indubbiamente la recente presa di posizione della Corte nella sentenza n. 37/2021 ha reso 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.

In quest'ottica, come anche evidenziato di recente dalla dottrina, l'attuazione della riforma costituzionale potrebbe concretamente «"ridimensionare" l'azione della Corte costituzionale (a maggior ragione se essa non è in grado di prevedere *ex ante* gli effetti delle sue pronunce da cui tuttavia possono derivare importanti cambiamenti istituzionali), agendo sugli altri elementi del contesto»[120].

Tale constatazione riaccende, altresì, il dibattito sulla modulazione degli effetti temporali delle pronunce della Corte costituzionale nell'esercizio di un potere discrezionale che pure si presta a facili quando pericolose strumentalizzazioni.

Ci si intende riferire al bilanciamento tra principi e regole finalizzato alla sostanziale riscrittura della (regola e, quindi) delle disposizioni di legge, sostituendo le proprie valutazioni a quelle del legislatore, con cui la Corte omette di considerare l'impatto sul sistema costituzionale che non di rado è tale da rendere irragionevole l'interpretazione della Corte palesando «la gestione sempre più "sregolata" dei suoi processi»121.

---

[119] G. LATTANZI, *Frammenti di un novennio (dicembre 2010 - dicembre 2019)*, in *www.questionegiustizia.it*, n. 4/2020.

[120] D. TEGA, *La Corte nel contesto*, ivi.

[121] Parafrasando A. RUGGERI, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più "sregolata" dei suoi processi*, *www.questionegiustizia.it* (27 luglio 2015).

ISSN 2036-7821

Non di rado il giudizio si conclude con un provvedimento abnorme quanto agli effetti viziato da eccesso di potere giurisdizionale che, infatti, non si configura solo in caso di difetto assoluto o relativo di giurisdizione, ma anche nell'ipotesi di illegittimità dell'esercizio del potere medesimo per sconfinamento dello stesso in ambiti estranei alla competenza della Corte.

Ciò si verifica anche nelle ipotesi in cui nel bilanciamento entrano «principi costituzionali (i quali se ed in quanto) vivono attraverso il diritto giudiziale (…) indeboli(scono) la portata garantista della Carta costituzionale»[122] e in un sistema in cui l'apatia del legislatore ha aperto la strada alla giurisdizionalizzazione dei diritti[123] che si realizza mediante il ricorso a tecniche decisorie dotate dal contenuto normativo.

Il che reca con se un sensibile squilibrio nel rapporto tra il legislatore e il giudice costituzionale a favore di quest'ultimo in conseguenza dell'eccessiva valorizzazione dell'attività valutativa discrezionale della Corte.

Tale situazione potrebbe addirittura indurre taluno a rassegnarsi all'idea di un diritto di matrice esclusivamente giurisprudenziale ammettendo in ipotesi che la legge in realtà non rappresenti altro che un punto di riferimento nella interpretazione della Corte la quale provvede essa stessa a disciplinare la materia rinunciando (e quindi anche a prescindere d)all'intervento del legislatore. La Corte, quindi, potrebbe fare a meno della legge che di conseguenza perderebbe così automaticamente il suo primato di fonte giuridica per eccellenza.

A ben vedere, così configurato, il fenomeno avrebbe delle conseguenze ancora più significative sul sistema normativo nel suo complesso dovendosi ammettere che esso ormai sia entrato in crisi e con esso le sue regole e i suoi principi. In alcuni casi, la infelice formulazione delle norme e la legislazione eccessivamente confusa e tratti incompiuta e/o inconcludente addirittura "autorizza" la Corte a trascurare la cornice normativa quale presupposto dell'interpretazione e del diritto giurisprudenziale.

In ogni caso, le iniziative assunte dalla Corte non mirano certamente a favorire forme di collaborazione attraverso il dialogo, bensì la formazione di percorsi autonomi e totalizzanti.

Di fronte a tale circostanza, in un contesto pur sempre ispirato alla garanzia della legalità e in un quadro costituzionale rivolto alla tutela dei diritti fondamentali incompatibile con l'idea di un potere legislativo e o giurisprudenziale immune da qualsiasi conseguenza sul piano della responsabilità.

---

[122] A. LUCARELLI, *Modelli giuridici di incalcolabilità del diritto*, in A. Apostoli, - M. Gorlani, (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Napoli, 2018, pp. 130-131.

[123] Mutuando un'espressione utilizzata di recente da F. ZAMMARTINO, *Annotazioni sul trattamento di fine vita tra incertezze legislative e giurisdizionalizzazione dei diritti*, in *AIC* n. 2/2020.

ISSN 2036-7821

Di conseguenza essi non possono essere esposti all'arbitrio del legislatore e/o della Consulta[124] nell'esercizio del potere discrezionale ad essi riconosciuto, per la necessità di assicurare una tutela piena ai diritti e al loro nucleo essenziale.
Sulla Corte, quindi, deve pesare la responsabilità per le conseguenze del diritto giurisprudenziale, ossia dell'invasione di campo nelle valutazioni discrezionali riservate al legislatore il quale, a sua volta, compulsato dalla Corte costituzionale, non può esimersi dal raccoglierne la sollecitazione ad intervenire su questioni delicate che richiedono il bilanciamento tra principi e valori costituzionali entro un termine ragionevole. In mancanza, infatti, indubbiamente la prolungata e colpevole inerzia del legislatore potrebbe avere delle conseguenze ben più gravi dell'eccesso di potere giurisprudenziale[125].

[124] S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2013, p. 54 ss.

[125] Cfr., in proposito Cass. civ. SS.UU. ord. 24 novembre 2021, n. 36373 ha ammesso l'azione risarcitoria dinanzi al G.O. per attività legislativa illecita anche quando non sia intervenuta la pronuncia di incostituzionalità. Sulla responsabilità del legislatore per i danni arrecati dall'esercizio o dal mancato esercizio del potere legislativo, di recente, cfr., A.G. PIETROSANTI, *Verso una graduale "responsabilizzazione" dello Stato (legislatore)?*, in *Nuove Autonomie*, n. 3/2021, p. 905 ss. Ci si intende riferire alle conseguenze dell'abolizione di gran parte delle restrizioni anticovid a partire dal 1° maggio u.s. che, contrariamente alle aspettative del Governo, potrebbero da un lato allungare, anziché restringere, i tempi necessari per il definitivo superamento dell'emergenza sanitaria e, dall'altro, esporre lo Stato alla responsabilità per i danni più che paventati connessi a delle scelte che hanno già sollevato numerosi dubbi e perplessità in un momento storico in cui i dati e le statistiche suggeriscono di procedere con la massima cautela.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Considerazioni in tema di vincoli di bilancio e tutela del diritto alla salute

di Laura Lamberti

(Professore Associato di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Introduzione 2. La poliedrica natura del diritto alla salute 3. Pluralismo istituzionale e crisi pandemica; 4. Tutela della salute e vincoli di bilancio; 5. Conclusioni.

Abstract

The essay analyzes the difficult relationship between budgetary constraints and health protection in the context of institutional pluralism of the health organization. The double dimension, personal and collective, of the right to health has shown new reflections during the pandemic crisis and has highlighted the difficulties of coordination related to the distribution of regulatory and administrative competences in the health system. Identifying an appropriate balance between the universality and globalism of the protection and available financial resources is particularly delicate. These difficulties are reflected in the financial relations between the State and Regions in the field of health, an important aspect for the implementation of the new health organization in fulfillment of the reforms provided for in the National Recovery and Resilience Plan (PNRR). Taking advantage of the pandemic experience, a system can be set up to ensure the best allocation of resources in the interest of the community.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

L'approccio a qualsiasi tema di ricerca in ordine all'azione amministrativa richiede un'approfondita analisi dei profili relativi alla finanza pubblica e agli equilibri di bilancio[1]. La necessità di verificare le concrete disponibilità finanziarie e le scelte che sovraintendono alla loro allocazione, considerando le regole che le governano non (solo) come limiti ma (anche) come strumenti per la realizzazione dell'efficienza e della migliore distribuzione delle risorse, permette di realizzare un'operazione di indubbia difficoltà: collegare le scelte di finanza pubblica ai risultati che da queste discendono[2].

La rilevanza di questa relazione appare di lampante evidenza quando si parla di tutela della salute, ambito in cui, a causa della pandemia, nuovi elementi di riflessione si sono aggiunti ai profili di complessità che da tempo occupano il dibattito dottrinario. Il riferimento è in primo luogo al pluralismo istituzionale, elemento caratterizzante dei servizi di tutela della salute da assicurare sul territorio nazionale in condizioni di uguaglianza e parità di trattamento in stretto rapporto con il finanziamento della spesa e i meccanismi della sua distribuzione. Le menzionate difficoltà sono aumentate con l'entrata in vigore della riforma del titolo V della Costituzione e del sistema fondato sul federalismo fiscale che doveva essere presupposto essenziale per il funzionamento del sistema sanitario multilivello ma che, dal 2011, vive una condizione di vero e proprio stallo rispetto al tema dei costi e dei fabbisogni standard. Nell'ora della crisi pandemica, la pluralità dei livelli istituzionali di governo della salute pubblica ha mostrato un lato altamente disfunzionale quanto alla capacità di coordinamento e di individuazione di una strategia comune per contrastare la diffusione del virus. Nel primo anno di pandemia è emersa una difficoltà di dialogo faticosamente ritrovato solo grazie ad alcuni significativi interventi[3] e alla netta presa di posizione della Corte costituzionale[4] che

---

Il presente saggio costituisce rielaborazione ed approfondimento dell'intervento tenuto il 31 maggio 2021 al Convegno "L'evoluzione della Contabilità Pubblica. Docenti e allievi del Dottorato di ricerca in Contabilità Pubblica ricordano la professoressa Maria Luisa Bassi" ed è destinato agli Scritti in memoria della Professoressa Maria Luisa Bassi.

[1] Prezioso insegnamento di metodo appreso frequentando il dottorato teramano coordinato dalla Professoressa Maria Luisa Bassi.

[2] Sul tema si veda M.L. BASSI, *Scelte di finanza e risultati*, in M. IMMORDINO A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003, 192, in cui si evidenziava, con perdurante attualità della ricostruzione, come "la cultura dei risultati sembra essere diventata il principio cardine del buon amministrare pubblico, l'indicatore dell'efficienza di impiego delle risorse, la panacea dei molti mali che affliggono l'amministrazione. Nella fase delle profonde trasformazioni in atto che disegnano una nuova configurazione dello Stato il problema della verifica dei risultati, collegata con i temi della programmazione e del controllo con le responsabilità gestionali, occupa un posto rilevante tra i "principi-guida" dell'ammodernamento dell'organizzazione amministrativa".

[3] Si ricorda quella dell'allora presidente della Corte costituzionale Marta Cartabia con il forte richiamo al rispetto del principio di leale collaborazione.

[4] Corte cost., 24 febbraio 2021, n. 37 su cui si veda *Infra* par. 3.

ISSN 2036-7821

ha chiarito le competenze normative relative alla gestione della pandemia. In questo approfondimento, dopo aver ricostruito la duplice dimensione, personale e collettiva del diritto alla salute che, nel contesto pandemico ha assunto nuovi riflessi, ci si soffermerà sul difficile equilibrio relativo alla distribuzione delle competenze normative ed amministrative in tema di tutela della salute per concludere con un'analisi dei rapporti finanziari tra Stato e Regioni in materia sanitaria. Tale ultimo aspetto costituisce elemento essenziale per disegnare la nuova forma del sistema sanitario che, facendo tesoro dell'esperienza pandemica e attuando le riforme programmate in funzione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), possa assicurare un'organizzazione in grado di garantire la migliore allocazione delle risorse nell'interesse della collettività.

2. La poliedrica natura del diritto alla salute.

L'art. 32 della Costituzione sancisce il diritto alla salute quale diritto fondamentale dell'individuo qualificandolo, allo stesso tempo, quale interesse della collettività la cui tutela è affidata alla Repubblica. Si tratta di un diritto dalla natura poliedrica, le cui diverse dimensioni assumono rilievi spesso concordanti ma anche frequentemente confliggenti, come è emerso anche nella circostanza della lotta al Covid-19. In termini generali la dimensione positiva della tutela della salute fa riferimento al contenuto della pretesa in ordine all'esistenza e alla fruibilità di servizi sanitari idonei a tutelare e migliorare la condizione di salute delle persone. In quest'ottica è possibile identificare cosa l'individuo possa pretendere e la Repubblica sia obbligata ad assicurare. Nella sua dimensione negativa, invece, il diritto alla salute si atteggia come garanzia della libertà di cura, in ossequio alla quale nessuno può essere obbligato a trattamenti sanitari se non per disposizione di legge e sempre nel rispetto della persona umana[5]. In ordine al primo aspetto un ruolo determinante ha avuto il giudice costituzionale rispetto all'esatta perimetrazione del suo contenuto anche a causa della ineludibile necessità di compatibilità con le risorse finanziarie[6]. Così accanto al nucleo minimo ed incomprimibile di garanzia dell'integrità

[5] Sul punto significativo è stato l'approdo raggiunto con la legge 22 dicembre 2017, n. 219 recante norme "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento" che introduce significative novità in ordine alla relazione medico-paziente rispetto alla quale deve essere assicurata piena simmetria basata sull'autodeterminazione del paziente e sulla corrispondente competenza del medico quali elementi dell'alleanza terapeutica; il divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e il rispetto della dignità nella fase finale della vita quali elementi fondanti dell'alleanza assistenziale concernente la terapia del dolore; l'acquisizione del consenso informato nei minori ed incapaci; le disposizioni anticipate di trattamento; la pianificazione delle terapie fondate sulla condivisione tra medico e paziente rispetto ai casi di malattie croniche ed esito infausto. Sul tema cfr. F. CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, 3 e ss.; M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018; P. BORSELLINO, *"Biotestamento": i confini della relazione terapeutica e il mandato di cura*, in *Famiglia e diritto*, 2018, 8-9, 789 e ss.

[6] Sul tema del diritto alla salute come finanziariamente condizionato si veda *infra* par. 4 nota 37

ISSN 2036-7821

psicofisica, sono state aggiunte, grazie alle pronunce interpretative ed additive della Corte costituzionale, anche la protezione del complessivo benessere fisico, mentale e sociale della persona, comprensivo del c.d. diritto alla salute ambientale[7]. Con il diffondersi del Covid-19 l'intimo conflitto tra la dimensione personale e collettiva del diritto alla salute è tornato di drammatica attualità[8]. La necessità di contrastare il virus ha in particolare richiesto una nuova definizione di tutela della salute connessa alla circostanza che la protezione dei soggetti più fragili poteva essere attuata solo grazie al comportamento responsabile di tutti, attraverso misure che hanno imposto la compressione più significativa mai vissuta dei diritti costituzionali. In assenza di certezze circa il possibile andamento del virus, nell'assunzione delle decisioni pubbliche in materia sanitaria, si è fatto ricorso all'applicazione del principio solidaristico quale valore fondante del nostro sistema costituzionale. In applicazione di tale principio si è azzerata la possibilità, per il singolo, di tenere comportamenti incompatibili con le indicazioni sanitarie di contenimento del virus[9]. La possibilità di scegliere è stata normativamente qualificata come recessiva rispetto alla necessità di tutelare la collettività che da tale comportamento individuale potesse ricevere una lesione, risultando del tutto ininfluente che questa scelta derivasse dalla piena consapevolezza delle possibili conseguenze sulla propria salute, quale espressione del consenso informato che costituisce il più moderno baluardo personalistico del diritto alla tutela della salute. Allo stesso tempo, però, la percorribilità di tale approccio ha imposto che le decisioni sanitarie rispettassero un altro principio fondamentale[10], non espressamente enunciato nel testo costituzionale ma

[7] Il diritto alla salute si è spesso posto anche in tensione rispetto ad altri interessi della collettività e ne è chiara dimostrazione la difficoltà di conciliare lo sviluppo industriale ed economico con i principi di tutela e salvaguardia dell'ambiente e dei suoi riflessi sulla salute umana. La vicenda dell'ILVA di Taranto è divenuta emblematica dimostrazione dell'antagonismo tra le opposte esigenze connesse al progresso socioeconomico e occupazionale rispetto all'inquinamento ambientale e ai conseguenti danni alla salute. Anche in ordine a questo profilo, essenziale è stato il contributo della Corte costituzionale che, chiamata a decidere su questioni inerenti al caso ILVA, elaborò la tesi dell'inconfigurabilità degli interessi tiranni (Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85).

[8] Sul punto M. NOCELLI, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, reperibile *online* sul sito *http://www.federalismi.it*, 11 marzo 2020, per il quale "l'interesse della collettività, di fronte a situazioni di gravissima emergenza sanitaria e alla minaccia per la salute di tutti e di ciascuno, assurge ad un valore superiore, capace di giustificare severe restrizioni alla libertà della persona e agli atti della sua vita quotidiana e di imporre rigorosi limiti ad altri diritti costituzionalmente garantiti, appunto, di tutti e di ciascuno. Quest'ordine di restrizioni, imposte dal rispetto della salute quale interesse della collettività, a determinate condizioni (…) è ammissibile e anzi necessario, persino con la temporanea compressione delle libertà democratiche, senza che ciò lo trasformi in un diritto della paura".

[9] In un primo drammatico momento con l'impossibilità di allontanamento dal proprio domicilio in assenza di una ragione legittimante e in ogni caso con l'osservanza di specifiche cautele sanitarie quali il distanziamento, l'uso della mascherina, l'igienizzazione delle mani oltre a tutte le limitazioni connesse ai diversi tipi di attività. In un secondo momento con l'applicazione delle regole sui diversi tipi di *green pass*.

[10] Nelle situazioni straordinarie la mancanza di prescrizioni positive impone il richiamo ai principi fondamentali che, nell'àmbito dei diversi ordinamenti (o in loro specifici settori), costituiscono parametro e fondamento di norme non necessitando di fondamento o giustificazione a loro volta. Essi si caratterizzano per

ISSN 2036-7821

riconducibile ad una diversa dimensione dello stesso principio solidaristico. Si tratta del principio di proporzionalità[11] che ha imposto la necessità che le decisioni delle misure via via identificate per gestire l'emergenza, garantissero il rispetto dei tre test di verifica circa la loro idoneità, necessarietà ed adeguatezza[12]. Con particolare riguardo al profilo dell'adeguatezza, o proporzionalità in senso stretto, si deve rilevare come la prevalenza del perseguimento dell'interesse pubblico, rispetto al sacrificio imposto agli interessi con esso configgenti, è normalmente risolta a monte dalla previsione legislativa attributiva del potere il cui esercizio comporta il suddetto sacrificio, in ossequio del principio di legalità. La situazione, tuttavia, si atteggia in maniera più complessa in condizioni di emergenza che comportano il ricorso a poteri straordinari caratterizzati dall'elevato gradiente di indeterminatezza necessario ad adattare l'intervento alle situazioni contingenti e rispetto ai quali diviene ancora più stringente la necessità del pieno rispetto del principio di adeguatezza[13] indissolubilmente legato al principio di precauzione[14]. Nel quadro dei principi ai

---

"l'eccedenza di contenuto deontologico o assiologico rispetto a quello proprio delle comuni norme giuridiche (…) perché sono percepiti come ovvi, auto evidenti, o come intrinsecamente giusti". Cosí R. GUASTINI, *Principi di diritto*, in *Digesto (disc. priv.)*, Sez. civ., XIV, Torino, 1996, 346. Per la distinzione tra principi fondamentali, principi generali e principi supremi cfr. F. MODUGNO, *Principi fondamentali, generali, supremi*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto Pubblico*, V, Milano, 2006, 4490.

[11] D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalita` e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; A. SANDULLI, *La proporzionalita` dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, London, 1996; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalita`. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; F. Merusi, *Ragionevolezza e discrezionalita` amministrativa*, Napoli, 2011; A. ALEXY, *Constitutional Rights and Proportionality*, reperibile *online* sul sito *http://revus.revues.org/2783*, 22, 2014; F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. mmm*., 2, 2016, 361; sia consentito rinviare anche a L. LAMBERTI, *Attività amministrativa e principio di proporzionalità*, in A. FACHECHI, G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017, 541.

[12] L'origine del principio di proporzionalità, ricondotta al diritto di polizia tedesco ed al notissimo caso Kreuzberg del 1882, afferma la necessità che la compressione della sfera giuridica dei singoli venga realizzata attraverso il mezzo meno invasivo e senza superare quanto sia strettamente necessario per il perseguimento della pubblica finalità. È in questo àmbito che, nell'approfondimento della consistenza e degli elementi costitutivi del principio, sono stati identificati tre profili (corrispondenti a tre stadi successivi di verifica) che devono sussistere perché il principio di proporzionalità, in relazione ad una determinata decisione dell'autorità, possa dirsi rispettato: l'idoneità (*Geeignetheit*), intesa come capacità del mezzo prescelto al raggiungimento dello scopo; la necessarietà (*Erforderlichkeit*) intesa come non sostituibilità del mezzo utilizzato a favore di uno diverso, altrettanto idoneo, ma che incida meno negativamente nella sfera giuridica dei soggetti coinvolti; la proporzionalità in senso stretto o adeguatezza (*Verhältnismä igkeit im engeren Sinne*) che rappresenta il parametro di piú difficile e quindi di piú rara applicazione con riguardo alla fase di sindacato da parte del giudice, consistente nella verifica che la misura scelta non sia eccessiva quanto all'impatto nella sfera dei soggetti coinvolti o comunque determinante un sacrificio per loro intollerabile.

[13] Tali poteri straordinari, richiedono a monte un intervento di rango primario, attraverso decreti-legge, in grado di derogare, in presenza delle condizioni di necessità ed urgenza, alle garanzie costituzionalmente assicurate da riserve di legge, cosa che non è accaduta immediatamente in occasione dell'emergenza Covid-19. Cfr. nota 26.

[14] S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalita` tecnica e discrezionalita` pura*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 130; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, in M. RENNA – F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 413 ss; R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018; L. GIANI, *Dalla cultura*

ISSN 2036-7821

quali il decisore istituzionale ha doverosamente ancorato le scelte sanitarie, infatti, in posizione di priorità logica, quanto alla valutazione delle concrete circostanze, si pone il principio di precauzione che, in base alla migliore ricostruzione condivisa dalla giurisprudenza europea, non obbliga necessariamente alla decisione connessa al rischio zero ma induce a preferire, tra le diverse possibilità percorribili, la scelta che consenta il migliore bilanciamento tra possibili rischi e presumibili vantaggi. Scelta adottata in base alle conoscenze della migliore scienza del momento e alla luce del principio di proporzionalità che porta all'individuazione di una soglia di pericolo accettabile[15]. Ne sono dimostrazione le decisioni in tema di riaperture che, proprio in applicazione dei principi di precauzione e proporzionalità, hanno permesso il progressivo ritorno ad una condizione di maggiore normalità realizzata parallelamente alla sempre più massiccia campagna di vaccinazione. Numerosi profili controversi sono emersi anche in ordine a tale tema riguardo ai vaccini utilizzabili, alle modalità e agli intervalli di somministrazione, alla platea dei soggetti prioritariamente individuati come destinatari della vaccinazione e specialmente alla necessità di introduzione di un obbligo vaccinale e alla sua sanzionabilità. In termini generali il tema delle vaccinazioni ha da sempre costituito terreno di scontro tra la dimensione personale e quella collettiva del diritto alla salute cosa che in ordine al vaccino contro Covid-19 è stata enfatizzata a causa del breve lasso di tempo nel quale è stato realizzato e sperimentato. Anche in questo caso le scelte istituzionali hanno fatto prevalere una prospettiva solidaristica della tutela della salute attraverso una campagna di vaccinazione che fosse quanto più capillare possibile e la concorrente previsione degli obblighi di green pass. La necessità di raggiungere una generalizzata protezione dal virus è stata identificata come l'unica reale possibilità di superare la condizione di grave crisi sanitaria, economica e sociale provocata dalla pandemia[16].

---

dell'emergenza alla cultura del rischio. Potere pubblico e gestione delle emergenze, in L. GIANI – M. D'ORSOGNA – A. POLICE, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018.

[15] Sul punto si veda Cons. St., Comm. spec., 26 settembre 2017, n. 2065/17 che affronta il tema della previsione dell'obbligo vaccinale per l'accessibilità ai nidi rappresentando un utilissimo riferimento per i temi in oggetto. Nel parere viene specificamente approfondito il principio di precauzione chiarendosi che "La base scientifica del principio di precauzione rappresenta anche un presidio di garanzia della ragionevolezza delle scelte pubbliche e rafforza conseguentemente la *compliance* delle regole positive (su di esso fondate) che impongano obblighi di comportamento per i consociati. La consapevolezza, invero, che il decisore pubblico sia tenuto a seguire una strategia valutativa (di *problem solving*) poggiante sulle verificabili e verificate acquisizioni della miglior scienza del momento (e sul rigore del relativo metodo) concorre ad escludere il sospetto di arbitrarieta` inevitabilmente connesso a ogni epifania dell'autoritativita`, specialmente quando quest'ultima si manifesti sotto forma di biopotere (ossia di esercizio della politicita`, in questo caso estrinsecantesi in cogenza normativa, nella gestione del corpo umano)".

[16] Sul tema dell'obbligo vaccinale e delle decisioni assunte in tema di *green pass* dal Governo si vedano le efficaci riflessioni di G. M. FLICK, *Un cortocircuito fra ricerca scientifica, decisione politica e informazione ai tempi della pandemia*, in *Cass. Pen.*, 1, 2022, 48, il quale, richiamando il prezioso contributo di bilanciamento realizzato dalla Corte costituzionale nel caso dell'ILVA, rileva come la necessità della ricerca di un equilibrio tra valori in gioco (tutti

ISSN 2036-7821

Occorre infine segnalare i molti "conflitti interni" al concetto di tutela della salute emersi a causa della pandemia. Come si è detto, per contrastare la diffusione del virus sono state individuate misure che hanno comportato enormi limitazioni alle libertà personali quali indispensabili strumenti per evitare il collasso delle strutture sanitarie e l'insopportabile perdita di vite. Queste decisioni, adottate attraverso l'esercizio di poteri straordinari, corrette nel tempo quanto agli strumenti utilizzati e ai soggetti deputati ad utilizzarli, hanno tuttavia comportato conseguenze sulla stessa capacità di assicurare tutela alla salute dei cittadini sotto una pluralità di aspetti. In primo luogo, quanto ai ritardi registrati nella diagnosi e nella cura delle malattie "tradizionali" con conseguente aggravamento del numero di pazienti il cui decorso di malattia ha avuto esito peggiore se raffrontato a quello degli anni precedenti; ancora rispetto alla riduzione della capacità di cura delle malattie croniche che rappresenta una voce significativa nel quadro del sistema di tutela sanitaria complessivamente inteso, ma anche rispetto all'aumento delle condizioni patologiche legate alla sofferenza psicologica derivante dall'esperienza pandemica. Questo profilo merita specifica attenzione non per un'improbabile lettura a posteriori delle scelte operate ma per la doverosa capacità di apprendimento che è condizione necessaria affinché qualsiasi esperienza possa far scaturire vera resilienza. Questo termine, utilizzato enfaticamente nel PNRR[17], origina, come noto, sul terreno della psicologia e presuppone la necessaria corretta percezione e valutazione delle vicende, anche le più drammatiche, affinché ad esse si possa reagire evitando di rimanerne sopraffatti. Un'attenzione che diventa impegno rispetto alle giovani

parimenti essenziali) sia di particolare attualità in ordine ai problemi derivanti dalla pandemia. L'autore sottolinea come "anche e più ancora per essi si pone il problema della difficoltà delle decisioni e dell'informazione in un contesto sempre più rappresentato da un coacervo di interessi e di diritti – spesso contrapposti – che vanno tra di loro coordinati, senza che nessuno di essi sacrifichi in toto gli altri, nella lettura e nell'applicazione dell'art. 32 Cost. In un periodo di pandemia si pongono in termini drammatici la sequenza e l'alternativa tra il diritto fondamentale dell'individuo alla salute; l'interesse ad essa della collettività; la garanzia dell'autodeterminazione; il rispetto della dignità della persona; il rispetto di altri diritti concorrenti e talora confliggenti con il diritto alla salute, come in particolare nella specie il diritto al lavoro e al suo esercizio (…) Può essere stato giusto cercare di non imporre immediatamente l'obbligo di vaccinazione; di arrivare ad esso attraverso una via un po' tortuosa, percorsa con l'offerta del green pass per agevolare la prova della nostra incapacità di contagiare gli altri o di essere da loro contagiati. È la via che seguiamo di solito in Italia (la spirale invece della linea retta quale linea più breve fra due punti) come metodo più in generale, per evitare tensioni politiche e sociali. Il green pass è un'offerta condizionata certamente compatibile con la nostra Costituzione e con le garanzie ed i limiti previsti da essa per certe forme di libertà, in nome della salute e della sanità, al pari dell'obbligo vaccinale imposto direttamente".

[17] I contributi dottrinari in tema di PNRR, a un anno dalla sua presentazione al Parlamento e alla Commissione europea, sono numerosissimi. Per una generale ricognizione dei principali profili di interesse si vedano le relazioni e gli interventi realizzati al Convegno AIPDA, *Next Generation UE. Proposte per il piano nazionale di ripresa e resilienza*, 28 aprile 2021, reperibili *online* sul sito *http://www.aipda.it*. Con specifico riguardo alla natura del PNRR cfr. F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, reperibile *online* sul sito *http://giustiziamministrativa*, 2021; M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, reperibile *online* sul sito *http://www.astrid-online.it*, 2021; N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, reperibile *online* sul sito *http://www.federalismi.it*, 2021.

ISSN 2036-7821

generazioni[18] e profonda responsabilità nei loro confronti. Per non sprecare gli effetti positivi scaturiti, per l'eterogenesi dei fini, da questa vicenda[19], occorre assicurare che il sistema sanitario nazionale e globale si evolva ponendosi in sicurezza anche rispetto ad eventi straordinari e imprevedibili come quello vissuto. Questo potrà accadere attraverso una piena, responsabile e sinergica realizzazione dei contenuti del PNRR[20] che permetterà di restituire alle generazioni future un contesto economico, sociale e culturale migliorato attraverso la realizzazione degli obiettivi di transizione ecologica e digitale e di coesione sociale, concorrendo a garantire, con specifico riguardo alla Missione 6[21], che le plurime dimensioni del diritto alla salute possano essere assicurate dai diversi attori istituzionali coinvolti.

3. Pluralismo istituzionale e crisi pandemica.

L'organizzazione del sistema sanitario si è evoluta nel tempo con un sempre maggiore coinvolgimento dei pubblici poteri[22] e dei diversi livelli istituzionali. Una pluralità istituzionale che ha trovato piena conferma e accelerazione con la riforma del titolo V che ha attribuito alla competenza legislativa concorrente la disciplina della materia. In ordine a tale attribuzione sono immediatamente emersi problemi

[18] Probabilmente non si è ancora in grado di calcolare pienamente i "costi" che la pandemia ha provocato tra i giovani e giovanissimi.

[19] Vicenda che oggi sembra, se non definitivamente superata, quantomeno gestibile grazie alla duplice azione della campagna vaccinale e dei progressi nelle cure.

[20] Come noto il piano italiano si occupa in primo luogo delle riforme necessarie per la realizzazione degli interventi programmati che sono improcrastinabili per realizzare la modernizzazione del sistema Paese. Le riforme concernono la pubblica amministrazione, la giustizia, la semplificazione e la concorrenza. In piena aderenza con le prescrizioni del Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021/241, le sei Missioni del PNRR riguardano: "Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura" per la quale è previsto uno stanziamento complessivo (tra Dispositivo per la ripresa e la resilienza e Fondo complementare) di 49,2 miliardi di euro; "Rivoluzione verde e transizione tecnologica" per la quale è previsto uno stanziamento complessivo (tra Dispositivo per la ripresa e la resilienza e Fondo complementare) di 68,6 miliardi di euro; "Infrastrutture per una mobilità sostenibile" per la quale è previsto uno stanziamento complessivo (tra Dispositivo per la ripresa e la resilienza e Fondo complementare) di 31,4 miliardi di euro; "Istruzione e ricerca" per la quale è previsto uno stanziamento complessivo (tra Dispositivo per la ripresa e la resilienza e Fondo complementare) di 31,9 miliardi di euro; "Inclusione e coesione" per la quale è previsto uno stanziamento complessivo (tra Dispositivo per la ripresa e la resilienza e Fondo complementare) di 22,4 miliardi di euro; "Salute" per la quale è previsto uno stanziamento complessivo (tra Dispositivo per la ripresa e la resilienza e Fondo complementare) di 18,5 miliardi euro.

[21] Con il decreto del Ministero dell'Economia e Finanze, 6 agosto 2021, recante "Assegnazione delle risorse finanziarie previste per l'attuazione degli interventi del Piano nazionale di ripresa e resilienza e ripartizione di traguardi e obiettivi per scadenze semestrali di rendicontazione" sono state assegnate le risorse finanziare, alle singole amministrazioni, per l'attuazione degli interventi di cui sono titolari. Tutti gli interventi della Missione 6, suddivisi in due componenti, sono a titolarità del Ministero della Salute che li attua con il tramite di Agenas.

[22] In origine il coinvolgimento dei poteri pubblici in merito alla salute pubblica era stato specificamente rivolto ad evitare il diffondersi di epidemie in un'ottica, come detto, di interesse collettivo e non di diritto personale. L'attività di assistenza era realizzata grazie all'impegno solidaristico privato, per la maggior parte di istituzioni religiose, e solo nel 1890 con la legge n. 6972, si provvide ad assoggettare ad un sistema di controlli le neoistituite IPAB.

ISSN 2036-7821

legati alla tensione tra uniformità e differenziazione, al controverso rapporto tra il ruolo del centro rispetto a quello delle regioni. Questo ultimo aspetto, nel corso della pandemia, è deflagrato con la drammaticità legata all'emergenza da affrontare. Uno dei profili più complessi emerso nei primi mesi di circolazione del virus ha riguardato, infatti, la corretta individuazione degli attori chiamati ad intervenire per la gestione dell'emergenza stessa, considerato che l'ordinamento, in differenti testi normativi, riconosce poteri di ordinanza per la gestione delle situazioni di emergenza sanitaria, in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro della salute ma anche ai Presidenti delle Regioni ed ai Sindaci, senza tuttavia definirne il corretto raccordo nell'ipotesi in cui sia necessario gestire un'emergenza che abbia, contemporaneamente, dimensione locale, regionale e nazionale, oltre che sovranazionale e globale, come quella provocata dal Covid-19. La necessità di fare sistematico ricorso a misure straordinarie, comportanti forti compressioni delle libertà fondamentali, al fine di arginare la circolazione del virus e le terribili conseguenze in termini di tenuta delle strutture sanitarie e di perdite umane, ha portato ad accostare la circostanza che si viveva alla guerra di cui all'art. 78 della nostra Carta costituzionale[23]. Nel nostro sistema costituzionale, a differenza di quanto accade in altri ordinamenti[24], non è espressamente contemplato e disciplinato lo stato d'eccezione. Al di fuori delle ipotesi di conflitto bellico[25], la necessità di fronteggiare situazioni di straordinaria gravità ed urgenza viene ricondotta all'emanazione di decreti legge. La tesi della riconducibilità ad una particolare forma di guerra ha ceduto il passo ad una ricostruzione che ha ancorato il fondamento degli interventi emergenziali alle disposizioni che sanciscono l'unità ed indivisibilità della Repubblica e in termini più generali al tessuto dei valori fondamentali sottesi all'ordine costituzionale complessivamente inteso[26]. Il rispetto della coerenza complessiva del sistema, che ha vissuto in una primissima fase palesi forzature[27], ha trovato un equilibrio con l'emanazione di decreti legge e conseguenti DPCM[28], quali

[23] F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *federalismi.it*, 6 aprile 2020, 4.

[24] Si pensi ad esempio alle disposizioni della Costituzione francese o spagnola.

[25] F. CINTIOLI, *op. cit.* Con diverso approccio F. FRACCHIA, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sara` piu` come prima?* in *Il diritto dell'economia*, 2019, 575 ss. *Contra* T. GROPPI, *Le sfide del Coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *Consulta online*, 2020, 1; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, reperibile *online* sul sito *http//:www.consultaonline.it*, 4.

[26] M. LUCIANI, *op. cit.*, 4.

[27] Ci si riferisce alle previsioni del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 in cui la genericità delle misure che potevano essere disposte con DPCM hanno immediatamente sollevato i rilievi critici della dottrina. Cfr. G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, reperibile *online* sul sito *http//:www.unicost.eu*; M. LUCIANI, *op. cit.*, 25.

[28] In quest'ottica il ricorso ai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri previsti dagli artt. 3 e 23 del d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, a condizione, però che essi trovino necessario presupposto in decreti-legge in grado di derogare alle libertà fondamentali senza una intollerabile violazione dell'ordine costituzionale.

ISSN 2036-7821

strumenti per operare una linea di intervento fondata sul contributo crescente e strutturato degli organismi tecnici incaricati di fornire ricostruzioni sempre più attendibili del quadro epidemiologico[29]. Alla valutazione scientifica dell'andamento dell'epidemia, si è aggiunta la costante necessità di raccordo tra i diversi livelli istituzionali, per l'adozione di decisioni in grado di contemperare interessi parimenti rilevanti, come quello della salvaguardia dell'economia nazionale, della tutela dell'occupazione, dell'esercizio dei diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti. In realtà i diversi livelli istituzionali coinvolti nella gestione dell'emergenza non sono stati in grado di dialogare e individuare una linea di intervento condivisa. Le Corti nazionali sono state impegnate nel difficile compito di ricondurre a sistema un quadro di azioni alluvionale e scoordinato che ha visto la frequente contrapposizione tra Stato e Regioni ma anche la tensione tra l'interesse alla tutela della salute e quello di altri valori costituzionali[30]. In ordine ai rapporti tra i diversi livelli di governo del sistema di salute pubblica, dopo animati dibattiti politici e dottrinari e contrasti istituzionali sovente risolti in sede giudiziaria, è intervenuta la decisione della Corte costituzionale del 24 febbraio 2021, n. 37 sul ricorso proposto dalla Presidenza del Consiglio dei ministri per la declaratoria di incostituzionalità dell'intera legge della Regione Valle d'Aosta 9 dicembre 2020 numero 11[31]. La Corte,

[29] Il legislatore statale ha realizzato un sistema d'intervento basato su una successione di atti normativi e amministrativi. Mentre con i decreti legge sono state disposte le misure di quarantena e le altre forme di restrizione delle libertà personali, il loro specifico adattamento, sotto il profilo spaziale e temporale, è stato realizzato attraverso i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri.

[30] Quanto al profilo del bilanciamento rispetto agli interessi potenzialmente confliggenti con le misure di contenimento del virus sono intervenute numerose sentenze che hanno chiarito la necessità, nella gestione dell'emergenza epidemiologica, di individuare un equilibrio anche nell'assicurazione della tutela di altri interessi costituzionalmente garantiti evitando che venissero pregiudizialmente considerati recessivi, in ragione di un'aprioristica adesione all'opzione zero. Di particolare interesse, in questo senso, è la decisione del TRGA Trento, 12 marzo 2021, n. 36 sulla possibilità di espletamento della consultazione referendaria rinviata a causa di un'apodittica impossibilità di assicurare le necessarie misure di distanziamento e sanificazione.

[31] "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 d'emergenza". L'incostituzionalità veniva contestata rispetto agli artt. 25, secondo comma, 117, commi secondo, lettere m), q) e h), e terzo, 118 e 120 della Costituzione, nonché al principio di leale collaborazione e all'art. 44 della legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 4 (Statuto speciale per la Valle d'Aosta) asserendosi che "l'intero testo della legge reg. Valle d'Aosta n. 11 del 2020 si ponga in contrasto con le competenze legislative statali indicate dall'art. 117, secondo comma, lettere m) e q), e terzo comma Cost., nonché con gli artt. 118 e 120 Cost., nella parte in cui alloca funzioni amministrative ad un livello di governo regionale, anche in violazione della chiamata in sussidiarietà che sarebbe stata disposta dalla normativa statale, in particolare con i decreti-legge 25 marzo 2020, n. 19 (Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19), convertito, con modificazioni, nella legge 22 maggio 2020, n. 35, e 16 maggio 2020, n. 33 (Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19), convertito, con modificazioni, nella legge 14 luglio 2020, n. 74" punto 2. Tali ultimi aspetti contenuti nelle disposizioni degli artt. 3, 4, comma 4, 5, 6 e 7 della legge regionale, promosse in riferimento agli artt. 117, secondo comma, lettere m) e q), e terzo comma, 118 e 120 Cost. non sono state ritenute fondate.

ISSN 2036-7821

dopo aver ricostruito il quadro normativo di riferimento[32], ha espressamente escluso la possibilità di interventi normativi regionali come quello operato dalla Regione Valle D'Aosta diretti a interferire legislativamente con la disciplina fissata dal competente legislatore statale[33] in ragione della riconduzione alla materia della profilassi internazionale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera q, Cost. da ritenersi estesa a qualsiasi misura in grado di prevenire o contrastare una pandemia sanitaria. Sul punto viene richiamata l'evidente presenza della malattia da Covid- 19 in tutto il mondo, come conclamato dalla dichiarazione di emergenza sanitaria di rilievo internazionale operata dall'OMS a gennaio 2020, alla quale sono seguite specifiche raccomandazioni indirizzate alle autorità politiche e sanitarie degli Stati. A supporto di questa ricostruzione la Consulta evidenzia come "ogni decisione in tale materia, per quanto di efficacia circoscritta all'ambito di competenza locale, abbia un effetto a cascata, potenzialmente anche significativo, sulla trasmissibilità internazionale della malattia, e comunque sulla capacità di contenerla. Omettere, in particolare, di spezzare la catena del contagio su scala territoriale minore, mancando di dispiegare le misure a ciò necessarie, equivale a permettere che la malattia dilaghi ben oltre i confini locali e nazionali". La netta posizione assunta, rispetto alle tesi che negli anni erano state operate sul tema della corretta interpretazione della materia "profilassi internazionale"[34] probabilmente discende non solo dalla salda convinzione della ricostruzione operata, ma anche dal vivo ricordo degli eccentrici

[32] La Consulta, con un approccio didascalico, richiama i d.l. n. 19 e 33 del 2020 ricordando che essi prevedono "un vasto insieme di misure precauzionali e limitative, la cui applicazione continua ad essere affidata a d.P.C.m., assunti, dopo aver acquisito il parere dei Presidenti delle Regioni interessate, o, nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale, del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome. Nelle more dell'approvazione di tali decreti, per contenere un aggravamento della crisi, il Ministro della salute può intervenire mediante il citato potere di ordinanza attribuito dall'art. 32 della legge n. 833 del 1978". In base, poi, all'art. 1 del d.l. n. 33 del 2020 è stata individuata la possibilità di intervenire in via d'urgenza anche ai sindaci e alle Regioni. La Corte, quindi, afferma la necessità di riferirsi a tali fonti statali e alla successiva produzione legislativa per "rinvenire il fondamento giuridico dei poteri esercitati da Stato, Regioni ed enti locali per rispondere alla pandemia".

[33] Sul punto la Corte richiama la sentenza n. 198 del 2004 ricordando che "ciò che è implicitamente escluso dal sistema costituzionale è che il legislatore regionale (così come il legislatore statale rispetto alle leggi regionali) utilizzi la potestà legislativa allo scopo di rendere inapplicabile nel proprio territorio una legge dello Stato che ritenga costituzionalmente illegittima, se non addirittura solo dannosa o inopportuna […]. Dunque né lo Stato né le Regioni possono pretendere, al di fuori delle procedure previste da disposizioni costituzionali, di risolvere direttamente gli eventuali conflitti tra i rispettivi atti legislativi tramite proprie disposizioni di legge" punto 4.2.

[34] Sul punto D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, reperibile *online* sul sito *http://www.forumcostituzionale.it.*, 17 aprile 2021; B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, reperibile *online* sul sito *http://www.federalismi.it*, reperibile *online* sul sito *http://www.federalismi.it*, 21 aprile 2021; M. D'Arienzo, *La dimensione «forte» della potesta` legislativa statale tra livelli essenziali di assistenza e tutela della salute, con una postilla alla sentenza della Corte cost. n. 37/2021*, in questa rivista, 1, 2022, 158.

ISSN 2036-7821

interventi realizzati da alcune Regioni e dall'auspicio di individuare una linea in grado di risolvere oltre ai contrasti emersi anche quelli potenziali[35].

4. Tutela della salute e vincoli di bilancio.

Rispetto al quadro descritto assumono rilievo determinante gli aspetti finanziari che riguardano i rapporti tra Stato e Regioni in materia sanitaria. Tale profilo, essenziale nel momento della crisi pandemica, continuerà ad esserlo anche nel prossimo futuro quando sarà necessario assicurare la nuova messa a regime del sistema, in base agli obiettivi del PNRR, che dovrà garantire prestazioni sanitarie allo stesso tempo adeguate e coerenti con i vincoli finanziari. Presupposto indefettibile, infatti, è l'equilibrio tra le prescrizioni dell'art. 32 Cost., da leggere in combinato disposto con gli artt. 2 e 3, e le norme costituzionali che sanciscono i vincoli di bilancio di cui agli artt. 81, c. 1 e 4, 97, c. 1, e 119, c. 1 e 6, Cost., come modificati dalla legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 che ha introdotto la regola dell'equilibrio di bilancio in attuazione del "*Fiscal Compact*"[36]. Si tratta di un rapporto di tensione reciproca aggravata dal fatto che il settore sanitario, come illustrato, costituisce terreno d'elezione per i conflitti tra Stato e Regioni. Anche in questo caso è stato importante il ruolo della Corte costituzionale, non solo quanto all'individuazione del contenuto del diritto alla salute, ma anche rispetto alla necessità che questo contenuto venga individuato *anche* alla luce delle risorse finanziarie a disposizione[37].

[35] La Corte aveva immaginato che i possibili conflitti avrebbero potuto riguardare "l'approccio terapeutico; i criteri e le modalità di rilevamento del contagio tra la popolazione; le modalità di raccolta e di elaborazione dei dati; l'approvvigionamento di farmaci e vaccini, nonché i piani per la somministrazione di questi ultimi". Su tale specifico aspetto la Corte si sofferma nel chiarire che se anche i piani vaccinali vengano affidati alla concreta gestione regionale questa deve avvenire sempre in base a parametri predefiniti dal legislatore statale, concludendo con il rilievo che "ognuno di tali profili è solo in apparenza confinabile ad una dimensione territoriale più limitata. Qualora il contagio si sia diffuso sul territorio nazionale, e mostri di potersi diffondere con tali caratteristiche anche oltre di esso, le scelte compiute a titolo di profilassi internazionale si intrecciano le une con le altre, fino a disegnare un quadro che può aspirare alla razionalità, solo se i tratti che lo compongono sono frutto di un precedente indirizzo unitario, dotato di una necessaria visione di insieme atta a sostenere misure idonee e proporzionate".

[36] Nel 2012, a seguito dell'aggravamento della crisi economica che ha portato alla crisi dei debiti sovrani, è stato adottato il Fiscal Compact (contenuto nel Trattato sulla stabilità il coordinamento e la governance dell'unione economica e monetaria - TSCG), volto al rafforzamento della disciplina di bilancio degli Stati aderenti al trattato. Si tratta di un accordo esterno alla normativa UE che si applica agli Stati che lo hanno ratificato, che comporta stringenti vincoli e prescrizioni ma consente di accedere al MEF.

[37] È nato, così, nell'elaborazione della Consulta, il concetto del diritto alla salute come diritto finanziariamente condizionato e con esso il relativo dibattito dottrinario. Come noto la Corte costituzionale è giunta a riconoscere un nucleo incomprimibile di tutela del diritto alla salute che, una volta stabilito attraverso la definizione dei LEA, diviene sostanzialmente impermeabile a verifiche successive di sostenibilità economica. In questo senso cfr. Corte cost. n. 275 del 2016: "una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto [fondamentale] 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". Sul tema si veda, da ultimo, F. POLITI, *Libertà costituzionali e diritti*

ISSN 2036-7821

La ricerca di una soluzione al fisiologico antagonismo tra universalità e globalità della tutela e risorse disponibili ha trovato il suo bilanciamento nella definizione dei livelli essenziali di assistenza (LEA), indicativi del contenuto minimo del diritto alla salute. Determinante, sotto questo profilo, è stata la scelta operata con il d. lgs. 19 giugno 1999, n. 299, che la definizione dei livelli di assistenza avvenga contestualmente a quella delle risorse a disposizione del servizio sanitario e compatibilmente con il quadro macroeconomico del sistema pubblico e del Paese[38]. D'altro canto, la mancanza di adeguati strumenti di calcolo della spesa globale, accresciuta esponenzialmente da un intreccio di competenze in grado di provocare un'eccessiva moltiplicazione dei centri di autonomia dei diversi livelli di governo, rappresenta un fondamentale "vizio d'origine" della legge 23 dicembre 1978, n. 833 istitutiva del servizio sanitario nazionale (SSN)[39]. Una difficoltà certamente non risolta con l'entrata in vigore della riforma del titolo V e del sistema fondato sul federalismo fiscale che doveva essere presupposto essenziale per la capacità di funzionamento del sistema sanitario multilivello ma al quale non si è riusciti a dare concreata realizzazione in particolare quanto alla individuazione dei costi e dei fabbisogni standard. Numerosi conflitti sono stati registrati tra Stato e Regioni in ordine all'applicazione della disciplina relativa al finanziamento e all'erogazione dei LEA[40], rispetto alla quale, il riferimento normativo è l'art. 20 del d.lgs. n. 118 del 2011 che prescrive la necessità di dare evidenza contabile alle entrate e alle spese destinate ai LEA definiti dal legislatore statale rispetto ai livelli di assistenza sanitaria superiori. Ne consegue l'inutilizzabilità di risorse che siano allocate in bilancio per finanziare i LEA per coprire voci di spesa, anche sanitaria, ma che non corrispondano ad essi. Solo nell'ipotesi in cui le Regioni non sottoposte a piani di rientro, gestendo

fondamentali. Casi e materiali. Un itinerario giurisprudenziale, Torino, 2016, 193, F. MINNI A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza costituzionale italiana*, reperibile *online* sul sito *http://www.rivistaaic.it*

[38] Nel corso degli anni sono intervenuti numerosi tentativi di riforma tesi a trovare un equilibrio tra il diritto alla salute e i vincoli posti dagli artt. 81, 97 e 119. Si pensi ai piani di rientro, al patto per la salute o agli strumenti di sanità integrativa.

[39] Così F. MERUSI, *Introduzione*, in *Unita`sanitarie e istituzioni*, a cura di ID, Bologna, 1982, 10 ss. Questo problema è stato efficacemente stigmatizzato dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 254 del 1984 (estensore Paladin), in cui si individuano complessità che ancora oggi si cerca di affrontare e risolvere.

[40] I Livelli essenziali di assistenza sono stati definiti per la prima volta con il DPR 29 novembre 2001, che ha provveduto a classificare e realizzare la nomenclatura delle prestazioni sanitarie in relazione alla loro possibilità di essere erogate. Con il DM 12 dicembre 2001 si è provveduto a disciplinare gli strumenti di verifica della reale erogazione delle prestazioni, in maniera uniforme, su tutto il territorio nazionale, attraverso un insieme di indicatori che permettano di valutare l'assistenza concretamente erogata in relazione agli obiettivi di tutela individuati. Con il D.P.C.M. 12 gennaio 2017 è stato realizzato l'aggiornamento dei LEA. Il provvedimento, a differenza del precedente, si è posto come fonte primaria in tema di definizione delle prestazioni sanitarie, senza rinvio ad altre normative vigenti come accadeva per il DPR del 2001. La legge n. 234 del 2021 (legge di bilancio 2022) al comma 288 dell'art. 1, finalizza, dal 2022, 200 milioni di euro della quota indistinta del fabbisogno sanitario standard nazionale, all'aggiornamento dei LEA. Il numero di richieste di aggiornamento delle prestazioni e dei servizi previste nei LEA è passato da 9 del triennio 2016-2018 a 122 nel 2020, il cui numero maggiore proveniente da associazioni di pazienti.

ISSN 2036-7821

virtuosamente le risorse, raggiungano risparmi di bilancio nonostante la piena realizzazione della qualità delle prestazioni relative ai livelli essenziali, potranno destinare tali risparmi a diverse finalità sanitarie.

A tale quadro normativo la Corte costituzionale ha fornito un essenziale contributo chiarificatore. Tra le molte pronunce che hanno consolidato la giurisprudenza sul tema[41] merita particolare menzione la sentenza n. 62 del 2020[42] nella quale la Consulta è tornata ad affrontare il tema del rapporto tra vincoli di bilancio e concreta assicurazione dei LEA. Esaminando le questioni di legittimità sottoposte al suo scrutinio, ha confermato la collocazione della spesa sanitaria tra le spese costituzionalmente necessarie e quindi in una posizione di priorità logica rispetto alla decisione politica, con conseguente riduzione della discrezionalità del legislatore[43]. In questo modo si prosegue nella direzione di affrancare i LEA, e quindi il nucleo indefettibile del diritto alla salute, dai vincoli di bilancio. Nella consapevolezza, richiamata dalla Corte, che il vincolo alle risorse disponibili è un elemento esogeno e connesso alle disponibilità concretamente esistenti, che tuttavia, una volta identificate e destinate all'assicurazione dei LEA risultano vincolate in base ad una scala di priorità che si impone rispetto agli altri obiettivi di bilancio.

La sentenza contiene due ulteriori spunti di particolare significato. In primo luogo, la possibile soluzione proposta all'*empasse* che caratterizza la mancata attuazione del sistema dei costi e dei fabbisogni standard. Pur muovendo dal presupposto che l'effettività del diritto alla salute si fonda sul finanziamento e sulla corretta ed efficace erogazione della prestazione, si evidenzia la necessità che il finanziamento, quale condizione necessaria ma non sufficiente per la piena realizzazione delle garanzie costituzionali, necessiti di una corretta traduzione rispetto al fabbisogno regionale. La Corte propone quindi che in sede di programmazione finanziaria, i costi unitari di cui al DPCM 12 gennaio 2017 vengano sviluppati considerando il fabbisogno storico delle singole realtà regionali assieme a tutti gli ulteriori profili che hanno un'incidenza sulla dinamica della spesa per le prestazioni sanitarie. Con la necessità naturalmente che questa proiezione venga poi aggiornata in corso di esercizio.

Rilevante è, in secondo luogo, il contributo di chiarificazione con cui viene ricondotto a sistema proprio il tema dei rapporti tra livelli di governo e risorse finanziarie[44]. La

---

[41] Si vedano in particolare le pronunce n. 169 del 2017, n. 6 del 2019, n. 197 del 2019.

[42] F. SUCAMELI, *La tutela multilivello del diritto alla salute: guida alla lettura di Corte cost. sent. n. 62/2020*, reperibile *online* sul sito *http://www.dirittoeconti.it*, C. BUZZACCHI, *Il ruolo del "servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale" alla luce dei parametri costituzionali dell'equilibrio di bilancio e dei LEA*, reperibile *online* sul sito *Forum di Quaderni Costituzionali*; FABIO MASCI, *I LEA non sono assoggettabili ad alcun vaglio di sostenibilità economico-finanziaria: un trend giurisprudenziale in consolidamento*, reperibile *online* sul sito *Forum di Quaderni costituzionali*

[43] Così F. SUCAMELI, *La tutela multilivello del diritto alla salute: guida alla lettura di Corte cost. sent. n. 62/2020*, cit.

[44] Chiarisce infatti la Corte che "Il sistema italiano di tutela della salute si sviluppa su due livelli di governo: quello statale, il quale definisce i livelli essenziali di assistenza che il Servizio sanitario nazionale è tenuto a fornire

ISSN 2036-7821

Corte, infatti, richiamando quanto affermato nella sentenza n. 169 del 2017 circa l'obbligo del legislatore statale di determinazione dei LEA, rileva come la loro proiezione rispetto al fabbisogno regionale richieda il necessario coinvolgimento delle Regioni stesse. In quest'ottica, soffermandosi sulla necessità che la dialettica tra centro e Regioni sia improntata al principio di leale collaborazione, rileva come tale principio assuma un contenuto concreto consistente nella specificazione delle risorse da destinare ai particolari fabbisogni quale espressione di una doverosa cooperazione per assicurare il miglior servizio possibile alla collettività. Particolarmente efficaci le parole usate sul punto dalla Corte: "in definitiva, 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".

In questo solco si pongono, infine, due recenti pronunce. Nella prima, viene sottoposto al sindacato della Corte la possibilità, per una Regione, di utilizzare le risorse di bilancio vincolate al finanziamento dei livelli essenziali di assistenza, per sostenere gli oneri relativi alla chiamata dei docenti di ruolo e a contratto conseguenti alla stipulazione di una convenzione con l'Università diretta ad incrementare il numero dei posti per le immatricolazioni al corso di laurea magistrale a ciclo unico in medicina e chirurgia. In merito la Regione ha sostenuto la necessità di collocare la valutazione della vicenda in uno scenario che prescindesse dalla formale attribuzione delle competenze ma guardasse alla sostanziale tutela dei diritti della quale è responsabile la regione quale soggetto deputato ad organizzare il servizio sanitario. In quest'ottica, provvedere alla carenza di medici (si trattava del delicato momento di gestione della prima fase della pandemia) corrispondeva, secondo la Regione, ad assicurare i presupposti perché le prestazioni corrispondenti ai LEA potessero concretamente essere erogate. Sul punto la Corte costituzionale ha richiamato le disposizioni dell'art. 20, d.lgs. 118/2011 che stabilisce la necessità di dare "chiara e separata evidenza contabile" alle entrate e alle spese destinate al finanziamento e all'erogazione dei livelli essenziali di assistenza (definiti dal legislatore statale) rispetto ai livelli di assistenza superiori. Tale disposizione, fondamento della

ai cittadini e l'ammontare complessivo delle risorse economiche necessarie al loro finanziamento; quello regionale, cui pertiene il compito di organizzare sul territorio il rispettivo servizio e garantire l'erogazione delle prestazioni nel rispetto dei suddetti LEA. La presenza di due livelli di governo rende necessaria la definizione di un sistema di regole che ne disciplini i rapporti di collaborazione, nel rispetto delle reciproche competenze. Ciò al fine di realizzare una gestione del sistema sanitario efficiente e capace di rispondere alle istanze dei cittadini coerentemente con le regole di bilancio, le quali prevedono la separazione dei costi necessari, inerenti alla prestazione dei LEA, dalle altre spese sanitarie, assoggettate invece al principio della sostenibilità economica".

ISSN 2036-7821

distinzione tra i costi "necessari" e le altre spese sanitarie condizionate al principio di sostenibilità economica, porta ad escludere la possibilità di destinare a spese diverse, anche se di natura sanitaria, le risorse che siano state allocate in bilancio per finanziare i LEA. Discorso che naturalmente vale in maniera ancor più evidente in ordine alle spese che non abbiano natura sanitaria, se non mediatamente, come quelle relative alla formazione dei futuri medici. Gli stessi principi sono richiamati a fondamento della decisione resa dalla Corte rispetto alla disciplina dei piani di rientro delle Regioni con disavanzo sanitario strutturale. Come noto, nell'ipotesi di tale situazione di disavanzo, la Regione è tenuta a proporre un piano di rientro realizzabile in un triennio, che viene definito con il supporto dell'Agenzia italiana del farmaco e dell'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali. Si tratta di uno strumento fondato su un accordo tra Stato e Regione e diretto a migliorare i servizi sanitari erogati, realizzando un sostanziale riequilibrio del profilo erogativo dei LEA, ma anche a contenere la spesa pubblica sanitaria in modo da renderla coerente con l'equilibrio di bilancio. La sussistenza di un piano di rientro non consente alla Regione che deve attuarlo di prevedere spese ulteriori rispetto a quelle inerenti ai livelli essenziali. In quest'ottica la separazione e l'evidenziazione dei costi dei livelli essenziali di assistenza deve essere attuate in maniera simmetrica, non solo nel bilancio dello Stato, ma anche nei bilanci regionali e delle aziende erogatrici in base a quanto previsto dalla legge n. 42 del 2009, in modo che sia assicurata la programmazione effettiva e la sicura copertura finanziaria dei servizi connessa a profili non solo quantitativi ma anche qualitativi delle prestazioni necessarie.

5. Conclusioni.

Le gravi conseguenze prodotte dalla pandemia, alcune delle quali probabilmente ancora non pienamente percepite e comprese, hanno determinato la necessita` di individuare nuovi equilibri. Con la stessa drammatica urgenza, i singoli Stati sono stati chiamati a gestire l'emergenza sanitaria nel proprio territorio, anche se in un quadro di continuo condizionamento reciproco, e gli individui ad adattarsi alle inaspettate restrizioni della liberta` personale ed alle conseguenti difficolta` economiche e relazionali. La straordinarieta` della vicenda epidemiologica ha posto il dibattito sul tema della salute e degli strumenti per tutelarla all'attenzione non solo della dottrina medica e giuridica ma dell'intera opinione pubblica mondiale. L'emergenza ha infatti avvicinato alla quotidianità del singolo la complessità delle scelte alle quali è chiamato il decisore politico, i cui effetti, di solito valutabili nel lungo periodo, e difficilmente calcolabili in una dimensione di causa-effetto, sono apparsi immediatamente percepibili. Inoltre, la trasmissione incontrollata del contagio ha determinato un imprevisto e complessivo stress-test dei modelli organizzativi sanitari e la necessita` di individuare misure in grado di correggere "in

ISSN 2036-7821

corsa" le carenze e le disfunzioni emerse. Si è quindi assistito al proliferare di interventi che, a tutti i livelli, hanno cercato di far fronte ad una situazione in continua evoluzione. Dalle considerazioni svolte emerge la centralità, nel momento decisionale, del richiamo ai principi generali quale riferimento per la gestione di situazioni prive di espresse coordinate positive. La sintesi tra il principio solidaristico e quello di proporzionalità, quali presupposti valoriali di riferimento per l'assunzione di decisioni ancorate a valutazioni operate in applicazione del principio di precauzione e prevenzione, ha permesso di gestire la crisi che ha minacciato lo stato di salute dei cittadini e, in un numero statisticamente rilevante di casi, la loro vita. Tuttavia, come evidenziato, le misure adottate hanno determinato serie conseguenze di tipo economico e sociale che sarebbe un errore derubricare come lesione di interessi minori, comportando, anche rilevanti pregiudizi alla salute stessa dei cittadini. Per queste ragioni si è aperta una stagione in cui tutti gli attori istituzionali sono stati chiamati a collaborare affinché le potenzialità racchiuse nel Piano di ripresa e resilienza siano sfruttate al meglio. Una necessità che riguarda tutte le missioni individuate nel Piano e in maniera particolare la Missione 6, rispetto alla quale l'intera nuova ripresa e resilienza del sistema sanitario si basa sulla centralità della dimensione territoriale e locale dei servizi sanitari con la previsione di standard strutturali, organizzativi e tecnologici omogenei per l'assistenza territoriale. Essenziale sarà il rafforzamento delle strutture e dei servizi di prossimità oltre che del sistema di digitalizzazione come strumento per migliorare la trasmissione dei dati, presupposto fondamentale per una migliore interazione tra i livelli istituzionali coinvolti. Così il principio di leale collaborazione, più volte invocato, appare legato ad una nuova concretezza nei rapporti finanziari tra Stato e Regioni in ordine al finanziamento dei LEA e in termini generali nell'individuazione di un nuovo equilibrio tra normazione, programmazione e gestione dei servizi sanitari che, messi così tanto alla prova, dovranno dimostrare la loro piena resilienza.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Democrazia deliberativa e ciclo della *performance*. Riflessioni sul ruolo della dirigenza pubblica nello sviluppo della programmazione condivisa degli obiettivi

di Bruno Mercurio

(Ricercatore di diritto amministrativo presso l'Università di Napoli "L'Orientale")

Sommario

1. La definizione di democrazia deliberativa. Una breve premessa. – 2. Elementi caratterizzanti il modello deliberativo. – 3. Riferimenti costituzionali. La rilevanza del principio organizzativo. – 4. I limiti del livello locale di governo allo sviluppo del modello deliberativo. – 5. La rilevanza delle norme organizzative sulla performance pubblica. – 6. Il ruolo della dirigenza nel ciclo della performance ed il collegamento con la comunità amministrata. – 7. Conclusioni.

Abstract

Deliberative democracy is a model of shared administration that requires the participation of the community in the formation of strategic administrative choices. It requires rules on the organization it publishes to guide the way. An important sector for developing the deliberative model is the performance cycle in which recent amendments to D.Lgs.n. 150/09 have strengthened the participation of civil society in the process of measuring and evaluating the performance of public administrations. The public management plays an important role of hinge in this process between the policy with which it collaborates and the citizens to whom it must provide adequate tools to enable them to participate. A regulatory effort by the legislator is needed to make this cultural approach to the new way of making decisions effective.

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

ISSN 2036-7821

1. La definizione di democrazia deliberativa. Una breve premessa.

Il concetto di democrazia deliberativa individua un paradigma di gestione del potere politico-amministrativo attraverso il coinvolgimento dei privati, non solo cittadini[1], nell'adozione delle scelte di pubblico interesse. Tale modello ha la finalità di introdurre innovazioni alla democrazia rappresentativa[2] in grado di incidere, in misura diversa a seconda del contesto, sul rapporto fra la società civile e le istituzioni, dando rilievo alle persone, attraverso la creazione di strumenti di dibattito costruttivo ed inclusivo sulle decisioni che incidono sulla collettività[3].

In questo senso, esso di distingue da quei modelli che si pongono come alternativi al paradigma della democrazia rappresentativa[4], mentre è accomunato alla democrazia partecipativa, [5] cui è sovrapponibile nel metodo, attingendo al medesimo corredo di strumenti formali e informali di dialogo (dibattito pubblico, consulte, inchieste, arene).

Mentre nel modello partecipativo, però , la partecipazione ha valore formalmente e sostanzialmente collaborativo (in taluni casi rafforzato), in quello deliberativo essa tende ad incidere sulla fase "ideativa" di indirizzo dell'attività amministrativa, improntandola ad uno scambio necessario, osmotico ed informato fra titolari dei pubblici poteri e società,[6] in modo che ogni scelta che da essa derivi, risulti condivisa a prescindere dalla circostanza che venga, poi, contenuta in un atto formalmente amministrativo[7].

[1] Gli istituti riconducibili alla categoria della democrazia deliberativa prevedono il coinvolgimento anche di soggetti diversi dai cittadini come gli stranieri residenti stabilmente su un determinato territorio, facendo riferimento ad un concetto più ampio e diffuso di "comunità" comprensiva di tutti coloro che prendono parte alla vita di un territorio in modo abituale e che quindi contribuiscono al suo progresso e, al contempo ne vivono le difficoltà. D. DI CESARE, ***Stranieri residenti. Una filosofia della migrazione***, Torino, 2017, pp. 165-166.

[2] Entrambi si innestano, infatti, nell'ampio dibattito generale sulla partecipazione democratica come rimedio alla crisi della rappresentanza rilevabile attraverso fattori quali l'astensionismo, l'indifferenza e la sfiducia nei confronti del sistema politico-istituzionale e nei partiti come organizzazioni intermedie costituzionalmente deputate a indirizzare la politica secondo il sentire dei consociati e il conseguente emergere di movimenti anti-istituzionali.

[3] G. PEPE, *Il modello della democrazia partecipativa fra teorici e profili applicativi,* Milano, 2020, p. XII. S. MIRATE, *La democrazia partecipativa*, in G. FALCON, (a cura di) *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario,* Padova, 2008, pp. 5 e ss. M. Pichi, *Il diritto alla partecipazione,* Milano, 2012.

[4] Come la democrazia diretta. Per un approfondimento. F. POLITI, *Democrazia rappresentativa versus democrazia diretta. Riflessioni preliminari su democrazia parlamentare, democrazia partecipativa e democrazia deliberativa*, in Dirittifondamentali.it 1/2021 p. 520

[5] R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa*, *Relazione al Convegno "La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*: *esperienze e prospettive*, Firenze, aprile 2009, in Astrid Rassegna, 2009, p. 1.

[6] G. PASQUINO, *Introduzione*, in Id., *Gli strumenti di democrazia*, Bologna, 2007, p. 8

[7] Così, l'aggettivo deliberativo va considerato nel significato originario della lingua latina (da libra) di soppesare, stando a significare la necessità di assumere una decisione, solo dopo averla discussa ed esaminata a fondo, coinvolgendo la comunità di riferimento nell'attività di ponderazione dei diversi interessi coinvolti e contrapposti, delle conseguenze, dei vincoli, dei vantaggi e dei sacrifici in rilievo portando all'interno del deliberato finale gli esiti di tale dibattitoJ. FISHKIN, *La nostra voce*, Padova, 2003, M. CARCASSON, *Beginning with the End in Mind. A call for Goal-Driven Deliberative Practice*, Center for Advances in *Public Engagement, 2009*, p. 5. P.

ISSN 2036-7821

Nella democrazia deliberativa, in buona sostanza, il contributo delle comunità diviene elemento strutturale dell'azione amministrativa stessa, riguardando la sua natura e non solo le modalità di svolgimento[8], laddove quella partecipativa si pone il diverso obiettivo di rafforzare le decisioni pubbliche << attraverso la maggiore apertura possibile all'apporto degli interessati, caratterizzandosi per la sua valenza soprattutto applicativa».[9]
In questo senso, c'è chi ha parlato di democrazia partecipata vedendo nel modello deliberativo una evoluzione di quello partecipativo[10]. Altri, partendo dalle medesime premesse di fatto, hanno, invece, proposto anche la definizione di democrazia sussidiaria[11].

2. *Elementi caratterizzanti il modello deliberativo.*
Un primo elemento caratterizzante del modello deliberativo così come sopra inquadrato, è dato dalla modalità di svolgimento del dialogo, in cui l'apporto dei partecipanti al dibattito è basato sullo scambio di informazioni e ragioni, confortate da dati e sulla costruzione di ipotesi argomentate[12].
Un secondo elemento è dato dai soggetti coinvolti, individuati secondo il principio di massima inclusione, in modo che il procedimento di formazione della decisione risulti aperto ad una platea più ampia e differenziata rispetto a quella di riferimento nella gran parte degli istituti partecipativi[13] e favorisca il coinvolgimento degli

---

VIPIANA, *La democrazia deliberativa a livello regionale,* in *Rivista AIC*, 1, 2018. L. PELLIZZONI, *Cosa significa deliberare, Promesse e problemi della democrazia deliberativa* in ID. (a cura di) *La deliberazione pubblica,* Roma, 2005, p. 7-10.

[8] Per un approfondimento sul tema, sia consentito un rinvio ad un recente lavoro dello scrivente. B. MERCURIO, *Società e decisioni amministrative, processi evolutivi verso una democrazia deliberativa*, Napoli. 2021.

[9] F. POLITI, *Democrazia rappresentativa versus democrazia diretta. Riflessioni preliminari su democrazia parlamentare, democrazia partecipativa e democrazia deliberativa*, in Dirittifondamentali.it 1/2021 p. 520. R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa, partecipativa e rappresentativa. Tre diverse forme di democrazia?* in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*. Esperienze in Italia e in Europa, Firenze, 2010, pp. 65 ss.

[10] Sul punto, F. PATRONI GRIFFI, *Autonomie locali e nuove forme di democrazia: ovvero, del recupero della partecipazione,* in *Diritto e Società*, n. 2, 2017. Secondo l'autore, "*La crisi della democrazia si traduce essenzialmente in una crisi della partecipazione. Le risposte oscillano tra la tendenza a far prevalere la stabilità dei governanti sul consenso, in modo da assicurare quell'output legitimacy (democrazia dei risultati) che consentirebbe di far riguadagnare la fiducia, a quegli orientamenti che cercano il leader e forme di democrazia diretta o su rete, per passare, attraverso il recupero del valore della partecipazione, alla pratica di nuove forme di democrazia nell'ambito della democrazia rappresentativa: mi riferisco alle varie teorie (e pratiche) di democrazia "deliberativa" e dintorni in cui si ricerca una democrazia più e diversamente partecipata come nuova e moderna declinazione di democrazia rappresentativa; e una diversa partecipazione, come nuova e moderna declinazione di rappresentanza".*

[11] D. A. CAPRIO, *La Democrazia sussidiaria*, Roma 2012.

[12] S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche – Saggio di diritto comparato, in Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1/2007, p. 13.

[13] L. BOBBIO, *Democrazia dei cittadini e democrazia deliberativa*, cit., p. 1. R. LEWANSKI, *La democrazia deliberativa. Nuovi orizzonti per la politica*, cit.

ISSN 2036-7821

interessi definiti da Allegretti socialmente e giuridicamente deboli.[14] Riferendosi alla più ampia platea di coloro che abitano un territorio o che operano stabilmente in un settore, esso, infatti, integra il rapporto rappresentativo e si rivela più idoneo a riprodurre i diversi punti di vista ed interessi su una questione da regolare o amministrare[15].

Il terzo elemento è rintracciabile nel metodo attraverso cui si delibera, in cui non si parte da proposte elaborate dalle amministrazioni, ma da un fenomeno che richiede di essere amministrato (regolato, vigilato, gestito, curato) e su cui si apre un dibattito in cui i soggetti pubblici e privati dialogano alla pari, costruendo opzioni su cui le preferenze si formano, si confrontano e si trasformano.I partecipanti tutti, rappresentanti delle istituzioni e della comunità così, apprendono gli uni dagli altri, modificano i loro punti di vista, ridefiniscono le posizioni e così generano le diverse opzioni[16].

In definitiva, nel metodo deliberativo viene in rilevo il dialogo come momento costruttivo delle opzioni che nel modello partecipativo, anche più avanzato, invece, sono date in partenza, benché emendabili[17]. L' individuazione e la cura degli interessi pubblici non è, quindi, completamente delegata dallo stato comunità[18] allo stato apparato ma è fra essi condiviso[19]. Il privato in questa prospettiva acquista un potere di intervento nelle valutazioni presupposte all'attività amministrativa attraverso un dialogo finalizzato a sollecitare l'emergere della scelta amministrativa già nella fase ideativa degli obiettivi politici, dalla diversità dei punti di vista in maniera pluralista ed egualitaria con cui si è formata[20]. Partendo da fatti, informazioni e dati da elaborare e non da schemi già predeterminati da osservare, commentare o annotare[21],

---

[14] «Deboli prima di tutto socialmente, ma che sono anche giuridicamente deboli appunto per l'assenza di una proiezione in una situazione soggettiva» U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, cit., pp. 779 ss.

[15] S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017. In tal senso va segnalata la voce di Natalino Irti, il quale invita a non sottovalutare le istanze che vengono da determinati movimenti e a non ignorare il fenomeno che evidenzia come l'interpretazione dei bisogni della società alla base della politica sia minacciata fino a punto di sembrare venuta meno, proprio per la gestione eccessivamente elitaria del potere rappresentativo. N. IRTI, *Non possiamo ignorare il sottosuolo della società*, in *Corriere della sera* 28 giugno 2017.

[16] N. PODESTÀ, *Scelte di metodo: lo strumento della "agorà deliberativa" e la formazione dei facilitatori*, in G. BALZUZZI - D. SERVETTI (a cura di), *Discutere e agire. Una sperimentazione di democrazia deliberativa a Novara*, Novara, 2014, p. 30.

[17] Pensiamo ai procedimenti di approvazione degli atti di pianificazione urbanistica ed ambientale o di programmazione delle opere pubbliche o di regolazione delle autorità indipendenti; in cui la partecipazione, più o meno avanzata a seconda della disciplina presa in considerazione avviene su schemi predefiniti dall'amministrazione, pur dopo fasi di ascolto preliminare delle comunità di riferimento.

[18] Come proiezione sociale dell'individuo che si realizza nei corpi intermedi concentriche della famiglia, delle associazioni familiare, elemento

[19] E. ROSSI, *Costituzione, pluralismo solidaristico e terzo settore, Modena, 2019 pp.*

[20] R. GIANNETTI, *Deliberazione e democrazia nella tradizione del pensiero politico occidentale*, in *La democrazia deliberativa: utopia o progetto politico*, articolo in Cosmopolis, p. 4.

[21] Come accade, ad esempio, nel procedimento partecipato di approvazione degli atti di regolazione della autorità amministrative indipendenti, condotto su uno schema predisposto dall'amministrazione e aperto alle

ISSN 2036-7821

viene favorita una negoziazione non condizionata[22] per giungere, così, ad una decisione sostanzialmente e proceduralmente condivisa[23].

3. *Riferimenti costituzionali. La rilevanza del principio organizzativo.*

Il descritto modello deliberativo, in quanto finalizzato a promuovere l'effettiva partecipazione dei cittadini all'organizzazione politica, economica e sociale della Repubblica con il loro coinvolgimento nelle scelte, attraverso forme istituzionalizzate di elaborazione condivisa delle stesse, costituisce attuazione del principio democratico sancito all'art. 1 della Costituzione[24]. Si stabilisce, infatti, un confronto fra il punto di vista dell'amministrazione, incarnato dai rappresentanti eletti e dagli organi tecnico gestionali dell'ente e la società civile che interviene nell'esercizio della funzione, esprimendo la sua sovranità[25] con modalità che offrono una maggiore garanzia di giustizia sociale e di inclusione nelle decisioni pubbliche[26].

Nella misura in cui postula Il coinvolgimento diretto di singoli e associazioni, detto modello realizza una forma di cittadinanza attiva indirizzata al pieno sviluppo della

---

osservazioni attraverso il metodo informativo ed emendativo del "*notice and comment*". A. CONTIERI, *Deficit di rappresentatività delle Autorità Indipendenti e legalità procedurale* in AA. VV. (a cura di), A. CONTIERI, M. IMMORDINO, F. ZAMMARTINO, *Le autorità amministrative indipendenti tra garanzia e regolazione*; volume monografico di Nuove Autonomie, Napoli, 2020, pp. 101 e ss.; F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice, La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino 2020, cui si rinvia per una approfondita ricostruzione ed analisi dei diversi atti normativi delle Autorità e del loro impatto sul sistema delle fonti italiano.

[21] Sull'importanza della partecipazione anche nei procedimenti di adozione di atti generali, M.R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva, in Dir. amm.*, 2, 2002, 283 ss.

[22] Ciò innanzitutto perché l'atteggiamento psicologico dei rappresentanti dell'amministrazione è più aperto, non essendosi ancora formato un convincimento, laddove, invece, uno dei limiti della partecipazione attivata nelle fasi successive, anche preliminari del procedimento, consiste nel rischio che la parte pubblica abbia già definito la sua decisione, almeno nelle sue linee essenziali. Inoltre, essendo strumentale alla fase ideativa e programmatoria, propria delle attività di indirizzo, il confronto viene meno condizionato dall'ansia di provvedere che influenza negativamente nella successiva fase attuativa, l'approccio al dialogo da parte degli organi di gestione chiamati a realizzare gli obiettivi ricevuti in tempi procedimentali sempre più stringenti.

[23] Non si può, perciò concordare con i tentativi di configurare il rapporto fra democrazia partecipativa e democrazia deliberativa nelle categorie del genere e della specie. Bifulco sostiene che fra i due modelli sussista un rapporto di genere a specie, in quanto la democrazia deliberativa costituirebbe un modello generale condiviso anche da altri poteri come quello giudiziario, mentre quello partecipativo caratterizzerebbe la sola funzione amministrativa. Cfr. R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa*, cit. p. 276. Diversamente, i sostenitori della tesi contraria ritengono che la democrazia deliberativa costituisca una forma particolare, caratterizzata da strumenti più incisivi, di democrazia partecipativa come attesterebbe la circostanza che tali strumenti siano contemplati nella sezione dedicata alla partecipazione nella gran parte degli statuti regionali Cfr. L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa in Democrazia e diritto*, n. 4/2006, p 14.

[24] P. PERLINGIERI, R. MESSINETTI, *Commento all'art. 1*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 1997.

[25] T.E. FROSINI, *Elogio della sovranità*, in *Federalismi.it* n. 12/2013; F. BENVENUTI, Il *nuovo cittadino*, op. cit.

[26] G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali*, Milano 2010, p. 3; T.E. FROSINI, *Rappresentanza e legislazione nell'età della globalizzazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017, p. 3.

ISSN 2036-7821

persona e al progresso della comunità[27] che si radica nel dettato dell'art. 2 della Costituzione, costituendo la partecipazione «un fine generale della Repubblica, in stretta unione con lo sviluppo della persona»[28]. Allo stesso tempo esso rimanda al principio di sussidiarietà nella sua accezione orizzontale, sancito dall'art.118 comma 4 Cost. che è forse il più caratterizzante riferimento costituzionale della democrazia deliberativa[29]. La spinta partecipativa in forma sussidiaria si pone, infatti, come precondizione per il protagonismo del cittadino "amministratore", secondo un «metodo di governo fondato sulla costruzione condivisa della democrazia»[30].

Poiché è attraverso l'esercizio della funzione amministrativa che si svolge principalmente il rapporto stato apparato/stato comunità, è soprattutto nell'attività connessa a detta funzione che il cittadino va legittimato «ad agire nell'ambito di procedure pubbliche articolate, con la capacità di esprimersi per via di argomentazioni e con l'obiettivo di rendere loro possibile una influenza effettiva sulle decisioni finali»[31].

La promozione della democrazia deliberativa postula, quindi, «l'introduzione di nuovi modi di esercizio del potere […] in cui compiere il rapporto paritario fra amministrazione e cittadino»[32], anticipandolo alla fase ideativa consistente nella programmazione degli obiettivi e nella pianificazione delle modalità, delle risorse e dei tempi per raggiungerli[33].

Un ruolo centrale, allora, assumono le norme chiamate a finalizzare l'azione dei pubblici poteri[34] organizzandola in modo da esaltare il principio democratico e allo stesso tempo da ridurre, il rischio di inutili ed antieconomici aggravi costituiti da

---

[27] V. ATRIPALDI, *Contributo alla definizione del concetto di partecipazione nell'art. 3 Cost.*, in AA.VV., *Strutture di potere, democrazia e partecipazione*, Napoli, 1974, p. 13.

[28] U. ALLEGRETTI, *Basi giuridiche per una democrazia partecipativa: alcuni orientamenti*, in *Democrazia e diritto*, n. 3/2006, p. 3.

[29] G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u. c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, pp. 179 ss.

[30] P. VIPIANA, *La democrazia deliberativa a livello regionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2018.

[31] Perché sia garantito in modo effettivo e nel rispetto del principio di uguaglianza sostanziale ai sensi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione è, infatti, fondamentale che questa peculiare forma di partecipazione sia riconosciuta come diritto di tipo civile e sociale ad un tempo, da assicurare e promuovere in modo uniforme sul territorio nazionale, attraverso forme positive di intervento, di tipo innanzitutto normativo L'art. 117 Cost. che, al comma 2 lett. m) assegna prioritariamente al legislatore statale il compito di disciplinare gli strumenti e le modalità di esercizio di tali diritti in modo uniforme e generalizzato su tutto il territorio nazionale. U. ALLEGRETTI, *Modelli di partecipazione e governance territoriale, Prospettive per i processi partecipativi nei comuni "dopo" le circoscrizioni*, in *Ist. del federalismo*, 2/2011, p., 202; M.P. CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa 1977.

[32] S. SERGIO, *L'azione amministrativa* cit. p. 29.

[33] In detta fase, l'atteggiamento psicologico dei rappresentanti dell'amministrazione è, infatti, più aperto, non essendosi ancora formato un convincimento, per cui il dialogo paritario cui si faceva sopra riferimento, è più facilmente realizzabile e potenzialmente costruttivo.V. MALOSCHI, *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, 2018, p. 19

[34] U. ALLEGRETTI, *Le basi*, op. cit. Specie di quelle amministrative, chiamate a realizzare concretamente nella relazione con il corpo sociale, gli scopi dell'ordinamento

ISSN 2036-7821

«abusi e arbitrarie ripetizioni»[35]. Ciò, nel rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità sanciti dall'art.97 Cost. e dei loro corollari costituiti dai principi di economicità, efficacia e pubblicità che informano l'azione amministrativa, ai sensi dell'art. 1 della L. n. 241/1990[36].

In particolare, nella dimensione locale, in cui gli strumenti di partecipazione democratica trovano l'ambito privilegiato di sperimentazione e diffusione, le regole sull'organizzazione delle amministrazioni appaiono rilevanti nel processo di affermazione degli istituti di democrazia deliberativa[37] e nella uniforme garanzia degli stessi sull'intero territorio nazionale[38].

Il principio organizzativo, inteso in senso dinamico ossia "come esercizio della relativa funzione e cioè come l'attività dell'organizzare"[39], dunque, riveste un ruolo importante nel raccordo fra il principio democratico che impone l'uniforme garanzia sul territorio nazionale dei diritti civili e politici ad esso collegati e il principio autonomistico che valorizza la vicinanza del decisore alla comunità[40]. Esso si rivela essenziale, in particolare, per consolidare all'interno degli enti pubblici nuovi approcci e nuovi modelli, favorendo il loro consolidamento nel *modus operandi* in tutti i livelli di governo nei ruoli politici e gestionali.

4. *I limiti del livello locale di governo allo sviluppo del modello deliberativo.*

Si è detto che il livello di governo locale costituisce l'ambito astrattamente più favorevole alla realizzazione di processi condivisi di formazione delle scelte amministrative secondo la richiamata accezione dell'art. 97 che supera la visione

[35] Corte Cost. Sentenza 19 ottobre 2018 n. 235, con on cui sono stati dichiarati illegittimi per violazione degli artt. 97, primo comma, e 118, primo comma, Cost., l'art. 7, commi 5 e 2 – quest'ultimo nella parte in cui prevede che il dibattito pubblico regionale si svolga anche sulle opere nazionali – della legge reg. Puglia n. 28 del 2017. In particolare La corte ha evidenziato che «il dibattito pubblico previsto dal legislatore regionale costituisce una duplicazione di quello previsto dalla normativa statale e quindi comporta prolungamenti dei tempi dell'azione amministrativa e un aggravamento degli oneri procedimentali senza che ne sussista alcuna giustificazione».

[36] In questo senso, è stato rilevato che l'organizzazione costituisce l'applicazione al "modi di farsi" della funzione, mentre la discrezionalità ne costituisce la proiezione sul contenuto. M.NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano 1966, p.85.

[37] A. VALASTRO, *La democrazia partecipativa alla prova dei territori: tendenze e prospettive dei regolamenti comunali*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 3/2016. M. MANETTI, *Autorità amministrative e crisi della politica*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1-2 2015, p. 360.

[38] Viene così in rilevo l'art. 117 Cost. che, al comma 2 lett. m) assegna prioritariamente al legislatore statale il compito di disciplinare gli strumenti e le modalità di esercizio di tali diritti in modo uniforme e generalizzato su tutto il territorio nazionale. G. AZZARITI, *Democrazia partecipativa: cultura giuridica e dinamiche istituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2009.

[39] R. MARRAMA, Organizzazione in senso statico e in senso dinamico, in L. MAZZAROLLI, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di) *Diritto amministrativo*, Tomo I, Bologna 1993, p.323.

[40] S. LIETO, *Il diritto di partecipazione fra autorità e libertà*, Napoli, 2011, p. 21. Secondo l'autrice il grado di effettività del principio democratico nell'ordinamento si misura verificando non solo «il grado di partecipazione nell'ambito politico istituzionale, ma anche all'interno dell'organizzazione amministrativa e nel suo funzionamento».

ISSN 2036-7821

dirigista pubblica[41], per aprirsi ad una relazione osmotica con le comunità amministrate, più conforme ad una forma di Stato democratico di tipo sociale e sussidiario[42].

Del resto in dottrina è stato ampiamente evidenziato, soprattutto di recente, come la partecipazione allargata alle scelte sulla organizzazione e gestione dei servizi pubblici locali, contribuisca alla costituzione di un ordinamento non più fondato esclusivamente sul potere, ma risultante da dinamiche plurali che legittimano e rafforzano dal basso l'ordinamento stesso rendendo più efficace l'attività che da esso deriva[43].

Tuttavia, se si registra formalmente un crescente interesse da parte dei Comuni ad avviare processi collaborativi, sul piano generale, il quadro della disciplina locale sulla partecipazione resta ancora poco incisivo, risolvendosi in enunciazioni di principio negli statuti e in richiami ad istituti quali le assemblee civiche, il bilancio partecipativo o il dibattito pubblico come possibili strumenti di consultazione, quasi sempre di tipo facoltativo[44]. Tali strumenti, disciplinati solitamente in appositi regolamenti sulla partecipazione, restano per lo più inutilizzati, non entrando a far parte del corredo di pratiche ordinariamente eseguite nell'azione generale delle amministrazioni e per tale via, resi inefficaci.

Di tal che, la partecipazione, a livello comunale, continua ad esercitarsi prevalentemente nei modi ed entro i limiti dei procedimenti disciplinati da leggi statali o regionali che ne impongono l'applicazione all'ente locale, come quelli in materia ambientale e sulla pianificazione urbanistica. Ciò frustra le potenzialità del modello decisonale in esame, non consentendo di sviluppare forme condivise di decisione nella fase che precede l'esercizio del potere amministrativo, quando gli organi di governo dell'amministrazione non hanno ancora espresso il loro indirizzo politico[45] ed il contatto con la comunità acquista, perciò un valore co-legittimante delle scelte che è, come visto, il tratto distintivo della democrazia deliberativa.

---

[41] Di recente sulla partecipazione dei privati alla programmazione delle attività assistenziali, E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali*, Torino 2021.

[42] In questo senso, la democrazia deliberativa è da alcuni definita con un neologismo, *glocale*, in quanto cerca, a partire principalmente dai contesti locali e micro-locali, di dare risposte pragmatiche al vivere collettivo. Per una ricostruzione dee pensiero "glocal" C. Gabarino, in *New glocal forms of financial participation and revenue mobilization, in https://glocalismjournal.org/issue. 1/2021.*

[43] Di recente G. TAGLIANETTI, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali. Contributo allo studio del potere decisionale degli Enti Locali nella gestione dei servizi pubblici,* Napoli, 2018, p. 253. P. PANTALONE, *Organizzazione dei servizi sociali e partecipazione. Profili generali e considerazioni specifiche relative al caso della metropoli milanese*, in *Il diritto dell'economia*, n. 95, n. 1, 2018.

[44] B. MERCURIO, cit. p. 144. L'argomento è approfondito nel in A. VALASTRO, *La democrazia partecipativa alla prova dei territori: tendenze e prospettive dei regolamenti comunali*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 3/2016.

[45] Individuando l'interesse stesso da perseguire. M.S., GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939, 78.

ISSN 2036-7821

5. La rilevanza delle norme organizzative sulla performance pubblica.

Affinchè il modello deliberativo si radichi nella cultura dell'amministrare e il metodo decisionale che lo caratterizza entri stabilmente a far parte del bagaglio operativo degli organi amministrativi, tanto di indirizzo, quanto di gestione, è necessario il sostegno di un adeguato corredo di norme che guidino e promuovano il cambiamento, a partire dall' organizzazione, nell'accezione dinamica sopra richiamata.

In questo senso, una disciplina a cui guardare con interesse è quella sulla *performance* individuale dei dirigenti e organizzativa delle pubbliche amministrazioni sistematizzata nel nostro ordinamento, come noto, dal decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150.

Tale normativa affonda le sue radici nelle riforme che negli anni novanta interessarono il pubblico impiego, a partire dal d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e il sistema dei controlli interni con il D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 286.

La prima, infatti, ha avviato con la privatizzazione del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, un processo di riassetto volto ad accrescere l'efficienza delle prestazioni pubbliche contenendo la spesa, secondo un modello aziendalistico, pur nel rispetto delle peculiarità che caratterizzano il risultato amministrativo inteso come "equo e giusto contemperamento delle pur obiettive esigenze economiche con quelle altrettanto primarie proprie del principio di buona amministrazione […] della coesione sociale, della solidarieà della rimozione degli squilibri economici e sociali dell'effettivo esercizio dei diritti della persona"[46].

La seconda ha introdotto strumenti di verifica interna sulla gestione, fra cui il controllo strategico[47], volto a verificare l'effettiva attuazione delle scelte contenute negli atti di indirizzo, con il fine di evidenziare agli organi politici eventuali criticità ed assumere misure correttive adegute e la valutazione individuale dei dirigenti[48].

Entrambe le richiamate normative sono confluite, poi, nella dsciplina generale del pubblico impiego recata dal D.Lgs. 30 marzo 2001 n. 165 che ha tentato una sistematizzazione della materia, su cui si è andato ad innestare, appunto, il d.lgs. n. 150/09 che, dando attuazione alla delega ricevuta dal Governo con la legge 4 marzo

[46] M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, p. 162. L. IANNOTTA *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione; dagli interessi ai beni*, in Dir. Amm., 1999, 57 e ss. L'attività pubblica, infatti, non risponde a logiche di profitto e deve farsi carico di garantire i livelli essenziali delle prestazioni tanto nelle attività istituzionali che nei servizi pubblici essenziali o universali.

[47] Tale attività, secondo l'art. 6 comma 2 del citato decreto legislativo consiste "nell'analisi, preventiva e successiva, della congruenza e/o degli eventuali scostamenti tra le missioni affidate dalle norme, gli obiettivi operativi prescelti, le scelte operative effettuate e le risorse umane, finanziarie e materiali assegnate, nonché nella identificazione degli eventuali fattori ostativi, delle eventuali responsabilità per la mancata o parziale attuazione, dei possibili rimedi".

[48] Da cui può diependere la revoca dell'incaricolo L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova 2000, 137 e ss.

ISSN 2036-7821

2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, ha itrodotto il ciclo della *performance*, costituito da un articolato insieme di attività[49] suddivise in fasi, attraverso cui pianificare, monitorare, misurare e valutare il rendimento dell'amministrazione nel suo complesso (*performance* organizzativa) e del personale (*performance* individuale) e sulla cui base applicare il sistema di incentivi e sanzioni ad esso collegato.

In questo assetto, un ruolo strategico è svolto dalle figure apicali dell'amministrazione, ed in particolare da quel particolare "corpo specializzato"[50], non presente in tutti gli enti, costituito dalla dirigenza, cui viene affidata la responsabilità esclusiva dell'attività di gestione oramai separata da quella di indirizzo politico.

Il dirigente, infatti, assume su di sé i poteri gestionali relativi alle risorse economiche, materiali e umane dell'ente, venendo ad identificarsi all'interno dell'amministrazione, rispetto agli organi di indirizzo politico, come il *manager* cui è affidato il raggiungimento degli obiettivi attraverso cui la politca intende rafforzare il proprio consenso, mentre verso il personale, come datore di lavoro. All'esterno, verso la comunità, il dirigente assume invece la responsabilità delle prestazioni istituzionali e di servizio rese dagli uffici da lui diretti.

La centralità che nel sistema descritto assume il risultato e la capacità di raggiungerlo, ha spinto il legislatore a prevedere specifiche forme di responsabilità collegate alla *performance*, attraverso cui l'organo di indirizzo politico che conferisce l'incarico, valutatone l'operato, può assumere misure correttive di tipo sanzionatorio nei confronti dei propri manager.

In particolare, l'art. 20 del D.lgs. n. 165/01 prevede l'obbligo per le amministrazioni statali di verificare i risultati di gestione e l'art. 21 specifiche fattispecie di responsabilità dirigenziale collegate al risultato.

La prima fattispecie, prevista al comma 1, considera il mancato raggiungimento da parte del dirigente degli obiettivi stabiliti dagli organi di indirizzo politico sanzionandolo, a seconda della gravità, con misure che vanno dall'impossibilità di rinnovo dell'incarico, alla revoca dello stesso, con il conseguente collocamento del dirigente a disposizione dei ruoli, fino al recesso dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo.

---

[49] Secondo l'art. 4 del D.Lgs.n. 150/09 Il ciclo di gestione della performance si articola nelle seguenti fasi: a) definizione e assegnazione degli obiettivi che si intendono raggiungere, dei valori attesi di risultato e dei rispettivi indicatori; b) collegamento tra gli obiettivi e l'allocazione delle risorse; c) monitoraggio in corso di esercizio e attivazione di eventuali interventi correttivi; d) misurazione e valutazione della performance, organizzativa e individuale; e) utilizzo dei sistemi premianti, secondo criteri di valorizzazione del merito; f) rendicontazione dei risultati agli organi di indirizzo politico-amministrativo, ai vertici delle amministrazioni, nonche' ai competenti organi esterni, ai cittadini, ai soggetti interessati, agli utenti e ai destinatari dei servizi.

[50] L'espresione è di M RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna 1978. P.11

ISSN 2036-7821

Il testo attualmente vigente della norma fa un espresso rinvio al sistema di valutazione del ciclo della performance, i cui esiti costituiscono l'accertamento, e quindi il presuposto oggettivo, per l'attivazione del procedimento specifico che, per come la disposizione è formulata (il mancato raggiungimento degli obiettivi…. ovvero l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente comportano…), costituisce un obbligo per l'amministrazione.

Si tratta di una forma di responsabilità, della cui natura oggettiva o obbligazionale si discute in dottrina[51] . Pur propendendo per la ricostruzione in senso di responsabilità contrattuale[52], si può ritenere che nelle ipotesi cui fa riferimento l'art. 21 sia al

[51] Per alcuni, sulla base degli orientamenti della giurisprudenza volti a massimizzare gli effetti del mancato raggiungimento degli obiettivi da parte del dirigente (per richiamrne una, Cassazione civile sez. lav., 09/05/2018, n.11161, in Diritto & Giustizia 2018, 10 maggio) si tratterebbe di una ipotesi di responsabilità oggettiva in cui la colpa del dirigente è presunta in ragione della specifica competenza ad esso richiesta cfr. F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *responsabilita' dirigenziale, valutazione della performance organizzativa e partecipazione*, IN AA.VV. (a cura di M. IMMORDINO, C. CELONE), *La responsabilità dirigenziale fra diritto e economia*, Napoli, 2020, p. 105 e ss. Altri ravvisano una ipotesi di responsabilità contrattuale ai sensi dell'art. 1218 cc. C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale fra Stato ed Enti Locali*, Napoli, 2018.

[52] Ciò per una serie di ragioni. Innanzitutto la circostanza che la a verifica sul raggiungimento degli obiettivi costiuisce solo uno dei parametri di valutazione della performnce individuale del dirigente in quanto, ai sensi dell'art. 8 del D.Lgs. n. 165/01, il sistema di misurazione concerne: a) l'attuazione delle politiche attivate sulla soddisfazione finale dei bisogni della collettività; b) l'attuazione di piani e programmi, ovvero la misurazione dell'effettivo grado di attuazione dei medesimi, nel rispetto delle fasi e dei tempi previsti, degli standard qualitativi e quantitativi definiti, del livello previsto di assorbimento delle risorse; c) la rilevazione del grado di soddisfazione dei destinatari delle attività e dei servizi anche attraverso modalità interattive; d) la modernizzazione e il miglioramento qualitativo dell'organizzazione e delle competenze professionali e la capacità di attuazione di piani e programmi; e) lo sviluppo qualitativo e quantitativo delle relazioni con i cittadini, i soggetti interessati, gli utenti e i destinatari dei servizi, anche attraverso lo sviluppo di forme di partecipazione e collaborazione; f) l'efficienza nell'impiego delle risorse, con particolare riferimento al contenimento ed alla riduzione dei costi, nonche' all'ottimizzazione dei tempi dei procedimenti amministrativi; g) la qualità e la quantità delle prestazioni e dei servizi erogati; h) il raggiungimento degli obiettivi di promozione delle pari opportunità.

In secondo luogo perché l'espresso riferimento all'elemento soggettivo della colpa solo all'art. 1 bis (relativo alla responsabilità nella vigilnanza o più correttamente per la performance dell'ufficio) che i sostenitori della tesi della reponsabilità oggettiva ritengono dimostri la natura invece oggettiva della diversa ipotesi prevista all'articolo 1, in realtà potrebbe essere letto in modo diametralmente opposto, nel senso cioè di esetndere la natura contrattuale della responsabilità di cui all'art. 1 anche all'ipotesi dell'art. 1 bis in cui il richiamo alla mancata vigilanza, senza un un riferimento alla copla avrebbe invece giustificato una interpretazione in senso oggettivo di detta responsabilità, secondolo schema civilistico della *culpa in vigilando* che appunto, prescinde dall'elemento soggettivo.

Inoltre, essendo unica la fattispecie sanzionabile prevista nell'art. 1 (mancato raggiungimento degli obiettivi), non sono presenti nella norma elemnti univoci e certi che consnentano di sottrarre l'ipotesi più lieve che comporta il mancato rinnovo dell'incarico da quelle più gravi che comportano la revoca dello stesso o il recesso dal rapporto. Di tal che, appare più coerente, allo stato, estendere a tutte le ipotesi il principio stabilito dalla Corte costituzionale (Corte Costituzionale n. 193 del 2002; n. 11 del 02; n. 103 del 2007) per cui la revoca dell'incarico dirigenziale può "essere conseguenza soltanto di una accertata responsabilità dirigenziale nei "casi tipizzati nelle disposizioni legali o contrattuali" che comporta la necessità di collegare comportamento sanzionabile alla colpa del dirigente e non ad altri fattori ad esso non imputabili. Per un approfndimento M. T. ALTORIO, Gli incarichi e la responsabilità dirigenziale alla luce della c.d."riforma Brunetta", su: Amministrativ@mente, Contributo speciale annesso al n. 12 di dicembre 2009. E'stato osservato che il recesso dal rapporto per il mancato raggiungimento di

ISSN 2036-7821

comma 1 che al comma 2, l'accertamento dell'elemento oggettivo del mancato raggiungimento degli obiettivi, svolto secondo lo specifico procedimento previsto dal sistema di valutazione interno all'ente e nel quale deve essere garantito il contraddittorio con il dirigente durante le fasi di misurazione e valutazione[53], si imponga all'amministrazione stessa che non potrà sindacarne il contenuto nel successivo procedimento di responsabilità.

La fattispecie prevista al secondo comma del richiamato articolo 21 invece, costiuisce una responbilità per insufficiente viglanza sulle attività delle unità di personale asssegnate ed è quindi un riflesso della responsabilità manageriale. Detta responsabilità può essere qualificata come interna, alla stregua di quella disciplinare con la quale presenta analogie rispetto al procedimento e le cui conseguenze sanzonatorie vanno a incidere sulla indennità di risultato che potrà essere decurtata fino all'ottanta per cento.

Per gli enti locali, il sistema di valutazione e controllo previsto dal decreto legislativo. 8 agosto 2000, n. 267, si regge in parte sull'autonomia, riconosciuta a tali amministrazioni, di disciplinare con propri regolamenti, la materia dell'organizzazione e del funzionamento delle istituzioni, degli organi e degli uffici[54] e in parte su una disciplina in materia di controlli interni che dopo le riforme operate al Testo unico dal d.l. 10 ottobre 2012 n. 174, si caratterizza per una maggiore forza rispetto al d.lgs. n. 286/99, essendo previsto anche, all'art.147 quinquies, il controllo sugli equilibri finanziari[55].

La *ratio* delle richiamate riforme poggia sul superamento e la progessiva dequaotazione del paradigma potere – funzione – atto – legalità, in cui il parametro

---

obiettivi costituenti oggetto dell'incarico dirigenziale è giustificabile solo se venga contestualmente in rilievo la violazione di doveri derivanti dal rapporto contrattuale fondamentale che lega il dipendente all'ente. M RAGUSA, Contrattazione collettiva e reponsabilità dirigenziale, in Dir. Econ. 3, 2019.

[53] L'art. 7 del d.lgs. n.150/09, prevede, al comma 3, lett. b) che Il Sistema di misurazione e valutazione della performance debba individuare procedure di conciliazione relative all'applicazione del sistema di misurazione e valutazione della performance. Inoltre, costantemente nelle linee guida redatte ai sensi del d.lgs. 150/2009 e dell'articolo 3, comma 1, del dPR n. 105 del 2016 che attribuiscono al Dipartimento della Funzione Pubblica (DFP) le funzioni di ndirizzo, coordinamento e monitoraggio in materia di ciclo della performance viene richiamata l'attenzione delle aministrazioni sulla necesità di prevederre nei propri sistemi di valutazione , occasioni formali di dialogo lungo tutto il ciclo di misurazione e valutazione della performance fra organismi di valutazione e dirigenti, prima di formulare la proposta di valutazione, oggetto poi delle eventuali procedure di conciliazione. Ne consegue che l'esito di tale articolato procedimento dovrà ritenersi acquisito in quello successivo di responsabilità, potendo l'amministrazione intervenire sulla valutazione solo attraverso una revisione del relativo procedimento.

[54] In particolare, quanto all'organizzazione, il riferimento è aagli articoli6 e t del testo unico. In tema di controlli interni, invece, l'art. 147 commal 4. Prevede espressamente che "Nell'ambito della loro autonomia normativa e organizzativa, gli enti locali disciplinano il sistema dei controlli interni secondo il principio della distinzione tra funzioni di indirizzo e compiti di gestione, anche in deroga agli altri principi di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286".

[55] Il d.l. n. 174/12 convertito nella legge legge n. 213 del 2012, ha integralmente sostituito il CAPO III sui controlli interni.

ISSN 2036-7821

di valutazione dell'azione amministrativa (sia autoritativa che di servizio) consisteva prevalentemente nel controllo di legalità sulla attività svolta dai pubblici poteri o dagli enti titolari di pubblicihe funzioni o affidatari di pubblici servizi, in favore di quello, di matrice aziendalistica, programmazione –– prestazione – risultato, tendente alla misurazione della effettiva attuazione degli atti diindirizzo e, successivamente della misurabile soddisfazione delle comunità aministrate[56].

In particolare, l'idea di fondo che accompagna questo nuovo approccio è che per raggiungere una migliore attuazione dei principi di efficienza, efficacia ed economicità, assicurando "elevati standard qualitativi ed economici del servizio" [57], non sia sufficiente avere come parametro del corretto operato degli organi apicali delle amministrazioni la legittimità dei provvedimenti e dei comportementi, ma occorra che questi ultimi vengano valutati in base alla capacità di intercettare il rapporto sotteso fra cittadino e amministrazione, dimostrando di essere idonei a soddisfare i bisogni prioritari della collettività sotto il profilo quantitativo della proporzionalità e qualitativo dell'adeguatezza[58].

La dirigenza pubblica, in particolare, viene a costituire l'anello di congiunzione fra gli organi di indirizzo politico, chiamati ad individuare gli interessi da soddifare indicando le priorità nella realizzazione, e la comunità degli amministrati che attende risposte concrete ai propri bisogni interfacciandosi con gli uffici per ricevere una serie di prestazioni, dalla cui qualità dipenderà la scelta di confermare il consenso al corpo politico che li ha incaricati.

Ciò conferisce a questo particolare corpo di dipendenti pubblici e alle norme sul ciclo della performance che ad esso fanno riferimento una particolare rilevanza per lo sviluppo del modello deliberativo che si sta analizzando, essendo già presenti nell'ordinamento strumenti da cui partire per promuovere, attraverso la mediazione dirigenziale, il coinvolgimento della comunità nella determinazione degli obiettivi programmatici degli enti che costiuisce una forma di condivisione di tipo deliberativo dell'attività di indirizzo politico.

6. *Il ruolo della dirigenza nel ciclo della performance ed il collegamento con la comunità amministrata.*

Il sistema previsto dal d.lgs n. 150/09 coinvolge diversi soggetti nel processo di

[56] Per una ricostruzione attenta del quadro fino al 2009 M. INTERLANDI, *La valutazione del dirigente locale*, in AA.VV. (a cura di A. CONTIERI, M. IMMORDINO) *La dirigenza locale*, Napoli, 2012. Viene in particolare evidenziato come <<In questo assetto la valutazione della perfomance pubblica è declinata in termini di controllo sui risultati dell'attività dirigenziale che gli organi di governo sono tenuti ad esecitare ai sensi dell'art. 3 del d.lgs.n.29/93 (misurando) […] la qualità dell'azione sia in termini di prodotto (servizi e prestazioni)che di gradimento espresso dalla collettività in ordine allo stesso (custumer satisfaction)>> p. 208

era stato previsro

[57] Questa la finalità espressa nell'art. 2 della D.lgs. n 159/09.

[58] M SPASIANO, op. cit., p. 273.

ISSN 2036-7821

misurazione e valutazioene *della performance* organizzativa e individuale delle amministrazioni pubbliche che l'art. 12 individua attualmente negli organismi indipendenti di valutazione (OIV), le cui funzioni, nel caso degli enti territoriali, possono essere svolte da strutture equivalenti istituite e disciplinate attraverso le fonti regolamentari (espressione dell'autonomia politica[59] riconosciuta dagli articoli. 5 e 117 comma 6 della Costituzione), nell'organo di indirizzo politico politico amministrativo e nei dirigenti di ciascuna amministrazione.

Tralasciando i compiti degli organismi di valutazione che non rilevano ai fini del nostro discorso[60], è interessante analizzare il ruolo dei dirigenti in relazione alla definizione degli obiettivi che attraverso il ciclo della performance l'ente intende raggiungere.

In particolare, l'art. 10 comma 1 lett. a) del d.lgs.n. 150/09, a seguito della modifica ad esso apportata dall' art. 8 comma 1 lett b) del decreto legilsativo 25 maggio 2017 n. 74, prevede che il piano della performance, documento strategico di programmazione triennale[61], sia definito dall'organo di indirizzo politico-amministrativo "in collaborazione con i vertici dell'amministrazione", secondo gli indirizzi impartiti, con proprie linee guida, dal Dipartimento della funzione pubblica[62].

---

[59] Intesa come potestà propria di indirizzo politico. Cfr. M.S. GIANNINI, Diritto amministrativo, Milano 1988, Vol I. p. 503.

[60] Ai sensi dell'art. 14 comma 4. L'Organismo indipendente di valutazione della performance: "a) monitora il funzionamento complessivo del sistema dellavalutazione, della trasparenza e integrita' dei controlli interni ed elabora una relazione annuale sullo stato dello stesso,nche formulando proposte e raccomandazioni ai vertici amministrativi; b) comunica tempestivamente le criticita' riscontrate aicompetenti organi interni di governo ed amministrazione, nonche' allaCorte dei conti e al Dipartimento della funzione pubblica; c) valida la Relazione sulla performance di cui all'articolo 10, a condizione che la stessa sia redatta in forma sintetica, chiarae di immediata comprensione ai cittadini e agli altri utenti finali e ne assicura la visibilita' attraverso la pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione; d) garantisce la correttezza dei processi di misurazione e valutazione con particolare riferimento alla significativa differenziazione dei giudizi di cui all'articolo 9, comma 1, lettera d), nonche' dell'utilizzo dei premi di cui al Titolo III, secondo quanto previsto dal presente decreto, dai contratti collettivi nazionali, dai contratti integrativi, dai regolamenti interni all'amministrazione, nel rispetto del principio di valorizzazione del merito e della professionalita'; e) propone, sulla base del sistema di cui all'articolo 7, all'organo di indirizzo politico-amministrativo, la valutazione annuale dei dirigenti di vertice e l'attribuzione ad essi dei premidi cui al Titolo III; f) e' responsabile della corretta applicazione delle linee guida, delle metodologie e degli strumenti predisposti dal Dipartimento della funzione pubblica sulla base del decreto adottato ai sensidell'articolo 19, comma 10, del decreto legge n. 90 del 2014; g) promuove e attesta l'assolvimento degli obblighi relativi alla trasparenza e all'integrita' di cui al presente Titolo; h) verifica i risultati e le buone pratiche di promozione delle pari opportunità".

[61] che definisce, con riferimento agli obiettivi finali ed intermedi ed alle risorse, gli indicatori per la misurazione e la valutazione della performance dell'amministrazione, nonche' gli obiettivi assegnati al personale dirigenziale ed i relativi indicatori;

[62] Nella sua orginaria formulazione, l'articolo in questione non conteneva un riferimento diretto alla dirigenza prevedendo «un documento programmatico triennale, denominato Piano della performance da adottare in coerenza con i contenuti e il ciclo della programmazione finanziaria e di bilancio, che individua gli indirizzi e gli obiettivi strategici ed operativi»

ISSN 2036-7821

In realtà, il citato obbligo di collaborazione con la dirigenza nell'attività di pianificazione è presente fin dall'inizio nel decreto legislativo, essendo contemplato all'art. 15 comma 1 lett b) fra i compiti dell'organo di indirizzo politico- amministrativo ed è costantemente richiamato anche nelle linee guida nazionali in materia[63]. Del resto, il coinvolgimento dei dirigenti nella determinazione dei conenuti degli atti amministrativi generali di pianificazione e programmazione, cui è riconosciuta valenza di indirizzo politico[64], esiste da sempre nel nostro ordinamento ed attiene alla specifica funzione, legata alle competenze tecniche di cui essi sono titolari, di assistenza agli organi politici nella fase strumentale di trasformazione del fine politico in obiettivi amministrativi e nella individuazione dei mezzi e delle risorse necessari per raggiungere il risultato atteso, secondo un approccio che prevede una definizione progressiva dell'atto di indirizzo stesso [65].

In particolare, la circostanza che il fine politico di partenza sia spesso generico, soprattutto nei programmi di governo locali, investe i dirigenti di un ruolo importante nell'attività di mediazione fra le diverse istanze politiche di cui sono portatori i rappresentanti del territorio (ad es. consiglieri comunali). Tale mediazione, infatti, sebbene sia formalmete svolta dal vertice dell'ente (ad. es. sindaco con il supporto della giunta) non può prescindere dall'apporto dei coordiantori dell'apparato tecnico-professionale dell'ente che si ritrovano ad assumere <<una posizione di autentico arbitraggio>> [66] nel confezionamento degli atti di pianificazione e programmazione.

Di tal che, senza addentrarci qui nel tema vasto e ampiamente percorso del principio di separazione fra le attiviità di indirizzo e di gestione, si può ritenere che esso operi essenzialmente nella fase di attuazione dell'indirizzo politico, vincolando gli uffici ed i dirigenti che ne sono responsabili ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine di perseguire le finalità pubbliche predeterminate dall'ordinamento (innanzitutto attraverso la legge, ma anche come visto, mediante le fonti amminstrative e dell'autonomia a ciò deputate).

La separazione tra funzioni di indirizzo politico e funzioni di gestione , in questa accezione, costituisce un principio di carattere generale, fondato sugli articoli 97 e

[63] Secondo le linee guida sull'adizione del piano della performance emanate dal Dipartimento della funzione pubblica nel 2017 "analizzare il contributo delle unità organizzative alle attività e ai progetti, già dalla fase di pianificazione, aiuta il successivo raccordo tra *performance* organizzativa e *performance* individuale dei dirigenti".

[64] Sulla riconducibilità degli atti amministrativi generali alla categoria degli atti di indirizzo politico, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, 2003, p.79 e ss.

[65] MARTINES parla di fase teleologica riferita alla determinazione del fine; fase strumentale riferita alla obiettivizzazione del fine e fase effettuale riferita al raggiungimento del risultato. Cfr, T MARTINES, *voce indirizzo politico* in Enciclopedia del Diritto, Milano, 1971, p.140 ess. Per una ricostruzione della dottrina relativa alla definizione dell'indirizzo politico M.C. CAVALLARO, *Il rapporto fra politica e amministrazione*, in A. CONTIERI, M. IMMORDINO (a cura di) *La dirigenza locale*, Napoli, 2012 p. 13-18.

[66] Così M. RUSCIANO, Cit. p. 11.

ISSN 2036-7821

98 della Costizuone che postulano l'imparzialità dell'azione amministrativa[67] e pongono i pubblici impiegati al servizio esclusivo della nazione[68].
D'altra parte, il contributo che la dirigenza può offrire alla definizione degli obiettivi in sede di indirizzo non può che giovare alla dinamica della separazione, atteso che dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere <<l'assenza o l'insufficienza di obiettivi da raggiungere>>[69] fra le più gravi disfunzioni del sistema.
In questo, pur condividendo la perplessità legate al rischio che l'organo di gestione non si limiti <<a concorrere alla definizione degli obiettivi, ma ne definisc(a) il contenuto, sostituendosi al vertice politico, appropriandosi, nella sostanza della funzione di indirizzo>>[70], va osservato che il rischio di una eccessiva ed indebita ingerenza dell'apparto burocratico nella determinazione degli indirizzi dipende prevalentemente dalla debolezza degli organi a ciò preposti (per ragioni varie che vanno dalla esistenza di un paralizzante equilibrio precario nella maggioranza, alla inadeguatezza culturale degli amministratori) e dunque, da fattori patologici interni al sistema politco, che ove si presentino, sono destinati ad incidere comunque negativamente sulla *performance* complessiva dell'ente nel medio e lungo periodo[71].

Inquadrato nei termini che precedono, il ruolo della dirigenza nella fase di pianificazione degli obiettivi, lo stesso potrebbe risultare propulsivo anche nel coinvolgimento dei cittadini in tale atttività.
La disciplina sul sistema di misurazione e valutazione della performance è andata progessivamente aprendosi ad un sempre maggiore apporto del corpo sociale. In particolare, il già richiamato d. lgs. n. 74/ 2017, ha disposto la modifica dell'art. 5, comma 1 lettera a) e dell'art. 7, comma 1, lettera c) nonché l'introduzione dell'art. 19 bis.
La prima modifica comprende, fra gli obiettivi del ciclo della performance, le priorità strategiche delle amministrazioni in relazione alle attività e ai servizi erogati anche in relazione al livello e alla qualità dei servizi da garantire ai cittadini.
La modifica dell'art. 7, invece, coinvolge nella funzione di misurazione e valutazione della performance i cittadini o gli altri utenti finali in rapporto alla qualità dei servizi resi che, ai sensi del successivo articolo 8, costituiscono anche specifici ambiti di misurazione.

---

[67] M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986; M. AVVISATI, *Neutralità, imparzialità e azione amministrativa. Riflessioni su pubblica amministrazione e controllo di costituzionalità*, in Federalismi, n. 12/2020 15 e ss.;

[68] T.A.R. Napoli, (Campania) sez. I, 09/01/2020, n.112 in Foro Amministrativo (Il) 2020, 1, 133.

[69] M. IMMORDINO, *Introduzione,* in M. IMMORDINO, C. CELONE, La Responsabilità dirigenziale, cit. p. 12.

[70] M.C. CAVALLARO, *Brevi notazioni sul sistema di valutazione dei dirigenti pubblici*, in questa rivista, fascicolo 4/2021, p.755 che richiama E. D'ALTERIO, *La funzione di controllo e l'equilibiro dei poteri pubblici <<dove nascono i problemi>>* in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2'19, 681.

[71] Assumendo per medio periodo la base triennale della programmazione ordinaria negli enti pubblici e per lungo periodo la durata del mandato.

ISSN 2036-7821

L'art. 19-bis, infine, prevede la partecipazione dei cittadini e degli altri utenti finali al processo di misurazione della performance[72].

La partecipazione che si delinea dall'insieme delle norme elencate, può essere qualificata, sulla base della classificazione operata in apertura del presente lavoro, come sostanzilmente collaborativa. Come è stato correttamente osservato, essa si colloca nell'ambito degli strumenti di coinvolgimento dei fruitori delle prestazioni, già da tempo presenti nella disciplina civilistica che tutela i consumatori, ed in quella di rilevo pubblicistico, relativa al rapporto di utenza e alle garanzie nei servizi pubblici. Sono stati altresì evidenziati i non pochi limiti applicativi di questa forma di partecipazione, attesa la difficoltà di coinvolgere le comunità nel processo di misurazione e valutazione della performance organizzativa dell'ente, connotato da una certa complessità tecnica; dalla difficoltà di accedere al corredo informativo di supporto[73], costituito da dati non sempre ricompresi fra quelli oggetto di obbligo di pubbblicazione e da un elevato grado di soggettività degli indicatori per la misurazione, elaborati dal Dipartimento della funzione pubblica[74]. Inoltre, va considerata la diffusa difficoltà o meglio reticenza delle amministrazioni a <<dotarsi di sistemi di rilevamento della *customer satisfaction*>>[75] .

Più recentemente, le linee guida del Dipartimento della funzione pubblica n. 4/2019,

---

[72] A mente del quale "1. I cittadini, anche in forma associata, partecipano al processo di misurazione delle performance organizzative, anche comunicando direttamente all'Organismo indipendente di valutazione il proprio grado di soddisfazione per le attivita' e per i servizi erogati, secondo le modalita' stabilite dallo stesso Organismo. 2. Ciascuna amministrazione adotta sistemi di rilevazione del grado di soddisfazione degli utenti e dei cittadini in relazione alle attivita' e ai servizi erogati, favorendo ogni piu' ampia forma di partecipazione e collaborazione dei destinatari dei servizi, secondo quanto stabilito dall'articolo 8, comma 1, lettere c) ed e). 3. Gli utenti interni alle amministrazioni partecipano al processo di misurazione delle performance organizzative in relazione ai servizi strumentali e di supporto secondo le modalita' individuate dall'Organismo indipendente di valutazione. 4. I risultati della rilevazione del grado di soddisfazione dei soggetti di cui ai commi da 1 a 3 sono pubblicati, con cadenza annuale, sul sito dell'amministrazione. 5. L'organismo indipendente di valutazione verifica l'effettiva adozione dei predetti sistemi di rilevazione, assicura la pubblicazione dei risultati in forma chiara e comprensibile e ne tiene conto ai fini della valutazione della performance organizzativadell'amministrazione e in particolare, ai fini della validazione della Relazione sulla performance di cui all'articolo 14, comma 4, lettera c).

[73] Si seganala, ad esempio, T.A.R. Reggio Calabria, (Calabria) sez. I, 23/11/2020, n.673, in cui si evidenzia come <<*La pubblicazione nella sezione «amministrazione trasparente» del sito istituzionale del comune della relazione sulla performance — peraltro, imposta dall'art. 10, comma 8, lett. b) del d.lg. n. 33/2013 — non vale a soddisfare la richiesta dell'interessato ad ottenere copia del diverso documento che il dirigente, annualmente, trasmette al Nucleo di Valutazione ai fini della valutazione complessiva del Settore (performance organizzativa). Né, nella specie, è possibile stabilire se ed in che misura le «informazioni» contenute in quel documento siano confluite nella relazione sulla performance validata dal Nucleo di Valutazione*>>, in *Foro Amministrativo* (Il) 2020, 11, 2220.

[74] Così F. FRACCHIA, P. PANTALONE, Responsbilità dirigenziale, cit. pp.118-119 che richiamano la Direttiva del Consiglio dei Ministri 27 gennaio 1994 che include fra i principi fondamentali la partecipazione dei cittadini alla prestazione del servizio pubblico bobochè la sdisciplina dle codice del consumo con particolare riferimento alle carte dei servizi che prevedono la valorizzazione da parte degli erogatori di quei servizi pubblici obbligati ad adottarle, di valorizzare la partecipazione.

[75] M.C. CAVALLARO, *Brevi nozioni*… Cit. p. 759.

ISSN 2036-7821

offrendo una lettura sistematica delle modifiche del 2017 al d.lgs. n. 150/09, hanno indirizzato le amministrazioni verso un rafforzamento della partecipazione nelle diverse fasi del ciclo della *performance* da parte dei fruitori delle attività istituzionali e dei servizi pubblici e più in generale, dei portatori di interessi (stakeholder).
In particolare, richiamando il principio di sussidiarietà orizzonale, viene evidenziato come la partecipazione vada intesa <<nel senso più ampio possibile, lungo tutto il ciclo della performance, dalla fase di programmazione fino a quella di valutazione, secondo i modelli più innovativi di *governance*, promossi anche a livello internazionale>>[76] .
Ciò massimizzando la portata del novellato art. 8 del D.lgd. n. 150/09 che inserisce, al comma 1 lett e), fra gli ambiti di misurazione e valutazione della performance organizzativa, lo sviluppo qualitativo e quantitativo delle relazioni fra amministratori e amministrati <<anche attraverso forme di partecipazione e collaborazione>>.
Il metodo di lavoro per la definizione del sistema di valutazione viene, così, fondato sulla collaborazione fra amministrazioni e attori sociali ed ispirato <<alla esplicita condivisione di obiettivi di miglioramento>>[77], secondo il modello della co-produzione dei servizi soprattutto di tipo sociale, già avviato in diverse amministrazioni anche locali[78].
Tale approccio, nella parte in cui guida le amministrazioni ad anticipare la partecipazione civica alla fase di programmazione del ciclo della *performance*, si apre al modello deliberativo dell'ammnisrtazione condivisa. La *ratio* del coinvolgimento della comunità amministrata nel processo di formazione degli obiettivi ha, infatti, il fine di correlare gli stessi ai bisogni maggiormente avverititi dal basso[79] acquisendo, attraverso l'apporto degli amministrati, un bagaglio di elementi utili a predisporre l'azione non solo più efficiente ed efficace possibile, così da prevenire disfunzioni destinate a riverberarsi sulla *performance* complessiva dell'ente ed individuale del

[76] Lnee guida n.4, novembre 2019, p. 5. Il Dipartimento per la dfunzione Pubblica italiana è stato promotore, in ambito italiano del Common assesment framework (CAF) organizzazione internazionale volta a creare metodi condivisi di painificazionedella qualità. In ambito europeo, la coorperazione informale fra i ministeri della pubblica amministrazione dei paesi europe (EUPAN) ha prodotto studi su possibili modelli convergenti di partecipazione civica nella determinazione degli standard a cui iniformare la qualità delle prestazioni pubbliche. Per approndimenti, https://www.eupan.eu/ .

[77] Linee guda cit. p. 7

[78] Sulla partecipazione dei privati alla programmazione delle attività assistenziali, E. FREDIANI, La *co-progettazione dei servizi sociali*, Torino 2021. La Corte Costituzione, nella nota sentenza 26 giugno 2020 n. 131, ha evidenziato che con l'introduzione dell'art. 118 comma 4 della Costituzione <<si è voluto superare l'idea per cui solo l'azione dei sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale identificando un ambito di organizzazione delle libertà sociali non riconducibile né allo Stato né al mercato, ma a quelle forme di solidarietà che, in quanto epressive di una relazione di reciprocità, devono essere ricomprese tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico.>> in https://www.cortecostituzionale.it.

[79] V. MOLASCHI, *Economia collaborativa e beni comuni, analogie, differenze e intersezioni nella prospettiva di uno sviluppo urbano sostenibile*, In *Dir. Econ*., 2020, p. 345 e ss.

ISSN 2036-7821

dirigente, esponendoli a responsabilità[80], ma anche a rafforzare la legittimazione delle scelte politiche e delle priorità di azione stabilite, generando consenso.
Peraltro, rispetto alle richiamate difficoltà che caratterizzano la partecipazione del corpo sociale alle attività tecniche di misurazione e valutazione della *performance*, la condivisione della fase di programmazione appare più semplice, e dunque più accessibile alle persone singole o associate interessate a prendervi parte[81].
Questa semplificazione a favore della comunità ha, però, un suo costo amministrativo. Ed invero, perché il descritto modello sia reso operativo, sono necessari fattori abilitanti la cui attuazione grava sull'amministrazione tutta, ma in particolare sul suo apparato di gestione, essendo richiesto agli organi di indirizzo, invece, un impegno di tipo culturale e politico alla promozione di questi processi e alla continuità nel loro svolgimento[82].
Le citate linee guida provano a definire alcuni di detti fattori fra cui la mappatura degli *stakeholder* e la mappatura dei processi, volti a prevenire i *bias* relativi ai rischi di un coinvolgimento non pienamente inclusivo[83]; la scelta di metodologie che favoriscano lo scambio paritario di informazioni nelle relazioni dei membri della comunità tra loro e con l'amministrazione, riducendo il rischio dell'autoreferenzialità presente sia nell'approccio dei soggetti pubblici che in quello della associazioni esponenziali di interessi dei privati; la determinazione di processi di condivisione trasparenti ed ampiamente pubblicizzati; la formalizzazione degli esiti della condivisione da parte di *team think* composti in maniera paritaria da rappresentanti dell'ammministrazione e della comunità, in modo da elaborare proposte il più possibile fedeli agli indirizzi emersi nel dialogo.
Tutto ciò richiede da parte delle amminstrazioni la disponibilità di competenze e risorse da impiegare in queste attività e quindi, in ultima analisi, coinvolge i dirigenti e la loro capacità di organizzare tale complesso e faticoso modello organizzativo co-decisonale.
Ritorna, dunque, il ruolo di collaborazione e mediazione del dirigente pubblico nella fase di programmazione dell'attività amministrativa, già esaminato sopra dal punto di vista della relazione con l'organo di indirizzo politico.

---

[80] M. INTERLANDI, *Danno da disservizio e tutela della persona*, Napoli, 2013 che ha approfondito il tema della responsabilità dirigenziale ed amministrativa nelle ipotesi di disfunzioni derivanti dal mancato raggiungimento degli standard definiti nel ciclo della performance in relazione alla tutela del cittadino-utente-persona.

[81] Potendosi utilizzare strumenti anche informali, quali i forum, le arene, i dibattiti, le consultazioni, i questionari etc, facendo ricorso anche alle ICT per semplificare e velocizzare le interlocuzioni.

[82] Il riferimento è alla necessità di <<un alto commitment politico che assicuri non solo la continuità, ma anche le promozionee il rafforzamento, dei processi di valutazione partecipativa>>. Cfr. Linee guida, cit. p. 7

[83] Sul tema delle possibili distorsioni derivanti dai metodi di selezione dei partecipanti ai processi democratici conndivisi, L. PELLIZZONI, *Comunità, partecipazione e democrazia deliberativa: un'esperienza italiana* in *Quaderni di sociologia*,68/15 p.149-152.

ISSN 2036-7821

7. Conclusioni.

A distanza di cinque anni dalla introduzione delle modifiche del 2017 al D.Lgs.n. 150/09, con cui si è prevista la partecipazione dei fruiitori delle prestazioni e dei sevizi pubblici alla fase di misurazione e valutazione della *performance* organizzativa ed individuale nelle pubbliche amministrazioni, non si registrano risultati significativi.

La principale, sebbene non esclusiva, causa di questo fallimento è data dalla complessità tecnica che detta attività comporta, rispetto alla quale è anche difficile individuare ipotesi di responsabilità interne all'amministrazione e di conseguenza misure correttive, attesa la specificità delle competenze e l'elevato numero di dati da acquisire ed elaborare da parte dei privati nel processo in questione.

In questo senso, l'indirizzo venuto dal Dipartimento della Funzione pubblica con le linee guida n. 4 del 2019 di anticipare il coinvoglimento del corpo sociale alla fase di pianificazione degli obiettivi appare un'utile prospettiva di attuazione della partecipazione civica auspicata dal governo, connotandola, peraltro, del valore aggiunto che la condivisione delle scelte di indirizzo, secondo il metodo deliberativo, può portare nei rapporti fra amministratori ed amministrati, in chiave di rafforzamento dell'investitura democratica.

Secondo questo approccio, la dirgenza assume la funzione di cerniera, ponendosi tra le funzioni del corpo politico, cui compete la formalizzazione degli atti di indirizzo, e il corpo sociale da cui sono espressi una molteplicità di bisogni che si aspira a trasformare in beni della vita, da realizzare attraverso l'azione amministrativa. Il corpo dirigente, infatti, si ritrova a coordinare il processo di costruzione condivisa degli interessi pubblici, assumendone la responsabilità, da un lato collaborando ai sensi degli aticoli 10 comma 1 lett. a) e dell'art. 15 comma 1 lett b) del d.lgs.n.150/09, con gli organi di indirizzo politico alla definizione del piano della *performance*, dall'altro assicurando la realizzazione di quei fattori abilitanti del dialogo che, come è emerso, costituiscono i presupposti per dare effettività alla partecipazione civica.

Così delineato, il ruolo della dirigenza assume una valenza nell'organizzazione amministrativa che lo riavvicina alla sua originaria natura di <<mezzo di attuazione delle politiche pubbliche>> apparso recessivo negli ultimi anni, in ragione di una esasperata estensione del principio di separazione fra poltica e amministrazione che ha finito per svilire, invece che valorizzare l'apparato burocratico[84].

Anzi, nella prospettiva dell'amministrazione condivisa, in cui rientrano gli analizzati strumenti di partecipazione civica alla pianificazione della *performance*, tale natura risulta rinnovata perché il dirigente viene posto in stretta relazione non più solo con

[84] La citazione fra virgolette così come la posizione dottrinale sono espresse da M. MAZZAMUTO, *Il fallimento della seprazione tra politica e amministrazione e gli sviluppi della forma di governo,* in M. IMMORDINO; C. CELONE, *La responsabilità*…cit. p.24

ISSN 2036-7821

gli organi di indirizzo politico che gli conferiscono l'incarico ma anche con la comunità, dal cui coinvolgimento non può prescindere nello svolgimento della propria funzione collaborativa nelle scelte amminisrtrative di tipo strategico.
Di talchè, per tale via la funzione di servizio svolta dalla dirigenza risulterebbe valorizzata e pienamente conforme ai principi costituzionali che regolano l'azione amministrativa e pongono l'apparato gestionale dell'amministrazione al servizio esclusivo della nazione.
Inoltre, l'esistenza di specifiche fattispecie di responsabilità dirigenziale collegate al mancato raggiungimento dei risultati ed al rispetto delle direttive inerenti il ciclo della *performance*, rende più facile individuare e correggere eventuali criticità e sanzionare gli inadempimenti sia nel caso del dirigente che non risponde adeguatamente agli i*mput* dell'organo politico, che in quello un cui, ai sensi dell'art. 8 comma 1, lett. e) del D.Lgs.n. 150/09, non sviluppi relazioni qualitativamente e qualitativamente adeguate con la collettività degli amministrati e dei soggetti interessati alle prestazioni e ai servizi dell'amministrazione. Ciò a fronte, invece, della richiamata difficoltà di individuare le responsabilità per l'ipotesi di mancata partecipazione alle fasi successive di misurazione e valutazione.
Certo dal 2019 ad oggi, le previsioni delle linee guida n.4/2019 in tema di partecipazione civica alla fase di painificazione sono rimaste sostanzialemente inevase, ma va rilevato che una vera sperimentazione del modello non è stata mai avviata, in quanto le stesse linee guida hanno previsto che tale nuovo approccio venisse implementato in maniera graduale, tenendo conto del diverso grado di maturità delle amministrazioni e delle difficoltà connesse alla progettazione e all'utilizzo dei sistemi di valutazione partecipativa, pur stabilendo un arco temporale non superiore al triennio per rendere pienamente operativo il sistema.
Pertanto, varrebbe la pena che il legislatore perseguisse con più convinzione questa strada accompagnandola con un corredo normativo più adeguato volto a dare maggiore certezza attuattiva al percorso.
Sarebbe utile, ad esempio, modificare l'art.12 del d.lgs. n. 150/09, introducendo fra i soggetti che partecipano al processo di misurazione anche i cittadini, fruitori di prestazioni e servizi e gli stakeholder, come è stato fatto nell'at. 7 a proposito del sistema di misurazione, così allineando e rafforzando le due disposizioni.
Soprattutto, andrebbe modificato l'art. 10 prevedendo l'epressa partecipazione della comunità alla definizione del piano della *performance* che oggi, come visto, è invece messo a punto dall'organo di indirizzo politico, in collaborazione con la dirigenza e nel rispetto delle direttive del Dipartimento della funzione pubblica. Ciò vincolerebbe in modo più stringente gli organi dello stato apparato (di indirizzo e di gestione) al coinvolgimento dello stato comunità, rispetto allo stato attuale, in cui la partecipazione è prevista solo in una fonte, come visto non vincolante e, peraltro, dai

ISSN 2036-7821

tempi di attuazione troppo elastici.
Si dovrebbe, inoltre, stabilire una connessione più intensa fra le previsioni richiamate, prevedendo misure deterrenti per l'organo di indirizzo politico che non adegui il piano e il sistema di misurazione e valutazione della *performance* ai criteri partecipativi da affiancare a quelle già meglio individuate che colpiscono il dirigente, previa valutazione negativa da parte dell'OIV. A quest'ultimo, infine, andrebbe espressamente impedito di procedere alla valutazione dei dirigenti in assenza dei citati strumenti di programmazione e attuazione aggiornati. Ciò, non essendo oggi previsto, impedisce o quantomeno rende difficile, all'organismo indipedente rifiutare la valutazione o attribuire un punteggio negativo al dirigente per mancanza di un risultato non chiaramente definito e non imputabile con certezza all'inadempimento dei doveri gestionali di quest'ultimo. Con la conseguenza che lo stesso OIV potrebbe trovarsi esposto ad un profilo di responsabilità amministrativa o erariale in conseguenza dell'erogazione al dirigente di un premio di risultato sulla base di una valutazione che l'OIV non aveva strumenti adeguati per negare.
Del resto, in questo senso erano andate anche le indicazioni del Consiglio di Stato sebbene limitate alle responsabilità della dirigenza, nell'esame dello schema del decreto che introdusse le modifiche del 2017, rimaste però, inascoltate dal legislatore.[85]
Così torniamo alle considerazioni svolte lungo il corso del lavoro sulla centralità del principio organizzativo per consolidare all'interno delle amministrazioni nuovi modelli, favorendo il loro radicamento culturale in tutti i livelli di governo nei ruoli politici e gestionali.

[85] Secondo il Consiglio di Stato, infatti, <<dovrebbe prevedersi una qualche forma di sanzione, o comunque di deterrenza, per il caso in cui il Piano non venga adottato laddove, invece, il testo attuale rischia di creare una sorta di impasse nel caso in cui il Piano non sia stato adottato, non essendo prevista alcuna responsabilità di tutti i dirigenti ovvero di alcuni di essi. Analogamente, ci si potrebbe interrogare sull'opportunità di prevedere una sanzione anche per il caso in cui non venga adottata la Relazione, che rende possibile verificare quanto del Piano si è effettivamente tradotto in pratica>>. Consiglio di Stato comm. spec., 21/04/2017, n.917 in Foro Amministrativo (Il) 2017, 4, 895.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il caso Gamestop: chiare evidenze di un fallimento regolamentare e di supervisione dei mercati finanziari

di Luigi Scipione

(Ricercatore di diritto commerciale e professore aggregato presso l'Università di Napoli "Federico II")

Sommario

1. Una breve ricostruzione storico-analitica del caso GameStop. - 2. Social media, merca-ti regolati e nuove filiere di valore. Un approccio sostanzialistico al fenomeno del "far-web". - 3. Il trading on-line tra piattaforme digitali e nuovi paradigmi operativi. - 3.1. Il meccanismo della gamification applicato al trading on-line. - 4. I pericoli della comuni-cazione finanziaria attraverso i social media. - 5. "Consigli per gli acquisti" o manipola-zione del mercato? - 5.1. (Segue): libertà di espressione vs manipolazione del mercato. - 6. Prime linee di intervento e itinerari possibili di regolamentazione delle raccomanda-zioni di investimento on-line. - 7. Verso una ridefinizione della matrice regolatoria dei mercati finanziari. De jure condendo.

Abstract

The GameStop story highlighted the power of technology to democratize access to financial markets. Alongside this issue, which is mainly of a political-sociological nature, the issue of on-line trading on the financial markets is of central importance, influenced by the growing use of retail investors to trading platforms and information available on social networks. The changes introduced by sharing platforms, in the process of forming user opinions, have radically changed the characteristics of operations on the financial markets. The imbalance between the rules envisaged for traditional operators and the regulatory vacuum on the web and social networks is becoming increasingly striking. In the absence of adequate regulatory safeguards, the result ultimately appears to be irreversible: to crack the rationality of the financial markets and their transparency. Given the current trends, therefore, the urgent need to prepare regulatory measures aimed at regulating these new investment methods more effectively, providing adequate protection to the needs of small investors and at the same time guaranteeing the integrity of the markets.

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

ISSN 2036-7821

1. *Una breve ricostruzione storico-analitica del caso GameStop.*

Il caso di GameStop[1] ha riscosso ampio clamore perché in esso si possono osservare processi caratteristici della fase di transizione in atto dalla finanza tradizionale a quella che si va forgiando per effetto dell'innovazione tecnologica.

Per la prima volta gli investitori *retail* hanno avuto il potere di causare danni elevati a *players* di grandi dimensioni inducendo taluni *short seller* (venditori allo scoperto) a riconsiderare le proprie strategie ribassiste nei confronti delle società ritenute prossime al fallimento[2].

Nonostante una fase di prolungato dissesto, nel mese di gennaio di questo anno il valore dei titoli della società GameStop Corp., la multinazionale di videogiochi con sede in Texas, ha sperimentato un'elevata volatilità dei prezzi per effetto di decisioni di investimento basate esclusivamente su opinioni, consigli informali nonché sulla condivisione di intenzioni scambiate su piattaforme *online* non regolamentate e sui *social network*[3].

Applicando alla battaglia finanziaria gli strumenti dei *video games* con cui i *millenial* sono cresciuti, i mercati finanziari si sono trasformati nell'arena di un conflitto senza precedenti tra i cosiddetti "Redditor" e gli *hedge funds*.

La scintilla è scoccata su un *social media* di intrattenimento e discussione (la comunità di "Reddit") dove nel sub-canale "r/wallstreetbets" dedicato al brokeraggio finanziario si coordinavano le istanze di un vasto numero di piccoli investitori. In particolare i "Redditor" hanno attaccato i fondi speculativi con posizioni *short*: rispetto a chi aveva scommesso che il valore delle azioni sarebbe sceso, è stato sincronizzato un acquisto dei titoli in massa – un comportamento irrazionale dal momento che non c'era motivo di valutarle al rialzo[4] – così da determinare una salita

[1] Cfr. D. VALIANTE, *GameStop: storia di una tragedia annunciata*, in *lavoce.info*, 16 febbraio 2021; E. FRANZA, *È solo una questione di* short selling? *Il caso GameStop*, in *Dir. banc.*, 14 dicembre 2021; M. ARRIGONI, *The GameStop case and investor protection. Towards a new regime for the prevision of executive investments services, in Riv. Orizz. dir. comm., 2, 2021, p. 949 ss.*

[2] CONSOB, *Dichiarazione sui casi di anomala volatilità nella negoziazione di azioni e nell'utilizzo di social forum e piattaforme* di trading online, Roma, 13 aprile 2021.

[3] Trattatasi di una chiara operazione speculativa come dimostra il fatto che il valore di listino delle azioni GameStop è passato nell'arco di tre sole settimane da 17 a 483 dollari. In questo breve lasso di tempo i titoli in questione hanno cambiato di mano 554 milioni di volte, più di 11 volte il totale di tutte quelle disponibili. All'inizio di febbraio 2021, si è registrato un crollo dei valori di listino a 50 dollari.

[4] Sul punto, salvo quanto piu diffusamente *infra*, basti qui richiamare G. LIACE, *L'investitore irrazionale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1, 2020, p. 967 ss.; U. MORERA, *Irrazionalità del contraente investitore e regole di tutela*, in ROJASELGUETA e VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto irrazionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, p. 207; ID., *Legislatore razionale* versus *investitore irrazionale:quando chi tutela non conosce il tutelato*, in *An. giur. eco.*, 2009,
p. 77 ss.; B. ÇELEN e S. KARIV, *Distinguishing informational cascades from herd behavior in the laboratory*, in *American Economic Review*, 2004, 94(3), p. 484 ss.; B. ALEMANNI, *L'investitore irrazionale. Scelte d'investimento e gestione di portafoglio nella* behavioural finance, Roma, 2003, *passim*. Come spiega G. LIACE, *La finanza comportamentale e l'effetto gregge*, in *Riv. dir. risp.*, 3, 2020, p. 7, <<[l]a scelta irrazionale si basa su una non informazione: in altre parole l'investitore decide senza conoscere le informazioni in possesso degli altri agenti ignorando, di conseguenza, le

ISSN 2036-7821

del prezzo che si è tradotta in ingenti perdite costringendo gli investitori istituzionali a ricomprare azioni (per tenere fede al prestito contratto) a prezzi nettamente più alti rispetto a quelli della vendita[5].

Gli acquisti (detti "ricoperture") da parte degli *hedge fund* hanno ulteriormente dato spinta al prezzo dell'azione creando un effetto a catena (***short squeeze***): altri investitori istituzionali sono stati indotti a ricomprare alimentando la spirale rialzista. *Va da sé che tali comportamenti non trovassero riscontro nei fondamentali dell'economia e nelle performance attese di un'azienda, ma siano stati il frutto di una strategia ispirata alla pura scommessa*[6].

I grandi operatori cercano di predeterminare un cambiamento dell'opinione sul titolo; per contro i piccoli investitori, di solito vittime designate di questo meccanismo, in quanto detentori di informazioni limitate, hanno come unica capacità di reazione quella di coalizzarsi e attuare una strategia opposta (c.d. *cornering*). La sempre maggiore presenza di *broker* e piattaforme di *trading online* e la possibilità di reperire gratuitamente sul *web* informazioni su società e strategie hanno attirato un numero elevato di persone nel mondo degli investimenti, anche soggetti non esperti e con scarsi capitali a disposizione, che, proprio per tali ragioni, si espongono a maggiori rischi.

---

relative fonti>>. In questo modo si genera la c.d. "cascata d'informazione", in quanto ogni individuo che si aggiunge a essa non porta nessun contributo informativo, dato che l'informazione privata non è oggetto di un'attenta valutazione, che per di più molte volte è taciuta. Secondo R.J. SHILLER, *Euforia irrazionale. Alti e bassi di Borsa*, Bologna, 2000, p. 215 s., la teoria sulle informazioni a cascata rappresenta «il fallimento delle informazioni relative al vero valore fondamentale da divulgare e valutare», giacché si assume un comportamento basato sull'osservazione delle decisioni altrui, senza tener conto di quelle in proprio possesso. Al riguardo cfr., pure, D. HIRSHLEIFER e H. TEOH, *Herd Behaviour and Cascading in Capital Markets: a Review and Synthesis*, in *European Financial Management*, 2003, 9(1), p. 25 ss.; S. BIKHCHANDANI, D. HIRSHLEIFER e I. WELCH, *A theory of fads, fashion, custom and cultural change as informational cascades*, in *Journal of Political Economy*, 1992, 100(5), p. 992 ss.; R. FERRETTI, E. RUBALTELLI e R. RUMIATI, *La mente finanziaria*, Bologna, 2011, p. 43 ss.

[5] Quando un'azienda sembra destinata al declino irreversibile accade che gli investitori speculano sulle sue azioni, vendendole allo scoperto (*short selling*). Tradotto, significa che i titoli vengono presi in prestito per essere venduti, puntando sul riacquisto ad un prezzo ancora più basso. Questa scommessa al ribasso fa diminuire il prezzo del titolo per la legge della domanda e dell'offerta. La manovra contraria a quella degli investitori istituzionali è stata innescata attraverso la sottoscrizione di "opzioni call", ovvero contratti che possono sottoscriversi a costi molto contenuti e che conferiscono la facoltà (ma non l'obbligo) di sottoscrivere azioni a un dato prezzo di esercizio entro una certa data. La dinamica consiste nella possibilità che il loro prezzo, prima della scadenza, salga anche solo di pochi centesimi, determinando in tal modo plusvalenze elevate per i compratori.

[6] Le conseguenze sistemiche sui mercati finanziari scaturenti da questa condotta speculativa sono state altrettanto rilevanti. All'andamento al rialzo del titolo GameStop ha fatto da contraltare la flessione dei principali mercati azionari: per poter chiudere le posizioni "short" gli *hedge fund* sono stati costretti a trovare liquidità vendendo posizioni (quindi investimenti azionari) su altri titoli di aziende *"sane"* determinandone una – altrettanto "ingiustificata" – flessione dei prezzi. Per giunta la comunità degli investitori attivi su Reddit ha approntato operazioni analoghe anche su altri titoli, definiti "meme stocks", di società con fondamentali simili a quelli di GameStop (come Blockbuster, BlackBerry, Amc e Nokia). I "meme" digitali sono contenuti virali in grado di monopolizzare l'attenzione degli utenti sul *web*. Un video, un disegno, una foto diventa *meme* (termine coniato nel 1976 dal biologo Richard Dawkins ne *Il gene egoista* per indicare un'entità di informazione replicabile) quando la sua "replicabilità", che dipende dalla capacità di suscitare un'emozione, è massima.

ISSN 2036-7821

Si aggiunga che la dubbia qualità delle informazioni veicolate sui *social* si fonde all'irrazionalità economica dell'agire dei piccoli *trader* non sempre mossi dalla logica del profitto a breve termine, contribuendo ad inquinare un mercato finanziario in cui dovrebbero agire solo specialisti guidati da sapienza previsionale.
Questa contesa virtuale ha avuto luogo in un mercato privo di regole adeguate e sprovvisto di arbitri ufficiali, dove l'anarchia contrasta paradossalmente con processi di iper-regolamentazione che negli ultimi anni hanno investito anche il settore delle contrattazioni *over-the-counter*. Si tratta, dello scontro fra le reti e le gerarchie, in cui strutture consolidate reagiscono ruvidamente a fenomeni all'apparenza ingovernabili generati da logiche comportamentali ove le informazioni veicolate sul *web* si trasformano in coscienza collettiva, la cui portata difficilmente si presta ad una forma di lettura economica[7].
Questa descrizione del fenomeno, forse sin'anche troppo mitizzata, agita il dibattito sulle nuove frontiere del processo di democratizzazione dei mercati finanziari sorrette dall'innovazione tecnologica, che sovente sfocia in un atteggiamento di diffidenza dei regolatori riguardo all'uso dei nuovi strumenti digitali.
La connotazione dei processi in atto è, in realtà, ben più sfumata. Una mobilitazione non nasce solo in funzione di un malcontento diffuso tra la massa; quest'ultimo deve comunque trovare un linguaggio che gli dia significato, designi i suoi avversari, legittimi la rivendicazione rispetto a certi valori. La rete si tramuta di conseguenza in spazio di collaborazione e coordinamento per azioni di cui è difficile prevedere la magnitudo. Fintanto che le scommesse sono di dimensioni ridotte e decorrelate il rischio è gestibile dalle autorità di settore o dalle stesse piattaforme digitali. Laddove, invece, le tendenze che si generano sui *social* assumono le sembianze di uno sciame che si organizza dal basso e senza una gerarchia prestabilita, l'impatto di tali condotte sulla sostenibilità dell'intero sistema finanziario sono di ben altra portata.
Nell'ottica descritta, il "rally" in borsa che ha contraddistinto la vicenda di GameStop ha rievocato le epiche suggestioni dei Davide contro i Golia, del banco di piccoli pesci che stritola i famelici squali della finanza, incarnando il senso di rivalsa degli investitori amatoriali. Quantunque avvincenti, queste storie, come l'evidenza empirica attesta, non si concludono solitamente con un lieto fine. La speculazione a breve termine è un gioco a somma zero: solo a bocce ferme, placatasi la tempesta, si è in grado di stabilire chi ha guadagnato e chi ha perso da operazioni che si connotano

[7] La *behavioral finance* consente di controllare le emozioni e di adottare modelli decisionali coerenti con i propri obiettivi di investimento e il proprio grado di rischio. Le teorie del "comportamento collettivo" (*collective behaviour*) spiegano le mobilitazioni con una psicosociologia della frustrazione sociale ed evidenziano la potenza esplosiva delle aspirazioni e dei desideri frustrati. Sulla dipendenza del mercato all'adattamento sistematico comportamentale degli operatori cfr. G. GARDENAL e U. RIGONI, *Finanza comportamentale e gestione del risparmio*, Torino, 2016, *passim*; N. LINCIANO, *Errori cognitivi e instabilità delle preferenze nelle scelte di investimento - Le indicazioni di policy della finanza comportamentale dei risparmiatori retail*, in *Quaderni di Finanza - Consob*, n. 66, 2010.

ISSN 2036-7821

come crociata anti-sistema. Se alcuni fondi possono anche aver dimezzato il valore del proprio portafoglio, il punto cruciale è capire quanti investitori dilettanti abbiano subito perdite rilevanti.

2. Social media, *mercati regolati e nuove filiere di valore. Un approccio sostanzialistico al fenomeno del "*far-web*".*

I rilievi sopra sintetizzati meritano senz'altro attenta considerazione e colgono un problema ricorrente, nel tentativo di ricostruzione sistematica di istituti e regole dei diritti speciali, che sovente isolano alcuni aspetti soltanto del tipo di rapporto contemplato, al fine di fornire soluzioni a conflitti di interessi emersi nella prassi. Questa caratteristica è tipica, in particolare, del diritto del mercato finanziario, che trova la sua stessa ragion d'essere nel tentativo di porre rimedio ai c.d. fallimenti del mercato e, sempre più spesso, della stessa regolamentazione del mercato.

La trattazione del caso GameStop interseca più piani non disgiunti tra loro e tenuti insieme dalla digitalizzazione dei mercati finanziari, come declinata nelle sue più varie configurazioni, e le cui manifestazioni economiche sempre più sono collocate in luoghi remoti e spesso virtuali. Si è alle prese con fenomeni e azioni inimmaginabili fino a pochi anni, in cui da una parte la realtà materiale e analogica e dall'altra quella virtuale e interattiva si compenetrano e non sono più distinguibili.

L'elemento federatore della variegata e composita realtà dianzi descritta risiede nella loro carenza di istituzionalizzazione, nella complessità pluridisciplinare dei problemi evidenziati, soprattutto rispetto ai profili teleologico-pratici emergenti da tale vicenda, nella debolezza dei quadri normativi che racchiudono questo nuovo agire sociale.

Per quanto qui maggiormente di interesse, la saga di GameStop mostra come la digitalizzazione, più che disintermediare le relazioni, produce nuove intermediazioni in modi e contesti diversi. Dinnanzi alle istanze progressiste del fenomeno della **finanza decentralizzata** che sfrutta ***blockchain*** e ***token crypto*** (*Crypto Decentralized Finance* - DeFi), le soluzioni oggi percorribili rappresentano una porzione significativa dei nuovi scenari che vengono ad evolversi in direzione di una maggiore "democratizzazione" dei mercati[8]. La tecnologia abbatte le barriere all'ingresso, permette a nuovi *player* di entrare con servizi innovativi, rompe gli equilibri precedenti[9].

[8] Il mercato è definito da N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2003, quale *locus artificilias*, costruito e non trovato nell'originaria natura degli uomini. Secondo la lettura che ne dà P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti,* Napoli, 2006, p. 478 <<Tra mercato e diritto non v'è un prima e un dopo, ma una inscindibilità logica e storica. Il mercato è, per definizione, un'istituzione economica e giuridica ad un tempo, rappresentata dal proprio statuto normativo, come tale caratterizzato da scelte politiche».

[9] Cfr. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Innovazione tecnologica e regolazione dei mercati*, in R. LENER, G. LUCHENA e C. ROBUSTELLA (a cura di), *Mercati regolati e nuove filiere di valore*, Torino, 2021, p. 5 ss.

ISSN 2036-7821

Occorre constatare che, ispirandosi ad una concezione liberale delle negoziazioni, i *policy maker* hanno dato vita negli ultimi anni ad una cornice normativa agile e inclusiva che, sulla base dei principi di apertura ed integrazione del mercato, ha incoraggiato la competizione degli attori coinvolti[10]. Le regole emanate a livello internazionale hanno contribuito ad un progressivo perfezionamento ed ad sviluppo innovativo delle modalità di negoziazione con conseguente incremento della mole degli scambi, dell'importo minimo per singola transazione nonché dell'ampliamento della platea degli investitori interessati. L'accelerazione tecnologica, a sua volta, ha fomentato una crescita incessante e *disruptive* delle infrastrutture finanziarie.
Alla transizione in atto, dalla finanza tradizionale a quella digitale, si affianca l'economia dell'informazione, in un connubio in cui gli algoritmi sono deputati a elaborare velocemente i dati presenti sul *web* per tramutarli in contenuti informativi indirizzati a determinate categorie di utenti. Questi operatori usano forme aggressive di promozione, targhettizzando soggetti potenzialmente interessati su piattaforme di consumo di massa. Trattasi di una nuova rete di operatori che si prefigge, in un'ottica di collaborazione, di privilegiare gli *amateur internet trader* consentendo a tutti coloro che hanno difficoltà nel reperire risorse da investire e scarse conoscenze tecniche e normative del settore finanziario di assurgere ad <<un ruolo da protagonista e non più da comprimario>>, affrancandosi dalle tattiche di negoziazione dei grandi operatori, spesso mossi da intenti meramente speculativi[11].
In tal modo, l'innovazione tecnologica mette a disposizione strumenti in grado di <<indicare non solo uno o più obiettivi di investimento, ma anche le modalità per muoversi nell'arena dei mercati finanziari grazie alle analisi e raccomandazioni formulate da un serie di "esperti della porta accanto">>[12].

---

[10] In tal senso v. A. PARZIALE, *La proposta di riforma MiFID II ed il suo impatto sulla disciplina delle* trading venues, in R. LENER (a cura di), *Crisi dei mercati finanziari e* corporate governance*: poteri dei soci e tutela del risparmio*, Quaderni di Minerva Bancaria, Milano, 2014, p. 333 s.

[11] *Cfr.* C. DI NOIA, *La vicenda borsistica di GameStop è un caso di scuola che pone i regolatori davanti a sfide inedite*, in *Riparte l'Italia. Osservatorio economico e sociale*, 3 febbraio 2021. *Durante la pandemia, per via delle misure di distanziamento sociale e di lockdown obbligatorio, il mercato ha visto un aumento senza precedenti del day-trading da parte di un'ampia platea di investitori* – spesso indicati col suggestivo nome di *dumb money* (denaro stupido) – *poco disciplinata, pronta ad* avventurarsi in operazioni finanziarie ad alto rischio che in passato erano appannaggio di investitori professionali. *I grandi operatori cercano di predeterminare un cambiamento dell'opinione sul titolo; per contro i* piccoli investitori, di solito vittime designate di questo meccanismo, perché detentori di informazioni limitate, hanno come unica capacità di reazione quella di coalizzarsi e attuare una strategia opposta..

[12] Così M.G. CAROZZI, *Così il caso Gamestop ha messo in luce l'avanguardia di un mondo nuovo*, in *Il Sole 24 Ore*, 10 febbraio 2021. La CONSOB, *Dichiarazione sui casi di anomala volatilità nella negoziazione di azioni e nell'utilizzo di* social forum *e piattaforme di* trading online, cit., p. 20, parla a tal proposito di <<*influencer*, o peggio di manipolatori *social*>>. Sfruttando le potenzialità dei *social* gli *influencer* finanziari hanno piena libertà di promuovere la propria immagine senza limiti e senza incorrere in alcun obbligo di trasparenza. Basti osservare

ISSN 2036-7821

Quali cambiamenti, pertanto, sono in atto e quali le misure da approntare per governare una realtà che muta ? Dinnanzi alla presunta razionalità di quello che è stato definito a giusto titolo un "casinò finanziario", il digitale crea un paradigma nuovo che pone interrogativi nuovi: davvero il passaparola di milioni di individui può essere configurato come manipolazione del mercato? Dove finisce la chiacchiera da *social* e inizia l'azione concordata? Perché l'azione di un solo *player* che raccoglie i soldi di milioni di persone è privilegiata rispetto a milioni di individui che si muovono da soli, anche se in maniera in qualche modo concertata?
Assodato che l'episodio GameStop è destinato a tramutarsi in tendenza, i regolatori dovranno confrontarsi, pertanto, con un fenomeno dai contorni ancora sfuggenti, vista l'inedita convergenza tra piattaforme *social* e piattaforme di negoziazione *on-line* con effetti potenzialmente dirompenti sui mercati.
Lo sviluppo dell'innovazione tecnologica ha, del resto, attenuato la capacità degli strumenti interpretativi che, nel rispetto dei canoni classici dell'ermeneutica giuridica, soccorrono nella definizione dei modelli di riferimento e nella semplificazione dei processi in atto.

3. Il *trading on-line* tra piattaforme digitali e nuovi paradigmi operativi.
Al *trading on-line* si applica la normativa in tema di servizi d'investimento, posto che tale attività viene prestata avvalendosi della rete internet quale canale di contatto per l'esecuzione di servizi di negoziazione per conto terzi e di ricezione e trasmissione di ordini. I progressi nella comunicazione digitale e nei dispositivi mobili hanno cambiato profondamente il quadro del *trading*, rendendolo una pratica più facilmente accessibile e consentendo agli utenti di aprire posizioni su titoli in qualunque instante. Da questo punto di osservazione, il *trading on-line* può essere descritto come uno strumento trasversale di innovazione che determina una complessa rete di relazioni tra operatori tradizionali e *new comers* non sempre regolamentati.
Tra le ultime novità che si sono riscontrate in questo segmento di attività va citato lo sviluppo del "trading mobile": la maggior parte dei *broker on-line* ha sviluppato *software* anche per *tablet* e *smartphone*, in grado di monitorare il conto, l'andamento dei listini, lo stato degli ordini inseriti e di fare *trading*.
Tale innovazione nei processi e nei prodotti reca con sé indubbi vantaggi tra cui spicca la maggiore indipendenza di cui dispone l'investitore, rispetto alla presenza fisica di un intermediario autorizzato, e alla facilità di concludere le transazioni.
Si aggiunga, dal punto di vista economico, la convenienza nell'avvalersi di tali canali che si concretizza nella riduzione, e in alcuni casi persino nell'azzeramento, delle

come sul *web* siano ampiamente sponsorizzate le pagine di pseudo-consulenti finanziari o moltiplicate le loro interazioni attraverso profili *fake* e *bot*.

ISSN 2036-7821

commissioni di negoziazione (che di prassi l'intermediario chiede che vengano anticipatamente depositate presso di esso per poter eseguire l'ordine di investimento), dall'opportunità di aprire conti senza importi minimi e sin'anche di permettere il *trading* di azioni frazionate.

La possibilità di rintracciare le informazioni necessarie avvalendosi di un'unica piattaforma, riduce altresì il bisogno dell'investitore di attingere ad una serie di fonti diversificate nel tentativo di compiere una scelta di investimento che sia quanto più ponderata[13]. A questo elemento di sicura utilità, si collega anche la circostanza per cui le moderne piattaforme, avvalendosi di un'interfaccia digitale particolarmente intuitiva (v., *infra*, § 5), offrono servizi di ricerca evoluti e altre tecniche di determinazione del *fair value* dei titoli consentendo all'utente di compiere in tempo reale un monitoraggio meticoloso e costante dello stato delle transazioni effettuate e più in generale dell'andamento dei mercati[14].

Si rinvengono, tuttavia, in siffatti schemi operativi anche aspetti negativi che è opportuno segnalare, a partire dalla scarsa esperienza e conoscenza degli investitori *retail* che accedono a tali servizi. In un contesto di tal specie, gli utenti potrebbero optare per una strategia di acquisto o vendita che provocherebbe loro gravi perdite se effettuata in maniera errata.

Ricorrendo a sistemi di "order routing" o "smart order routing", gli ordini di negoziazione vengono trasferiti a piattaforme dedicate che si avvalgono a loro volta di algoritmi (HFT) per individuare le condizioni migliori per la successiva esecuzione. È, dunque, grazie alle micro-differenze di prezzo che tali processi possono generare su larga scala consistenti guadagni. Orbene, quando circoscritti al solo re-indirizzamento del flusso di ordini senza che ad esso si accompagni alcun

[13] A proposito del tempo come risorsa scarsa e del costo di acquisto delle informazioni U. MORERA e E. MARCHISIO, *Finanza, mercati e regole… ma soprattutto persone*, in *An. giur. eco.*, 2012, p. 22, evidenziano come l'«eccesso di informazione» (*information overload*) possa determinare effetti paradossali: <<Innanzitutto […] può determinare il rischio che nell'esame di un enorme numero di dati non si riesca a dare la rilevanza necessaria ai dati realmente rilevanti (e basti pensare agli ipertrofici Prospetti informativi che circolano nel mercato …). In secondo luogo, […] può ben essere causa di marcate distorsioni cognitive e decisionali (*overconfidence* e *istinto gregario*)>>. In merito a tali aspetti degenerativi, gli AA. segnalano che l'investitore maggiormente esposto al rischio di errori cognitivi è proprio il risparmiatore che meno usufruisce dei servizi di consulenza finanziaria, come nella fattispecie del *trading on line*. Che l'irrazionalità sia amplificata da modalità di negoziazione che inducono l'investitore a "smarcarsi" dall'intervento di un esperto professionale è tema ampiamente indagato in letteratura. Per un approfondimento si rinvia, tra gli altri, agli studi di DE MEZA, B. IRLENBUSCH e D. REYNIERS, *Financial Capability: A Behavioural Economics Perspective*, Financial Services Authority, Consumer Research, n. 69, 2008; B. BARBER e T. ODEAN, *The Internet and the Investor*, in *The Journal of Economic Perspectives*, 2001, XV, 1, p. 41 ss.; ID., *Online Investors: DO the Slow Die First?*, in *Review of Financial Studies*, 2002, XV, 2, p. 455 ss.; ID., *Does Online Trading Change Investor Behavior?*, in *European Business Organization Law Review*, 2002, III, p. 83 ss.

[14] Il tipo di *business* sviluppato è un modello "data-driven", che mette al centro l'analisi dei dati come punto di partenza per lo sviluppo della comunicazione e dell'interazione con i clienti. Il caso di Amazon, con i suoi suggerimenti per gli acquisti, rappresenta un esempio. Agli utenti di Amazon vengono inviati messaggi su misura in funzione delle operazioni che hanno compiuto in passato sulla piattaforma e dei comportamenti che stanno mettendo in atto altri utenti con caratteristiche e bisogni simili.

ISSN 2036-7821

ulteriore intervento da parte delle sedi di negoziazioni e/ delle controparti sulla definizione dei parametri dell'ordine, tali modelli operativi non presentano i tratti qualificanti tipici dell'attività di *trading algoritmico* dovendosi di conseguenza escludere l'applicazione delle regole introdotte dalla MiFID II.

Tali pratiche rischiano il più delle volte di condurre ad una moltiplicazione della filiera delle commissioni pagate non perseguendo pertanto il miglior interesse dei clienti nel rispetto del fondamentale criterio di adeguatezza dell'investimento né assicurando la *best execution* e in spregio della normativa sui conflitti di interesse. Di talché, in assenza di chiare regole sugli *inducements*[15], il vantaggio per i piccoli investitori sulle commissioni rischia in concreto di essere vanificato da prezzi di negoziazione meno convenienti e da costi sagacemente occultati all'investitore, come avviene con la pratica del "Payment for order flow"[16].

Come già sopra segnalato, si noti che, per effetto della diminuzione delle commissioni, l'investitore è indotto ad assumere la decisione di investimento basandosi solo sul prezzo, trascurando altre variabili rispetto ad una mera illusione di efficienza. Tra i pericoli ricorrenti nelle scelte che compiono coloro che operano sfruttando le nuove tecnologie vi è, infatti, da annoverare il fenomeno dell'*overconfidence*, un processo per effetto del quale si è portati a riporre un eccesso di fiducia nelle proprie capacità e nelle proprie competenze in materia di scelte finanziarie[17].

Altro aspetto di indubbia pericolosità che preme segnalare è che per mezzo degli strumenti telematici messi a disposizioni dalla piattaforma è consentito passare dal semplice contratto di investimento ad altre tipologie di operazione, che possono riguardare prodotti più sofisticati e rischiosi come le opzioni; il tutto con estrema facilità ed eludendo le norme di riferimento poste a tutela dei clienti.

Sul piano sistematico, tale possibilità camaleontica di trasferimento da un servizio all'altro si traduce in una deprecabile frammentazione della catena del valore dei sistemi finanziari[18]. Si pensi alle ricadute che si osservano anche sul versante della

---

[15] Per tutti cfr. V. DE POLI, *I conflitti di interesse e gli* inducements, in *Il Testo Unico Finanziario*, diretto da M. CERA e G. PRESTI, Bologna, 2020, p. 454 ss.

[16] Negli USA, i pagamenti per i flussi di ordini sono al centro delle critiche rivolte alle *app* di *trading* come segnalato da M. WATERS, *Game Stopped? Who wins and loses when short sellers, social media and retail investors collide?*, Audizione del Presidente SEC al Congresso USA, 6 Maggio 2021. Similmente, anche in Europa, come ricordato da M.A. SCOPELLITI, *Audizione sul caso GameStop presso la Commissione di inchiesta sul sistema bancario e finanziario*, XVIII Legislatura, Seduta n. 55, Resoconto stenografico, Roma, 25 maggio 2021, p. 25, <<i lavori avviati e attualmente in corso prevedono specifiche ricognizioni nelle giurisdizioni europee e approfondimenti mirati sul tema dei conflitti di interessi impliciti nei pagamenti per i flussi di ordini e sulle *app* di negoziazione>>.

[17] In tema v. G. LIACE, *L'investitore irrazionale*, cit., p. 972.

[18] I limiti insiti nell'attuale assetto di regolazione della materia sono stati ampiamente analizzati dalla dottrina più attenta. Cfr., a tal riguardo, G.P. LA SALA, *Intermediazione, disintermediazione, nuova intermediazione: i problemi regolatori*, in M. CIAN e C. SANDEI (a cura di), *Diritto del Fintech*, Cedam, Milano, 2020, p. 4 ss.; V. COLAERT e D. BUSCH, *Regulating Finance in a Post-Sectoral World: Setting the Scene*, in ID. (a cura di), *European Financial Regulation*,

ISSN 2036-7821

concorrenza. D'altronde, divenute le informazioni la merce più pregiata oggetto di scambio, grazie all'acquisizione e all'utilizzo dei dati rilasciati (anche inconsapevolmente) dagli utenti, alla stregua di *hub*, le piattaforme ricoprono una posizione sempre più centrale all'interno dei mercati[19]. Sia ben chiaro, il termine piattaforme di *trading* non deve trarre in inganno: esso va ricondotto alla nozione di sede di negoziazione in senso lato, non trattandosi <<né di MTF (*Multilateral Trading Facilities*) né di OTF (*Organized Trading Facilities*), né tantomeno di mercati regolamentati, ma di applicazioni utilizzate nell'interazione con la clientela da *broker/dealer* e il cliente>>. Ne consegue che, affinché le piattaforme possano essere sottoposte a supervisione da parte dei controllori, in guisa da divenire destinatarie di obblighi specifici di comportamento e di *disclosure*, è opportuno che si proceda ad una loro regolamentazione (*rectius*, regolarizzazione)[20].

Gli è che, diversamente da quanto si osserva negli USA, in Europa le piattaforme di *trading* risultano controllate (o collegate con rapporti di *partnership*) da intermediari tradizionali (banche e imprese di investimento) che, oltre ad essere aderenti diretti dei mercati, debbono essere in possesso di requisiti organizzativi e patrimoniali che ne garantiscono la solidità e l'efficienza e soggette al rispetto di precise regole di condotta nello svolgimento della loro attività (in particolare disciplinate dalla MiFID II) che ne caratterizzano l'operatività nell'ottica di tutela dei clienti e di salvaguardia dell'ordinato funzionamento dei mercati.

Ciononostante, quando sono interessati ordinamenti e investitori diversi da quelli del paese ospitante, i poteri delle autorità domestiche si rivelano depotenziati, in ragione del principio dell'*home country control* e del passaporto comunitario[21]. La dimensione transnazionale che contraddistingue l'operatività delle piattaforme di *trading* impone

---

levelling the cross -sectoral playing field, Oxford, 2019; V. COLAERT, *Building blocks of investor protection*, 2017, in https://papers.ssrn.com; M. RABITTI, *Prodotti finanziari tra regole di condotta e di organizzazione. I limiti di MiFID II*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, suppl. al fasc. 1, p. 145 ss., che denuncia le difficoltà <<in cui è ormai incorsa la regolazione per *silos* verticali che disciplina l'attività in base ai soggetti, con *overlapping* tra regole che rendono meno efficienti le tutele e non necessariamente prevengono gli spazi vuoti, aree cioè non regolate, di cui approfittano gli operatori, addestrati anche a fare *surf* tra le regole a proprio favore>>.

[19] In proposito cfr., tra gli altri, M.C. MALAGUTI, Fintech *e piattaforme digitali nel settore finanziario tra concorrenza e regolazione*, in G. FINOCCHIARO e V. FALCE (a cura di), Fintech:*diritti, concorrenza, regole*, Zanichelli, Bologna, 2019, p. 55 ss.; A. CANEPA, *Il* design *della regolazione in un'economia uberizzata*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 4/2016 suppl. al n.1, p.17 ss.

[20] In tal senso v. M.A. SCOPELLITI, *Elementi informativi in merito alla vicenda GameStop e l'impatto del* trading on-line, Audizione presso la Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario, Roma, 25 maggio 2021, p. 6.

[21] Sul punto la CONSOB, *Dichiarazione sui casi di anomala volatilità nella negoziazione di azioni e nell'utilizzo di social forum e piattaforme di trading online*, cit., p. 2, mette in guardia dall'operare di <<alcune imprese di investimento Ue, operanti in regime di libera prestazione di servizi in Italia che sembrano tuttavia violare, in tutto o in parte, le misure di divieto o restrizione in materia di operazioni binarie e contratti per differenza offrendo leve per il 400 per cento (quindi investire un capitale superiore alle proprie disponibilità liquide) e non prevedendo meccanismi di *stop-loss*, che permetterebbe per ogni titolo di predeterminare un prezzo di ricopertura che chiude automaticamente l'operazione inviando un ordine al mercato>>.

ISSN 2036-7821

l'esigenza di stabilire meccanismi di consultazione e di coordinamento tra autorità di Paesi diversi in caso di criticità connesse: i) alle caratteristiche specifiche degli strumenti finanziari (poiché atte ad incidere sulla recuperabilità dell'investimento proposto); ii) alla loro provenienza[22]; iii) alle criticità sulla situazione economica, patrimoniale, finanziaria e gestionale dell'emittente (tali da incidere sulla sua continuità aziendale); iv) alle modalità con cui le transazioni vengono condotte.

3.1. *Il fenomeno della "gamification" applicato al* trading on-line.

Il fenomeno che si è descritto è consolidato dalla tendenza alla *gamification* dell'investimento che assume natura di gioco e dalla bolla informativa che si crea appunto intorno ai fornitori di questo tipo di servizi[23]. Come la storia insegna, ogni rivoluzione tecnologica causa conseguenze culturali e sociali, senza però arrestarne l'affermarsi; lo sviluppo degli strumenti tecnologici tende a confermare questa tendenza.

La dimensione ludica applicata all'attività finanziaria riduce il confine tra gioco ed economia e, oltre a determinare riflessi di carattere sociologico, contribuisce alla perdita dei centri di imputabilità allorché si tratti di individuare i responsabili colpevoli di condotte illecite.

Nonostante le applicazioni della *gamification* siano pressoché infinite, il loro obiettivo finale è costantemente quello di sviluppare e mantenere vivo il coinvolgimento dell'utente per mezzo degli elementi e delle loro interrelazioni che normalmente sono alla base di un qualsiasi *videogame*. Le piattaforme che utilizzano questa strategia forniscono l'ambiente di gioco, il set e le regole e gestiscono l'interazione tra il giocatore e la piattaforma stessa.

L'introduzione di "*account* demo", che consentono di simulare e provare la piattaforma, offre ai clienti la possibilità di abituarsi alla tecnologia, ai prodotti e ai vari requisiti, senza dover effettuare un investimento. Nello specifico le dinamiche di interazione con l'utente sono generate dal sistema e corrispondono a comportamenti differenti in relazione al progredire nel gioco. Ogni singola sessione ha, quindi, insito in sé il potenziale di generare nuove dinamiche di interazione con l'utente. Queste possono essere dovute al gioco stesso, che fornisce nuovi metodi di progressione e nuove opzioni, oppure al giocatore, che impara e sperimenta nuove combinazioni.

L'estetica molto intuitiva di tali siti, rispecchia il grado di caratterizzazione artistica del gioco o della piattaforma e il coinvolgimento che, per mezzo delle emozioni e dei

[22] Va, infatti, tenuto presente che in virtù del principio del passaporto europeo è permesso alle piattaforme europee di offrire prodotti atipici provenienti da paesi terzi.

[23] Ad esempio, l'*app* regala alcune azioni al momento dell'iscrizione, invia notifiche divertenti e costellate di *emoji*, e quando un utente passa di livello lo schermo si riempie di coriandoli. Si veda, in proposito, M. WURSTHORN e E. CHOI, *Does Robinhood Make It Too Easy to Trade? From Free Stocks to Confetti*, in *The Wall Street Journal*, 20 August 2020.

ISSN 2036-7821

sentimenti, si intende suscitare nel giocatore. Un ruolo centrale è rivestito dai "nudge comportamentali", cioè sistemi di incentivi e ricompense (*nudge* sta per "spintarella")[24], di solito sono applicati dalle app dei *social network* per renderle più attraenti.
Tuttavia, in un'accezione negativa, l'uso di app di brokeraggio combinato con la *gamification* degli investimenti ha un potenziale impatto sulla consapevolezza del rischio da parte degli investitori al dettaglio. Più i livelli aumentano, come nei videogiochi, e più si sbloccano nuove funzioni, che di solito corrispondono a transazioni più rischiose. Ancorché siffatte applicazioni si presentino semplici nell'accesso e nell'utilizzo, consentono *de facto* di operare con altrettanta disinvoltura con strumenti complessi – di solito scommesse al ribasso e allo scoperto orchestrate attraverso derivati finanziari e contratti per differenza (CDF aventi come sottostanti valute, indici azionari, materie prime e, sempre più, criptovalute) – che richiedono una conoscenza adeguata per assicurarne un impiego consapevole.

4. *I pericoli della comunicazione finanziaria attraverso i* social media.
Le nuove tendenze di cui si discute non di rado nascono da pur nobili istanze etiche volte a contrastare la speculazione finanziaria e le ingiustizie del capitalismo; consentano di superare le diseguaglianze che escludono le masse dai mercati finanziari e che trovano un "luogo" virtuale di coordinamento sui *social* che a loro volta organizzano e fomentano rivolte contro l'*establishment* politico-finanziario[25].
La battaglia finanziaria di GameStop ha portato alla luce il tema dell'affidabilità dei *social network* e delle piattaforme *online* come fonti di informazione. Avvalendosi del coordinamento attraverso i *social*[26], questo schema operativo va sempre più

[24] In tema v. R.H. THALER e C.R. SUNSTEIN, *Nudge – La spinta gentile*, trad. it. Milano, 2009.
[25] Cfr. Y. KARABULUT, *Can Facebook Predict Stock Market Activity?*, in Goethe University Frankfurt Job Market Paper, 21 October 2013. Come descritto da R. DANNA e G. PIOVANI, *GameStop: il populismo sbarca a Wall Street?*, in *Rivista Pandora*, 2 febbraio 2021, <<R/Wallstreetbets è dominato da una retorica di 'popolo vs élite', di rivalsa contro la finanza corrotta di Wall Street e contro il sistema. (...) in poco tempo gli utenti (identificati solo da un *nickname*) hanno sviluppato un gergo proprio, mischiando elementi di cultura di massa e forme tipiche della rete. Si incoraggiano a vicenda dicendosi 'This is the way' da *The Mandalorian* della Disney. Sviluppano *meme* sofisticati in cui si esaltano le 'diamond hands' (cioè chi resiste alla tentazione di vendere) e si insultano i 'paper hands' (cioè i crumiri che vendono), in una sorta di battaglia contro il male, identificato nel sistema finanziario tradizionale. Usano un linguaggio cameratesco, a tratti insultante e discriminatorio nei confronti di persone LGBT. Vengono postati *screenshots* di *account* di *trading* che contengono cifre importanti, corredate da incitazioni a non vendere. Altri riportano notifiche delle perdite subite da grandi fondi di investimento>>.
[26] Cfr. M. WEBER e F. WELFENS, *Splitting the Disposition Effect: Asymmetric Reactions Towards «Selling Winners» and «Holding Losers»*; http://ssrn.com/abstract=1176422, 2008. Grazie ai *social e alla pratica del copytrading*, le piattaforme permettono in modo intuitivo e con pochi clic, di scegliere i migliori *traders* da seguire, aggiungerli al proprio portafoglio, e copiarne le scelte di investimento.

ISSN 2036-7821

affermandosi come una porzione rilevante dell'universo eterogeneo di attività, soggetti e strumenti afferenti alla finanza innovativa che mira a sovvertire l'ordine quasi naturale dei mercati finanziari a scapito degli investitori istituzionali[27]. D'altronde, piattaforme di *trading* e *social media* appartengono allo stesso giardino zoologico. La ragione d'essere del *social network* consiste nel porre a disposizione un portale totalmente imparziale nel quale l'investitore potrà scambiare informazioni e ricevere consulenza in totale assenza (quantomeno auspicabile) di conflitti di interesse.

Questa saggezza decentralizzata è al momento supportata da una tecnologia che da un lato apre porte inaspettate ma che, rispetto alle prospettive future, risulta ancora fortemente imprecisa[28]. In particolare, l'evidenza empirica permette di segnalare una crescita del fenomeno dell'"information noise" dovuto a gruppi di discussione caratterizzati da investitori non qualificati. Preso atto che la maggior parte di questi siti sono collegati a loro volta a piattaforme di cui promuovono i servizi, tali processi di ibridazione, tuttavia, rendono problematico individuare informazioni affidabili e *unbiased*.

La percezione, tanto del contesto economico quanto delle implicazioni di una determinata scelta di mercato, origina dalle informazioni a disposizione; in altri termini le condizioni patrimoniali e di redditività prospettica di una società percepite risentono del quadro che l'opinione pubblica riceve. Solitamente, nello scegliere quale contenuto proposto dalla piattaforma prendere in considerazione per compiere le proprie scelte, gli individui sono guidati da un sorta di *confirmation bias*, che si sostanzia nell'inclinazione a volere vedere confermata la propria opinione e a far ricadere, pertanto, la preferenza su contenuti che sono evidenziati dalla piattaforma con maggiore enfasi[29].

---

[27] G.G. SANTORSOLA, *GameStop: sarà* game over *per i vecchi mercati?*, in *FCHub*, febbraio 2021. I *social network* finanziari costituiscono negli Stati Uniti una realtà già affermata da tempo, mentre in Europa si stanno sviluppando soltanto di recente. Essi trattano temi di carattere finanziario e possono essere considerati come l'evoluzione dei classici *forum* o *blog*, nei quali i vari utenti (sia piccoli risparmiatori che professionisti) possono scambiarsi informazioni e opinioni su mercati, prodotti e opportunità di investimento. In un'accezione positiva, trattasi di *social network* verticali giacché ricreano quel punto di contatto tra istituzioni finanziarie e pubblico che esisteva nei già nei borsini.

[28] Cfr. V. CARLINI, *Borsa, così* trader *umani e* software *sfruttano il Covid per truffare il mercato*, in *Il Sole 24 ore*, 27 luglio 2020. Riguardo a tali aspetti, preme segnalare come la considerevole crescita dell'impiego del *social trading* e dalla regolamentazione incerta dei *Forex broker*, abbiano portato all'emersione nell'arco della pandemia di numerose truffe a danno dei piccoli investitori.

[29] Sul concetto di *bias* cognitivi si rimanda a A. WILKE e R. MATA, *Cognitive Bias*, in *The Encyclopedia of Human Behavior*, Academic Press, 1, 2012, p. 531 ss.; K.L. FISHER e M. STATMAN, *Cognitive Biases in Market Forecasts*, in *The Journal of Portfolio Management*, 2000, p. 1 ss.; W. SAMUELSON e R. ZECKHAUSER, *Status Quo Bias in Decision Making*, in *Journal of Risk and Uncertainty*, 1, Issue 1, March 1988, p. 7 ss. In merito alle disfunzioni evidenziate dalla finanza comportamentale cfr. G. LIACE, *L'investitore irrazionale*, cit., p. 974; ID., *L'investitore tra* deficit *informativi e* bias *comportamentali*, in *Banca, impr. soc.*, 2018, p. 451 ss.; U. MORERA e E. MARCHISIO, *Finanza, mercati e regole… ma*

ISSN 2036-7821

L'impatto che un'informazione incompleta, inadeguata, non gestibile o completamente fuorviante può decretare in termini di distorsioni cognitive (c.d. *framing effect*) sulla corretta allocazione delle risorse di un attore economico è notoriamente rilevante: la forza contrattuale si fonda, d'altronde, anche sull'asimmetria informativa tra le parti, che incide in misura decisiva nell'analisi delle opzioni disponibili e nella valutazione del rischio[30].

L'inadeguatezza di conoscenze ed informazioni in campo sia economico-finanziario che informatico rappresenta un alto fattore di incertezza per il risparmiatore che, vestendo i panni tipici di un "dilettante allo sbaraglio", si avvicina a questo tipo di investimenti, spesso ignaro dell'elevato rischio sotteso a tali pratiche a causa di *claim* devianti sulla garanzia di investimenti sicuri.

In particolare, in momenti di crisi, la scelta per un investimento si rivolge ad operatori che offrono risposte e soluzioni semplicistiche con cui prospettano ingenti guadagni con il minimo sforzo[31]. Importante è inoltre tenere conto dell'utilizzo sistematico di leve psicologiche attraverso meccanismi come *regret avoidance*, effetto gregge[32], impulsività, fascino dell'azzardo, particolarmente efficaci durante periodi

soprattutto persone, cit., p. 9 s.; N. RANGONE, *Errori cognitivi e scelte di regolazione*, in *An. giur. eco.*, 1, 2012, p. 15 ss.; R. ARALDI, *L'influenza delle distorsioni cognitive sull'andamento dei mercati borsistici*, Torino, 2011, p. 7 ss.; LINCIANO, *Errori cognitivi e instabilità nelle preferenze delle scelte di investimento dei risparmiatori* retail, in Quaderni di finanza Consob, Roma, 2010, p. 30 ss.; U. MORERA, *Legislatore razionale versus investitore irrazionale: quando chi tutela non conosce il tutelato*, in *An. giur. eco.*, 2009, p. 77; R. CATERINA, *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, Milano, 2008; C. JOLLS e R. SUNSTEIN, *Debiasing through law*, in *The Journal of Legal Studies*, 35(1), 2006, p. 199 ss.; L. PIRAS, *Dalla finanza classica a quella comportamentale*, Milano, 2005, p. 5 ss.

[30] Per tutti v. G. AKERLOF, *The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quart. Journ. Econ.*, 1970, p. 488 ss.

[31] *Social* e *app* di *trading* consentono di generare profezie che almeno per un breve periodo paiono realizzarsi, per poi magari sgonfiarsi con ingenti perdite di chi vi ha creduto, e sostanzialmente senza poter effettuare un controllo sulla veridicità, provenienza e serietà delle informazioni circolate. In un periodo storico di crisi legata alla pandemia e alle misure restrittive di contrasto, è apparsa sempre più accattivante la prospettiva di un guadagno slegato dai meccanismi dell'economia quotidiana, ma al contempo amplificata a causa di un'intrinseca estrema volatilità dei titoli di alcune società quotate. Allo stesso tempo, proprio l'accelerazione delle fluttuazioni finanziarie spinge i *trader* al dettaglio a scommettere sul loro andamento, senza accorgersi di essere essi stessi divenuti "parte del gioco".

[32] Una dinamica in cui entra in gioco prepotentemente anche la finanza comportamentale, con gli investitori che si lasciano travolgere dall'effetto gregge, convinti che gli altri ne sappiano sempre più di loro, e dalla paura di perdere occasioni ghiotte ("fear of missing out"), che li spinge a compiere azioni di investimento senza neppure appurarne l'attendibilità. Per un'analisi accurata delle dinamiche alla base dei comportamenti imitativi e dei rischi per la stabilità generale del sistema finanziario che conseguono all'istinto gregario cfr., a*mplius*, G. LIACE, *La finanza comportamentale e l'effetto gregge*, cit., p. 3 ss. e la bibliografia ivi citata. In particolare, si segnala come <<i comportamenti imitativi siano "tardivi" rispetto all'andamento del mercato, poiché occorre che l'evento si sia già verificato per essere imitato>> (ivi, p. 5). Inoltre, l'A. mette in risalto, come aspetto da non sottovalutare, la distinzione che intercorre tra <<l'intenzionalità imitativa che caratterizza l'*herding behavior*>> e le imitazioni intenzionali o spurie che <<possono essere considerate come false imitazioni>>.

ISSN 2036-7821

di difficoltà economica e su cui si basa anche il *marketing* di soggetti autorizzati e considerati affidabili[33].

Va da sé che per rendere gli investitori al dettaglio edotti del rischio in cui incorrono nell'assumere decisioni di investimento sulla base di simili raccomandazioni, andrebbe potenziato il ruolo rivestito dall'educazione finanziaria come utile completamento del *set* di strumenti di tutela rispetto alle trasformazioni indotte dalla digitalizzazione finanziaria, tra cui anche le informazioni fornite dai *social media*[34].

Tuttavia, per stroncare sul nascere fenomeni associati ad un'estrema volatilità dei titoli, indotti da un quadro informativo "non ufficiale", s'impone un ripensamento dei presidi esistenti e l'introduzione di più incisivi obblighi regolamentari deputati ad assicurare un ri-allineamento dei prezzi di listino ai valori fondamentali dell'emittente. Invero, le regole che attengono ai meccanismi di mercato contengono già rigorosi dispositivi in termini di controlli *pre* e *post* negoziazione (come, ad esempio, le sospensioni automatiche *trading halt*) idonei a circosrivere l'impatto di fenomeni atipici come quelli emersi nella vicenda GameStop[35].

---

[33] Cfr. D.M. ALLDREDGE, *Institutional trading, investor sentiment, and lottery-like stock preferences*, in *Financial Review*, 55(4), p. 603 ss.; P.C. TETLOCK, *Giving Content to Investor Sentiment: The Role of Media in the Stock Market*, in *Journal of Finance*, 63(2), 2007; K. KIM e J. BYUM, *Effect of Investor Sentiment on Market Response to Stock Split Announcement*, in *Asia-Pacific Journal of Financial Law*, 39(6), p. 687 ss. Trattandosi, come si è ricordato, di meccanismi basati sulla popolarità, il *feedback* degli utenti è determinante per decretare l'attrattività del *social network*. Ne consegue che, se le opinioni iniziali sul tema in questione sono generalmente poco corrette e gli utenti hanno un forte *confirmation bias*, il *feedback* tende a influenzare negativamente il processo di aggregazione dell'informazione, spingendo gli utenti a consultare siti web che veicolano informazioni non complete o veritiere. Movimenti dei prezzi come quello di GameStop (+1600% in un mese), in assenza di flussi informativi significativi, non sono fenomeni compatibili con mercati ordinati e trasparenti. Nel caso specifico, poi, va sottolineata l'inefficienza allocativa di un supporto massiccio e incondizionato (con conseguente rivalutazione) ad aziende e settori le cui basse quotazioni sembrano correttamente riflettere l'evoluzione a loro avversa delle dinamiche di mercato. Per un'analisi della teoria dell'approccio adattivo dei mercati (*Efficient Market Hypothesis* – EMH) v. E.F. FAMA, *Efficient Capital Markets: a review of theory and empirical work*, in *Journal of Finance*, 1970; M. JENSEN, *Some anomalous Evidence Regarding Market Efficiency*, in *Journal of Financial Economics*, 1978, p. 95 ss. –

[34] In argomento cfr. G. LIACE, *L'investitore irrazionale*, cit., p. 969; V. MIRRA, *Emergenza covid-19: tra interventi per il mercato finanziario e bisogno di semplicità per il cliente. Il virus accelera il* fintech *e la necessità di educazione finanziaria*, in *Riv. elettr. dir. econ. man.*, 2020, p. 197 ss.; I.A. PETRIC, *Benefits and drawbacks of online trading versus traditional trading. Educational factors in online trading*, Annalis of Faculty of Economics, University of Oradea, Faculty of Economics, vol. 1(1), July 2015, p. 1253 ss.; U. MORERA, *Nuove prospettive per l'educazione finanziaria*, in G. MOLLO (a cura di), *Atti dei seminari celebrativi per i 40 anni dall'istituzione della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*, Quaderni Giuridici Consob, 9, 2015, p. 311; U. MORERA e E. MARCHISIO, *Finanza, mercati e regole… ma soprattutto persone*, cit., p. 26; F. VELLA, *Educazione e regolamentazione: quali equilibri?*, intervento al Convegno "Scelte di investimento e regole di tutela. Il ruolo della finanza comportamentale tra economia, psicologia e diritto", organizzato dall'Associazione Disiano Preite e dalla Consob, Milano, 30 novembre 2010; L.E. WILLIS, *Against Consumer Financial Literacy Education*, in *Iowa Law Review*, 94(1), 2008.

[35] A tal proposito, come evidenziato da M.A. SCOPELLITI, *Elementi informativi in merito alla vicenda GameStop e l'impatto del* trading on-line, cit., p. 12, in Italia, già vigono <<per tutte le *trading venus* gestite da Borsa Italiana parameri di variazione massima in termini di quantità, valori scambiati e prezzi delle proposte di negoziazione, sistemi di *circuit breaker* per la gestione della volatilità dei prezzi e dispositivi di monitoraggio delle negoziazioni in tempo reale e in differita>>.

ISSN 2036-7821

Ai *retail*, però, non è dato sapere dove e quando si collochi il momento di rottura, sarebbe a dire lo ***stop loss*** che obbliga gli investitori a coprire le proprie posizioni. Questi strumenti andrebbero, pertanto, applicati con maggiore sensibilità, per evitare quantomeno che una volta "chiusi i recinti" siano i piccoli *trader* a rimanere ostaggio di tali misure. Ad un rafforzamento delle regole di divulgazione delle informazioni e di trasparenza delle negoziazioni, andrebbero aggiunti pertanto anche meccanismi di *early warning* destinati a trasmettere segnalazioni anticipate agli utenti sulla pericolosità di alcune manovre in atto sui mercati e di possibili interventi "limitativi" dei controllori.

5. "*Consigli per gli acquisti*" *o manipolazione del mercato?*

La vicenda quivi richiamata induce ad approfondire anche gli aspetti patologici del *trading on-line* in termini di manipolazione del mercato.

Nella prospettiva data, altro nodo cruciale da sciogliere è legato all'incertezza di collocare i "segnali di *sell or buy*", trasmessi attraverso i *social media* e generati da soggetti terzi, dentro o fuori il perimetro della legalità. A fronte dell'enorme e poco regolato potere delle piazze virtuali sulla finanza, l'interrogativo di fondo a cui occorre dare risposta è se i *social* possano ritenersi responsabili dei contenuti diffusi dagli utenti, e se sì a quali condizioni. In particolare, la messa a disposizione delle informazioni da parte delle comunità virtuali solleva il delicato problema di stabilire chi è autorizzato ed entro quali limiti può usare i dati di cui entra in possesso; ossia, per venire al nocciolo della questione, come garantire l'affidabilità del dato divulgato e l'uso che se ne fa, entrambi problemi che devono trovare soluzione nell'ambito di un contesto normativo al passo con i tempi[36].

I mercati finanziari si fondano sulla qualità delle informazioni, sull'affidabilità dei "canali" preposti alla loro divulgazione, sulla correttezza dell'uso di tali informazioni. L'integrità del mercato è un valore oggettivo e in generale i comportamenti che la compromettono sono comunque da sanzionare[37]. Al tempo

[36] Sul ruolo delle informazioni nella determinazione del prezzo di mercato secondo le teorie *post* finanziarie e l'incidenza del *noise trader risk* cfr. M.B. MAGRO, *Manipolazioni dei mercati finanziari e diritto penale. Una ricerca al modello di razionalità economica*, Milano, 2012, p. 69 ss.

[37] Cfr. A. PERRONE, Servizi di investimento e tutela dell'investitore, in Banca borsa tit. cred., 2019, I, p. 1 ss.; ID., Servizi di investimento e tutela dell'investitore, in Banca borsa tit. cred., 2014, II, p. 448 ss.; L. PURPURA, L'evoluzione "fiduciaria" dei doveri di comportamento dell'intermediario nella prestazione dei servizi di investimento alla clientela al dettaglio, in Banca borsa tit. cred., 2, 2013, p. 222 ss.; M. RABITTI, Prodotti finanziari tra regole di condotta e di organizzazione. I limiti di MiFID II, cit., p. 145 ss.; F. GRECO, L'onere/obbligo informativo: dalla normazione paternalistica all'information overload(ing), in Resp. civ. e prev., 2017, p. 398 ss.; V. RICCIUTO, La tutela dell'investitore finanziario. Prime riflessioni su contratto, vigilanza e regolazione del mercato nella c.d. Mifid II, in V. TROIANO e R. MOTRONI (a cura di), La Mifid 2: rapporti con la clientela, regole di governance, Assago, 2016, p. 213 ss.

ISSN 2036-7821

stesso, però, il mercato finanziario si presenta come un luogo in cui dominano *bias* ed euristiche che mettono a dura prova l'idea della razionalità economica. Si può facilmente intuire che un sistema caratterizzato da forti asimmetrie informative fra i soggetti agenti può essere fonte di comportamenti opportunistici e fraudolenti a danno del corretto funzionamento del mercato e a detrimento della parità di condizioni tra gli attori che in esso operano.

Il delitto di manipolazione del mercato rappresenta, pertanto, l'emblema a livello globale di un contesto disciplinare che richiede l'apporto di strumenti di *debiasing* per una corretta tutela dell'investitore e delle stesse piazze finanziarie.

L'alterazione del mercato può realizzarsi secondo due modalità: mentre la cosiddetta manipolazione operativa (*market-based manipulation*) si attua direttamente sui mercati finanziari attraverso il compimento di operazioni di negoziazione che mirano a falsare il meccanismo di fissazione del prezzo degli strumenti finanziari, la manipolazione informativa (*information-based manipulation*) consiste nella diffusione di informazioni false ovvero ingannevoli[38].

Tali condotte inducono gli operatori ad effettuare scelte non fondate su elementi finanziari corretti e completi, ledendo così il diritto della generalità degli investitori ad effettuare valutazioni finanziarie consapevoli. Per tale ragione, sia negli Stati Uniti che in Europa, entrambe le fattispecie sono punite secondo un sistema di tipo binario, come reati e illeciti amministrativi[39].

La disciplina legislativa vigente negli Stati Uniti è dispiegata in numerose previsioni, tra cui spicca la sezione 9(a)2 del *Securities Exchange Act* del 1934, che proibisce in via generale a chiunque, da solo o assieme ad altri, di porre in essere con ogni mezzo, anche telematico, azioni dirette a determinare delle variazioni in aumento o in diminuzione del valore di un titolo, al solo scopo di indurre altri ad acquistare o vendere quel determinato strumento finanziario.

Conformandosi alla distinzione sopra riferita, anche le condotte perseguite dall'ordinamento statunitense possono dividersi in manipolazione informativa o operativa. Alla prima categoria appartengono le operazioni di *wash trading*, espressamente vietate dalla sezione 9(a)1 del *Securities Exchange Act*, ossia quelle

[38] Per una ricostruzione della fattispecie in oggetto cfr, *ex multis*, A. GALANTI, *La manipolazione del mercato*, Milano, 2015; P. SFAMENI e F. SACCONE, *Informazione al pubblico e abusi di mercato*, in P. SFAMENI e A. GIANNELLI, *Diritto degli intermediari e dei mercati finanziari*, Milano, 2013, p. 271 ss.; F. SGUBBI, *La manipolazione del mercato*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI e A. TRIPODI (a cura di), *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2013, p 71 ss.; C. RABITTI BEDOGNI, *Prefazione*, in S. VINCENZI (a cura di), *Gli abusi di mercato, dalle norme alla prassi operativa*, Trento, 2012, p. 11 ss.; E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino, 2012; S. GALLI, *La disciplina italiana in tema di abusi di mercato*, Milano, 2010; M. RAGNO, *Gli abusi di mercato*, in F. VELLA (a cura di), *Banche e mercati finanziari*, Torino, 2009, p. 450 ss.; C. SANTORIELLO, *Il reato di manipolazione del mercato*, in ID. (a cura di), *La disciplina penale dell'economia*, Torino, 2008, p. 781 ss.

[39] Per una lettura della fattispecie che non sia esclusivamente incentrata su un potenziale "effetto alterativo" dei prezzi di mercato, cfr. M.B. MAGRO, *Manipolazioni dei mercati finanziari e diritto penale. Una ricerca al modello di razionalità economica*, cit., p. 87 ss.

ISSN 2036-7821

operazioni di acquisto e vendita del medesimo strumento finanziario effettuate in serie dal medesimo soggetto al fine di fornire al mercato una rappresentazione falsa del volume di scambi del titolo. Alla seconda tipologia si riconducono, sempre in via esemplificativa, gli schemi *pump and dump ("la pompa e lo scarico")*, una tipologia di manipolazione volta a far lievitare artificialmente il prezzo di azioni a bassa capitalizzazione acquistate ad un prezzo conveniente di modo da poterle rivendere ad un prezzo superiore[40]. Si sollecitano, infatti, tramite telefonate o comunicazioni telematiche, gli investitori ad acquistare un titolo rappresentandolo come redditizio, creando così una piccola bolla di valore destinata a sgonfiarsi poco dopo (ma non prima) che i promotori abbiano effettuato la loro plusvalenza tramite la vendita degli stessi titoli finanziari[41].

A livello europeo la disciplina in materia di *market abuse* è racchiusa nella Direttiva 2014/57/UE (MADII) e nelle disposizioni del Regolamento (UE) 596/2014 (MAR) direttamente applicabili negli Stati membri. In particolare, l'art. 15 MAR, ove si colloca il divieto di effettuare o tentare di effettuare manipolazioni di mercato, ha cura di assecondare la classica ripartizione tra manipolazione informativa[42] e manipolazione operativa[43]. Il Regolamento MAR, oltre ad identificare le ipotesi di abuso di mercato introducendo la nuova fattispecie di manipolazione sugli indici ed estendendo le ipotesi di manipolazione anche agli ordini di negoziazione effettuati con mezzi elettronici (come le strategie di negoziazione algoritmiche e ad alta frequenza) amplia l'ambito di applicazione della disciplina, includendovi nuove sedi di negoziazione e, precisamente, i sistemi multilaterali di negoziazione (MTF), i sistemi organizzati di negoziazione (OTF) nonché gli strumenti finanziari non quotati sui mercati regolamentati (OTC).

In Italia gli artt. 114 e 115 del T.U.F. relativi, rispettivamente, alle comunicazioni al pubblico ed alla Consob, impongono la diffusione di informazioni complete ad attendibili, idonee ad orientare efficacemente le scelte degli investitori. A seguire, l'art. 185 T.U.F., individua tre tipologie di condotte punibili: le prime due specificamente indicate nella diffusione di <<notizie false>> e nella rappresentazione di <<operazioni simulate>>[44] (e ripresa dall'art. 187-*ter* T.U.F.); la terza, delineata

[40] La differenziazione tra le fattispecie fondata sull'offensività del comportamento e sugli altri indici discretivi nella disciplina comunitaria cfr. F. MUCCIARELLI, La nuova disciplina eurounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem, in Dir. pen. cont., 4, 2015, p. 317 ss..

[41] Meno frequente della pompa e dello scarico è la tecnica *poop and scoop* ("la cacca e la paletta"), con cui il prezzo delle azioni di una società, che gode di una buona capitalizzazione, viene artificialmente sgonfiato. Una volta che questo effetto si produce, il manipolatore acquista le azioni sottovalutate, realizzando così un profitto.

[42] V. art. 12, par. 1, lett. *c*), MAR e art. 5, par. 2, lett. *c*), MADII.

[43] V. art. 12, par. 1, lett. *a*) e *b*), MAR e art. 5, par. 2, lett. *a*) e *b*), MADII.

[44] Per tale tipologia di illeciti indicati non può essere assoggettato a sanzione amministrativa chi dimostri di avere agito per motivi legittimi e in conformità alle prassi di mercato ammesse nel mercato interessato.

ISSN 2036-7821

come norma di chiusura, finalizzata al perseguimento di tutti gli <<altri artifizi concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari>>[45].

5.1. (*Segue*): *libertà di espressione* vs *manipolazione del mercato.*

Quantunque il rischio che soprattutto l'uso del *web* celi condotte manipolative sia concreto, esso non può essere affrontato con un atteggiamento aprioristicamente censorio verso i *social media*. Rendere pubbliche le proprie intenzioni di acquisto (o l'acquisto) di azioni in un *social foral* è condotta che di per sé non assurge a manipolazione del mercato, salvo che quelle intenzioni rese pubbliche non siano volutamente finalizzate a diffondere segnali falsi o fuorvianti nel mercato.

Beninteso, non è in discussione la liceità della speculazione[46]. In altre parole, l'intento speculativo inteso come sfruttamento a scopo di lucro dell'instabilità dei mercati non costituisce una condotta da sanzionare a priori, anzi come affermato da autorevole dottrina la speculazione è «socialmente benefica»[47]. È, invece, la degenerazione del fenomeno, inteso come quell'insieme di prassi manipolative miranti ad influenzare artificiosamente il livello dei prezzi per esasperarne la volatilità, che va ad inficiare il corretto operare degli scambi di borsa[48].

La normativa d'Oltreoceano prevede che la colpevolezza si ha quando si verifica il *momentum ignition* che ha scatenato il *trend* manipolativo con false dichiarazioni sul titolo o sull'operazione eseguita. Facile definire il concetto, molto più difficile scoprirlo, anche da parte delle autorità competenti. Per vero, la formulazione della sezione 9(a)2 del *Securities Exchange Act* garantisce un margine di discrezionalità che permette di sanzionare uno spettro ampio di attività che, pur non sostanziandosi in pratiche oggetto di un espresso divieto o nella diffusione di informazioni non veritiere, sono comunque dirette ad influenzare i meccanismi di formazione del prezzo di uno strumento finanziario. L'analisi della prassi applicativa rivela come la SEC abbia scelto prevalentemente di non vietare tali condotte laddove non si rinvengano elementi di falsità o rappresentazioni ingannevoli

[45] Cfr. F. CONSULICH, *Manipolazione del mercato e disorientamenti dogmatici. Tra eventi di pericolo e pericolo di eventi*, in *Società*, 7, 2010, p. 823 ss.; A. CRESPI, *Manipolazione del mercato e manipolazione delle norme incriminatrici*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2, 2009, p. 107 ss. Non solo mezzi illeciti, dunque, ma anche iniziative intrinsecamente lecite poste in essere per perseguire lo scopo illecito che caratterizza l'atto di manipolazione. La giurisprudenza (Tribunale di Milano, sent. 11/11/2002) ha recepito tale impostazione, evidenziando che la nozione di "altri artifici" comprende tutte le condotte apparentemente lecite le quali, combinate tra loro ovvero realizzate in determinate circostanze di tempo e di luogo, assumono una oggettiva connotazione distorsiva del gioco della domanda e dell'offerta, influendo in tal modo sulle libere scelte di investimento.

[46] C. PEDRAZZI, *Turbativa dei mercati*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, p. 421, ora in ID., *Diritto penale IV. Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, p. 111.

[47] Ibidem.

[48] A. CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, Padova, 2002, p. 10.

ISSN 2036-7821

In effetti, sulla base Primo Emendamento della Costituzione, negli USA vige un principio – del "freedom of speech" – volto a favorire la democratizzazione della finanza, nel senso di riconoscere la possibilità ai *noise traders* di esprimere liberamente opinioni e di scambiare informazioni sui *social network*. Il rafforzamento degli strumenti di vigilanza sulle correlazioni tra informazioni presenti sui *social* e andamento anomalo dei titoli necessita di essere opportunamente contemperato con i valori insopprimibili della libertà di pensiero e di opinione[49].

La capacità di contrasto da opporre a nuove forme di manipolazione coordinata o di abusivismo finanziario è strettamente correlata alla possibilità di identificare i centri di imputazione delle responsabilità, anche qualora l'infrastruttura tecnologica da cui le comunicazioni promanano poggia su meccanismi di decentralizzazione che, servendosi di protocolli automatici e *open source*, non sono immediatamente riconducibili ad una persona fisica o giuridica.

Di per sé, il riconoscimento della propensione intrinseca di tali piattaforme o canali *social* di influenzare (*rectius* distorcere) i comportamenti umani, non può singolarmente assumersi come requisito sufficiente per ipotizzare la ricorrenza di una condotta illecita da parte di quegli stessi operatori.

Anche ove si optasse per l'introduzione di una presunzione di abuso di mercato in capo ai nuovi alfieri del web, molti problemi resterebbero inevasi e probabilmente altri se ne aggiungerebbero.

In proposito, basti, in primo luogo, segnalare che qualsiasi previsione legislativa volta a reprimere il fenomeno descritto risulterebbe troppo indeterminata e andrebbe a scapito del principio di legalità e di certezza del diritto, confondendo il piano della legalità/tipicità con quello della pluralità delle modalità esecutive con le quali si può manifestare la manipolazione.

In secondo luogo, una siffatta presunzione, poiché *volta a decretare* una condanna a priori di tali operatori, sarebbe pur sempre relativa; comporterebbe cioè solo un'inversione dell'onere della prova a carico del gestore della piattaforma o del canale *web*.

In terzo luogo, trattandosi di una presunzione fondata su indizi eccessivamente generici, che richiederebbero, pertanto, di essere opportunamente contestualizzati nella vicenda concreta affinché se ne accerti la ricorrenza, le determinazioni dell'autorità di vigilanza dovrebbero essere rivolte a (ri)definire il labile confine tra le

[49] Cfr. D. SHEPARDSON, *US Congress to hold hearings on GameStop trading*, in *Financial review*, 29 January 2021; S. JAISINGHANI e S. RAMAKRISHNAN, *GameStop retreats as Reddit rally runs into trading restrictions*, ivi. Come il caso in esame dimostra, i *Redditers* non hanno diffuso notizie false o eclatanti, né tantomeno hanno esortato qualche utente ad investire nei titoli della società bersaglio per ottenere da tali pratiche un guadagno. Al contrario, le notizie divulgate sul *web* recavano chiaro il messaggio che si trattasse di operazioni sganciate da una logica di mero profitto, poiché esclusivamente rivolte a foraggiare la crociata della "speculazione popolare e democratica" contro quella delle élite finanziarie. Ed è questo aspetto che non consentirebbe, dato il quadro normativo vigente e in assenza di altri indizi, di configurare un'ipotesi di reato.

ISSN 2036-7821

semplici dichiarazioni espresse nel contesto di una piattaforma *online* di discussione e le condotte di tipo manipolatorio che si diffondono nelle piazze finanziarie. Donde, per quello che è il normale gioco che si instaura tra l'Autorità che indaga e l'impresa che si difende, v'è da aspettarsi lo sviluppo di una mole ingombrante di contraddittori dall'esito alquanto incerto.
Infine, non è di poco conto osservare che, nella sua ampiezza, la soluzione qui prospettata rischierebbe di colpire in modo indiscriminato operatori con posizioni di mercato e di forza relativa verso utenti e controparti commerciali molto diverse.

6. *Prime linee di intervento e itinerari possibili di regolamentare delle raccomandazioni di investimento* on-line.
Il fenomeno in esame non ha precedenti, e può condurre ad una ridefinizione sostanziale dei tradizionali equilibri tra gli operatori del mercato. Pertanto, una valutazione nel senso della illiceità dell'azione degli utenti di ***WallStreetBets*** deve discendere dalla prova di una sua preordinazione ad influenzare in modo artificioso il mercato di un titolo.
È compito delle autorità di settore garantire un'informazione quanto più completa e affidabile. Missione divenuta sempre più ardua per la variopinta mole di informazioni che si generano senza soluzione di continuità e che possono essere gestite solo ricorrendo alle tecniche di raccolta ed elaborazione messe a disposizione dalla scienza dei dati e delle reti.
La matrice della finanza *social* non è solo collettiva e non proviene solo dal basso. Nell'assenza di regole puntuali, le piattaforme di condivisione decidono, in totale autonomia, come indicizzare i contenuti diffusi, spesso favorendo il soggetto economicamente più forte. I fantomatici algoritmi si sono rivelati in grado di diffondere informazioni, false o vere che fossero, e hanno permesso di orientare l'opinione pubblica di massa, di creare un'egemonia nuova e aggirare i tradizionali strumenti della democrazia rappresentativa. Come dimostrato plasticamente da battaglie finanziarie sul modello di GameStop, a determinare le inefficienze riscontrate nei flussi di *trading* contribuirebbe in misura rilevante anche la compartecipazione fra piattaforme e investitori istituzionali che operano *front-load* tramite algoritmi o manipolano la domanda con *spoofing* direzionali. Di talché scandagliare con zelo *chat* e *social* può rivelarsi iniziativa di per sé non sempre sufficiente a ripristinare il corretto funzionamento dei mercati.
Occorre far presente che non si tratta, peraltro, di un problema da affrontare soltanto in ottica di "investor protection". La necessità di definire norme più puntuali in materia e di aggiornare dal punto di vista giuridico alcune categorie concettuali non è avvertita esclusivamente dai controllori, ma anche dagli stessi operatori di mercato, che riconoscono l'esistenza di rischi per la loro attività derivanti dalle incertezze o

ISSN 2036-7821

dalla approssimazione che possono influenzare le scelte di vaste platee di investitori poco avveduti.

Il MAR definisce "raccomandazione in materia di investimenti" le <<informazioni destinate ai canali di distribuzione o al pubblico, intese a raccomandare o a consigliare, in maniera esplicita o implicita, una strategia di investimento in merito a uno o a più strumenti finanziari o emittenti, ivi compresi pareri sul valore o sul prezzo presenti o futuri di tali strumenti>>.

Ove, pertanto, le informazioni diffuse dai *social media* venissero classificate all'interno di tale categoria sorgerebbero serie complicazioni in termini di mancata conformità rispetto a quanto è previsto dalle regole in materia di abusi di mercato vigenti in Europa[50].

In effetti, tramite la piattaforma, gli utenti possono visualizzare, analizzare e valutare i segnali di *traders* esperti ed eseguire la strategia prescelta affinché gli ordini vengano eseguiti. Ad indicare obiettivi e strategie sono spesso *leader* virtuali, mentre gli altri (che si autodefiniscono "degenerates" o "*retards*" anagramma di "*traders*") eseguono, più o meno consapevoli di quello che stanno facendo e dei rischi che stanno correndo[51].

Sennonché regolatori e supervisori hanno necessariamente dovuto fare i conti con questa nuova modalità di comunicazione, imparando a riconoscere le "cassandre" del *web* e a monitorarne i comportamenti[52]. Tanto più in ragione del fatto che non si tratterebbe, a conti fatti, di accertare un illecito e di comminare una sanzione, ma di esercitare un potere regolatorio e conformativo.

---

[50] V. art. 20 e art. 3(1) (35) del Regolamento (UE) N. 596/2014.

[51] A detta di A. SCOPELLITI, *Audizione sul caso GameStop presso la Commissione di inchiesta sul sistema bancario e finanziario*, cit., p. 24, queste nuove forme di investimento "di gregge" comportano spesso, come avviene nella maggior parte dei servizi di negoziazione offerti sul *web*, <<l'invio ai clienti – tramite e-*mail*, *sms* e *social media* – di segnali di *trading* generati da soggetti terzi che concedono l'accesso ai dati sulle proprie operazioni di negoziazione al fine di copiarle e replicarle>>. Come sottolineava V. ZUCCONI, *Repubblica*, 6 marzo 2012, Prima Pagina,<< chiunque può entrare e uscire da una *chat* o da un *blog*, anche lasciando un messaggio, un suggerimento, una spiata nella cassetta postale>>. Un semplice *tweet* rilasciato da una persona influente può divenire "market mover", ovvero in grado di muovere i mercati. Analisi recenti sono state in grado di verificare l'esistenza di una correlazione tra il lancio di un *tweet* e l'andamento dei mercati finanziari su determinati strumenti, a tal punto da costruire indici in grado di calcolare tale probabilità.

[52] Nell'ottica di assicurare la massima protezione e salvaguardia degli investitori al dettaglio, la cui partecipazione è ritenuta fondamentale per lo sviluppo dei mercati dei capitali comunitari, l'ESMA ha, da subito, pubblicato una Raccomandazione rivolta agli investitori *retail* (*Episodes of very high volatility in trading of certain stocks*, Statement, 17 February 2021) evidenziando i rischi connessi alle decisioni di investimento basate esclusivamente su opinioni, consigli informali nonché sulla condivisione di intenzioni scambiate su piattaforme online non regolamentate ed i *social network*. Similmente anche la SEC, nelle comunicazioni del 27 e 29 gennaio 2021, ha reso noto di essere in contatto con le altre autorità competenti per monitorare gli episodi di volatilità sui mercati segnalando che l'estrema volatilità nel prezzo dei titoli può esporre gli investitori a perdite rilevanti con il rischio di minare la fiducia nel mercato. Parimenti, la UK FCA e l'AMF francese hanno messo in guardia gli investitori dagli alti rischi derivanti dalla contrattazione di azioni quando vi è elevata volatilità nei prezzi e dalle attività di speculazione sui mercati, in particolare laddove fomentate da determinati da *forum* e *social media*

ISSN 2036-7821

In Europa il reg. delegato 958/2016 definisce esperto colui che si presenta <<dotato di competenza o esperienza finanziaria>> e induce, pertanto, <<gli altri a ritenere ragionevolmente di possedere competenza o esperienza finanziaria>>. Inoltre, posto che potrebbe anche non operare professionalmente, nelle *Linee Guida, Raccomandazioni di investimento*, dell'ottobre 2017, la Consob include tra gli indicatori da prendere in considerazione per identificare un "esperto" anche <<il numero dei *follower*>>.

E, in effetti, con l'obiettivo di fornire al consumatore un adeguato livello di protezione, l'ESMA ha chiarito quali raccomandazioni possono essere considerate proposte di investimento, le modalità con cui vanno pubblicate su piattaforme e *social media* e le conseguenze riconducibili a violazioni del regolamento europeo sugli abusi di mercato[53]. In special modo, stando a quanto previsto dall'Autorità europea, le suddette *raccomandazioni* devono essere prodotte e diffuse in modo il più possibile obiettivo e trasparente, affinché gli operatori, prima di assumere qualunque decisione di investimento, siano capaci di distinguere i fatti dalle opinioni. È inoltre fondamentale che gli investitori siano in grado di identificare facilmente la fonte delle informazioni e gli eventuali conflitti di interesse di coloro che formulano le raccomandazioni[54].

Gli è che, le disposizioni poc'anzi segnalate rappresentano, pur sempre, di *soft law* avviate a regolare solo transitoriamente – e, dunque, almeno *prima facie*, senza capacità di assumere carattere strutturale – i rapporti e gli effetti scaturenti da tali condotte.

Condividendo le medesime finalità e con analogo approccio normativo, si potrebbe pertanto tentare di proporre una strategia di regolamentazione del fenomeno incentrata su tre principali direttrici di intervento: 1) garantire la presentazione veritiera dei fatti e degli avvenimenti, in modo tale da favorire la libera formazione delle opinioni; 2) rafforzare i meccanismi, anche autoritativi (non solo da parte delle autorità di settore ma anche legittimando l'intervento di Agcom, Garante *privacy*, Agcm) di controllo dei contenuti e delle *fake news*; 3) adeguare i contenuti e le modalità di trasmissione dei messaggi ai nuovi strumenti presenti sui mercati.

---

[53] ESMA, *Statement on Investment Recommendations on Social Media*, ESMA70-154-2780, 28 October 2021.

[54] In proposito il documento dell'ESMA sopra citato rimanda al Regolamento (EU) 9 marzo 2016, n. 958 che integra il Reg. 596/2014 per quanto riguarda gli standard tecnici di regolamentazione per gli accordi tecnici per la presentazione obiettiva di raccomandazioni di investimento o altre informazioni che raccomandano o suggeriscono una strategia di investimento e per la divulgazione di interessi particolari o indicazioni di conflitti di interesse. Non a caso, già in tempi non sospetti, l'ESMA, *Avvertenze per gli investitori. ESMA mette in guardia gli investitori al dettaglio sulle insidie dell'investimento* online, 11 settembre 2012, p. 3, aveva ritenuto opportuno segnalare che fosse dovere della piattaforma *on line* attivare delle procedure idonee a misurare il livello conoscenza e di esperienza maturato dal potenziale investitore nonché di verificare se si comprendono i rischi connessi all'investimento, così da valutare l'appropriatezza dell'operazione rispetto al tipo specifico di prodotto o servizio offerto o richiesto.

ISSN 2036-7821

Sennonché, una rapida realizzazione del quadro interventistico proposto potrebbe ottenersi anche estendendo alle comunicazioni presenti sui *social* gli orientamenti emanati dall'ESMA in materia di distribuzione transfrontaliera di fondi di investimento[55]. Ciò permetterebbe di rendere le comunicazioni di *marketing* provenienti dai *social network* o comunque rintracciabili su internet obbligatoriamente identificabili come tali; di imporne un contenuto predeterminato attraverso una puntuale descrizione dei rischi e dei rendimenti attesi degli investimenti promossi; di assicurarne tratti distintivi essenziali improntati alla correttezza (sarebbe a dire la coerenza con i documenti legali e normativi dell'investimento promosso), alla chiarezza e alla mancanza di riferimenti fuorvianti; di evidenziarne la natura di comunicazioni non vincolanti contrattualmente né previste dalla disciplina di settore, né tanto meno sufficienti per assumere in maniera consapevole una decisione di investimento.

Per una vigilanza più capillare potrebbe correre in soccorso, con riferimento alle problematiche in oggetto, l'istituto del *mystery shopping* (acquisti in incognito), per acquisire elementi probatori utili all'accertamento di violazioni[56]. Questo strumento (che prende il nome di *mystery surfing* quando applicato alle vendite *on line*) è considerato di "prevenzione" e non solo di controllo. A differenza delle ispezioni, che possono rilevare condotte già avvenute, tale pratica è particolarmente utile per bloccare sul nascere comportamenti che non rispettino criteri di trasparenza. Si impone, tuttavia, l'esigenza di definire una cornice normativa all'interno della quale disciplinare questo meccanismo al fine di renderlo compatibile con presidi di controllo già operanti.

Altrettanto utile può rivelarsi prendere in considerazione la soluzione promossa dalla Consob con cui si vietano comunicazioni di marketing in difetto della pubblicazione di un documento informativo (c.d. *white paper*) e in assenza di altri dispositivi di trasparenza equipollenti allorché l'attività di *trading* abbia ad oggetto *crypto asset* che non ricadono nella nozione europea di strumento finanziario [57].

7. *Verso una ridefinizione della matrice regolatoria dei mercati finanziari.* De Jure condendo.

In termini di politica del diritto, alle nuove istanze, che casi come quello di GameStop hanno portato alla luce, occorre *replicare assumendo politiche e legislazioni uniformi,*

[55] Si veda ESMA, *Orientamenti sulle comunicazioni di marketing a norma del regolamento relativo alla distribuzione transfrontaliera di fondi*, 2 agosto 2021.

[56] Già utilizzato dall'IVASS sul versante del contrasto agli abusivismi in ambito assicurativo, l'impiego di questa tecnica è stata proposta in ambito finanziario da M.A. SCOPELLITI, *Elementi informativi in merito alla vicenda GameStop e l'impatto del* trading on-line, cit., p. 18.

[57] ID., *Fintech: profili di attenzione e opportunità per gli emittenti e il risparmio nazionale*, Audizione presso la Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario, Roma, 6 luglio 2021, p. 6.

ISSN 2036-7821

concertate tra regolatori, che contrastino le trappole emotive dei mercati finanziari[58] *ed* evitino pericolosi arbitraggi e competizioni regolamentari al ribasso innescate dalla natura *cross-border* dei fenomeni in atto.

Constatata irreversibilità di tali processi[59], l'aspetto che più di altri desta preoccupazione è la cronica incapacità dei regolatori – nel mercato finanziario così come in molti altri settori – di tenere il passo con i nuovi paradigmi che stanno modificando in modo radicale l'ecosistema dei mercati finanziari [60].

D'altronde, gli accadimenti di cui si discute confermano quanto un'autorevole dottrina aveva già da tempo messo in luce, ossia che con la disciplina dell'attività finanziaria <<il legislatore non protegge l'investitore da sé stesso e non protegge

[58] Cfr. Sui limiti della matrice regolatoria vigente e la sua inadeguatezza a disciplinare le piattaforme digitali cfr. F. BASSAN, *Le piattaforme digitali tra co-regolazione, concorrenza e codificazione di diritto uniforme* , in *Mercati regolati e nuove filiere di valore*, cit., p. 165 ss.; E. RULLI, *Banche, non-banche e* social network*: quale disciplina?*, in *Riv. trim. dir. econ.*, suppl. al n. 4, 2016, p. 301 ss. È interessante segnalare come, partendo dallo scostamento della finanza dalle scienze naturali, giacché la prima non risponde alle leggi della fisica, la discussione metodologica in atto è incentrata su un'analisi che rifugia da una rappresentazione dei mercati finanziari come modelli di razionalità e ritiene corretto, piuttosto, rintracciare nella storia biologica dell'essere umano, secondo il modello evoluzionista di Darwin, i *driver* che sono alla base dei meccanismi che regolano il funzionamento e lo sviluppo di tali strutture. In merito a tali studi cfr., *ex plurimus*, M. MOTTERLINI e F. GUALA (a cura di), *Economia cognitiva e sperimentale*, Milano, 2005; D. KAHNEMANM (a cura di), *Heuristics and Biases. The psychology of intuitive judgment*, Cambridge, 2001; D. KAHNEMAN e A. TVERSKY (a cura di), *Choices, Values and Frames*, Cambridge, 2000; D. KAHNEMAN, P. SLOVIC e A. TVERSKY (a cura di), *Judgment Under Uncertainty. Heuristics and Biases*, Cambridge, 1982. Si sofferma, in particolare, sullo scostamento del comportamento concreto degli investitori rispetto al paradigma neoclassico, H.A. SIMON, *Model of Bounded Rationality*, I-II, Cambridge (MA), 1982; ID., *Scienza economica e comportamento razionale*, trad. it., Torino, 2000. Nella stessa prospettiva, lo studio di A.W. Lo, *Adaptive markets: financial evolution at the speed of thought*, Princeton University Press, 2017, descrive il sistema finanziario non come un sistema meccanico o fisico, bensì come <<*an ecosystem, a collection of interdipendent species all struggling for survival and reproductive success in an ever-changing environment*>>. Secondo questa lettura, dunque, i regolatori devono conformare la disciplina dei mercati a un contesto assimilabile ad un sistema biologico in continua e magmatica trasformazione (evoluzione?), dove il ruolo del diritto è comparabile a quello di un *software* o sistema operativo che regola i comportamenti degli attori presenti sul mercato. Ad ogni buon conto – come osserva M. CLARICH, *Alle radici del paradigma regolatorio dei mercati*, in *Riv reg. merc.*, 2, 2020, p. 37, – <<al di là delle critiche al modello tradizionale, non sembra essersi ancora sviluppato un nuovo paradigma alternativo perché le teorie delle neuroscienze non hanno costruito un modello strutturato e integrato. Nella fase attuale, le vecchie radici non sono ancora state sostituite, né sono sostituibili, con altre che abbiano un'analoga capacità esplicativa>>.

[59] *Cfr. M. VENTORUZZO, GameStop: le regole in gioco, in lavoce.info, 2 febbraio 2021, per il quale <<tecnologia e pulsioni socio-politiche consentono un nuovo livello di ingerenza sul governo e le sorti delle imprese e dei mercati e sui corsi di borsa>>. In argomento v., altresì, A. GRAZIANI, Il caso GameStop e le regole che mancano all'incrocio tra Borsa e social network*, in *Il Sole 24 ore*, 29 gennaio 2021.

[60] Come segnala M.G. CAROZZI, *Così il caso Gamestop ha messo in luce l'avanguardia di un mondo nuovo*, cit., <<Quando emergono nuove opportunità, nuovi modelli economici e nuovi diritti allora la collaborazione dei saperi tecnologici, comunicativi e legali è ancora più rilevante per cogliere in modo equilibrato rischi ed opportunità>>. Più in generale, sui pericoli legati all'uso delle piattaforme tecnologiche in assenza di presidi di tutela adeguati v. le considerazioni di P. SAVONA, *Incontro annuale con il mercato finanziario*, Consob, Roma, 14 giugno 2021, p. 10 ss.

ISSN 2036-7821

l'investitore dall'intermediario; il legislatore protegge il mercato dall'investitore, servendosi dell'intermediario>>[61].

Ancorché regole e strutture del mercato dell'Unione europea siano diverse da quelle operanti negli Stati Uniti, non si può escludere a priori che eventi simili possano insorgere e propagarsi con la stessa virulenza anche nei mercati del Vecchio continente. Si ritiene, infatti, che la diffusione incontrollata di tali pratiche sia potenzialmente in grado (al pari di altri schemi operativi come il *trading* algoritmico e in particolare l'*high frequency trading*), non solo di facilitare condotte manipolative ma pure di fomentare la trasmissione degli *shock* che colpiscono un determinato titolo o mercato ad altre *trading venus*, nella misura in cui le strategie di investimento utilizzate coinvolgano su scala globale una molteplicità di piattaforme di cui alcune regolamentate, altre no, altre ancora sottoposte a discipline più blande.

Il tema che agita il dibattito, peraltro già percorso con riferimento ad altri fenomeni legati anch'essi all'innovazione tecnologica, è sempre il medesimo, e cioè se, in mancanza di un adeguamento volontario, si possa estendere l'ambito e l'efficacia della disciplina (e della vigilanza pubblica) dei mercati finanziari in via stabile anche ai nuovi attori, imponendo loro controlli e "paletti" simili a quelli che già vigono per gli *incumbents* sottoposti ad un regime di vigilanza contraddistinto da una crescente pervasività.

Ma forse questo tipo di approccio alla soluzione delle criticità che si sono individuate potrebbe non rivelarsi sufficiente. A prescindere dal tipo di soluzione prescelto, la *ratio* di un intervento riformatore della materia non dovrebbe essere quella di limitare la libertà di piccoli risparmiatori di operare in autonomia scelte di investimento esponendosi a rischi anche elevati, né tantomeno quella di limitare la capacità della tecnologia di ridurre i costi di transazione o di "disintermediare" talune attività, o ancora di difendere una tipologia di operatori rispetto ad altri. Al contrario, si tratterebbe di garantire che le modalità di investimento qui sotto accusa avvengano nel rispetto di condizioni di parità, di tutela dell'integrità informativa del mercato e di adeguata protezione degli investitori meno professionali.

A costo di trascendere la dimensione prettamente negoziale dei comportamenti osservati, si ritiene che sia indispensabile procedere alla collocazione dei contraenti deboli in un ambito contrassegnato dalla loro appartenenza a gruppi sociali ben definiti. *Tali individui presentano bisogni informativi differenziati e sempre più marcatamente segnati da una spiccata sensibilità verso modalità operative web-based e da forme di comunicazione sui social, e che abbisognano pertanto di implementare approcci regolatori diversificati e su misura*[62]. Prendere atto di un processo di unificazione sulla

[61] Così D. MAFFEIS, *La natura e la struttura dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 81.

[62] ESMA e COMMISSIONE UE, *Discussione sul caso GameStop che ha interessato il mercato finanziario*, Audizione presso la Commissione per i problemi economici e monetari - Parlamento Ue, 23 febbraio 2021.

ISSN 2036-7821

base di valori identitari, consente di ricondurre gli investitori/risparmiatori bisognevoli di forme di tutela rafforzate nella categoria dei "consumatori", così da ottenere una *reductio ad unum* dei criteri di giustizia sostanziale e di efficienza economica.

Di talché, la combinazione della spinta normativa e di mercato verso l'affermazione di una *retail strategy* permetterebbe di abbandonare uno schema regolamentare per singolo strumento finanziario, mercato o tipologia di operatore, per promuovere un approccio prevalentemente incentrato sul cliente al dettaglio[63]. Nella direzione quivi tracciata, la realizzazione di un testo unico (entro cui rafforzare i presidi dell'appropriatezza e dell'adeguatezza, che le applicazioni automatizzate del *trading on-line* basate sull'*excution only* tendono a disattendere) costituirebbe al momento la soluzione più congeniale alle questioni quivi sollevate[64]. L*a revisione in itinere delle discipline MiFID/MiFIR e MAR rappresenta, a tal proposito, l'occasione propizia per porre mano ad un'area di intervento dai confini ampi e tesa a ridurre l'attuale frammentazione dell'ordito regolamentare che disciplina l'attività finanziaria*[65].

In questa prospettiva, non meno importante è anche l'iniziativa intrapresa dalla Commissione europea, volta a sviluppare, in stretta continuità con lo scopo dichiarato di "un'economia al servizio delle persone", una strategia per gli investimenti al dettaglio che dovrebbe essere emanata nella prima metà del 2022. Si tratterebbe di un quadro giuridico scrupolosamente modellato sul profilo e sulle esigenze dei consumatori, con cui offrire maggiori garanzie per gli investimenti al dettaglio.

Del resto, in questa delicata fase di stravolgimento del contesto operativo, dove motori di ricerca e *social media* influenzano i comportamenti di una moltitudine indistinta di individui e determinano le tendenze dei mercati e con esse le sorti di imprese o interi settori produttivi, garantire un ordinato svolgimento delle negoziazioni per mezzo dei canali "ufficiali", contrastando anche fenomeni ispirati al

---

[63] Tuttavia, ancorché tali intenti riflettano la volontà del legislatore di predisporre meccanismi e tecniche di identificazione e di tutela rispetto agli errori cognitivi e comportamentali che si riversano sulle decisioni di investimento, quando tali scelte sono state indirizzate (se non manipolate) da terzi, occorrerà porre attenzione a che tali soluzioni non conducano ad una totale "deresponsabilizzazione" degli investitori in relazione alle ricadute del loro *agere*, magari – come segnalato da U. MORERA e E. MARCHISIO, *Finanza, mercati e regole… ma soprattutto persone*, cit., p. 17, <<attraverso l'utilizzo di indiscriminate regole di (allora iniquo) indennizzo o di responsabilità oggettiva>>

[64] È di questo avviso M.A. SCOPELLITI, *Audizione sul caso GameStop presso la Commissione di inchiesta sul sistema bancario e finanziario*, cit., p. 28.

[65] In tal senso v. ancora M.A. SCOPELLITI, *Elementi informativi in merito alla vicenda Gamestop e l'impatto del trading on-line*, cit., p. 16. Più in generale cfr. M.E. SALERNO, *Prospettive di regolamentazione a protezione dell'investitore finanziario alla luce dell'emergenza Covid-19*, in U. MALVAGNA e A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Sistema produttivo e finanziario post covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità*, Pacini editore, Pisa, 2021, p. 289 SS.; P. LUCANTONI e F. MATTASSOGLIO, *Il Covid-19 e le reazioni del mercato finanziario*, ivi, p. 299.

ISSN 2036-7821

moral hazard[66], è condizione imprescindibile per consolidare la fiducia degli investitori e intensificarne la partecipazione al mercati dei capitali. Diversamente, ove non si promuovesse per tempo un adeguamento in senso evolutivo dell'assetto regolamentare, il rischio di incorrere in continui *game over* del sistema finanziario ed economico resterebbe quanto mai concreto.

[66] Come evidenziano ancora U. MORERA e E. MARCHISIO, *Ibidem*, problemi di *moral hazard* sorgerebbero <<laddove gli investitori sarebbero all'evidenza incentivati ad intraprendere comportamenti eccessivamente rischiosi, sulla convinzione che i costi associati ad un eventuale esito negativo sarebbero poi sopportati da altri operatori o, addirittura, dalla collettività>>.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Delimitazione legislativa alla partecipazione pubblica in società di capitali

di Massimiano Sciascia

(Professore straordinario di Diritto Amministrativo presso la Università Telematica Pegaso.)

Sommario

1. Introduzione. – 2. I due limiti legislativi all'organizzazione societaria della P.A.: natura giuridica e ricadute applicative. – 3. Il limite della stretta "necessarietà" per il perseguimento di finalità istituzionali. – 4. Il limite dell'esclusività degli ambiti operativi. – 5. Le attività consentite alle società partecipate : Produzione di un servizio di interesse generale. - 6. segue : Progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma di amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'art. 193 D.Lgs. 50/2016. - 7. segue : Realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'art. 180 D.Lgs. 50/2016, con un imprenditore privato, selezionato con le modalità di cui all'art. 17, comma 1 e 2, T.U. - 8. segue : Autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento. - 9. segue : Servizi di committenza apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici. - 5. Brevi considerazioni conclusive.

Abstract

The study deepens the two legislative limits set by art. 4 of the Consolidated Text of Public Companies to the corporate organization of the P.A., analyzing its legal nature and its applications.
The first limitation is that of strict need, i.e. public institutions are allowed to set up companies or to acquire (or maintain) shareholdings only where this appears «strictly necessary» for the pursuit of their institutional purposes (art. 4, paragraph 1, Consolidated Text). On the other hand, the second limit is that of the exclusivity of those purposes, in the sense that, where strictly necessary, such corporate bodies may be set up or participated by the Public Administration «exclusively» for the performance of certain types of activities strictly listed by the legislator (art. 4, paragraph 2, Consolidated Text).
With these constraints, confirmed by constitutional jurisprudence, the legislator basically intends to avoid the danger that the use of the corporate instrument could lead to distortions of competition to the detriment of other private economic operators operating on the market, which, on the other hand, do not benefit from privileged positions resulting from public partnership.
In this way, our legislator goes far beyond what is required by Community law, which is concerned that public undertakings should not enjoy privileged schemes.
Finally, the paper analyzes the sanctions imposed by the following articles 7, paragraph 6, and 8, paragraph 2: the absence, nullity or subsequent annulment of the resolution to purchase the company's share holding renders ineffective the contract for the purchase of the same share holding. It also requires the liquidation of the stake or, in the case of an essential participation in the achievement of the object of the company, the liquidation of the entire corporate entity, expressly referring to art. 2332 civil code, as regards the nullity of the act of incorporation of public limited companies.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

Nelle economie di mercato l'azione degli Stati moderni tende ad incidere tanto sul piano dell'efficienza che su quello della distribuzione, occupandosi così di quelle aree grigie in cui il mercato non è in grado di regolarsi da sé ([1]).

L'espansione e poi la crisi delle imprese pubbliche, che ha caratterizzato in Italia la seconda metà del Novecento[2], ha condotto in tempi recenti il legislatore a porre rimedi alla proliferazione in particolare di quelle in forma societaria, attraverso la previsione di limiti rigorosi, ancorché ampi, alla costituzione ed al mantenimento di esse, mutando, conseguentemente, la struttura dell'impresa pubblica e le regole gestionali della stessa.

In ultimo il Testo Unico in materia di società pubbliche di cui al Decreto legislativo 19/08/2016 n. 175 - *così come modificato ed integrato dal* D.Lgs. 16 giugno 2017, n. 100, *dalla* L. 27 dicembre 2017, n. 205, *dalla L. 30 dicembre 2018, n.145, dalla L. 1° ottobre 2019, n. 119 ed infine dalla L. 29 dicembre 2021, n. 233* -, se da un lato con l'art. 3 consente agli enti pubblici la partecipazione soltanto in società per azioni o a responsabilità limitata, dall'altro lato, tuttavia, anche per la costituzione o la partecipazione in società di capitali contempla obblighi e condizioni piuttosto stringenti, i quali, come ricordato dallo stesso art. 1, comma 2, sono preordinati non solo a garantire l'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, ma anche a tutelare e a promuovere l'assetto concorrenziale dei mercati ed il contenimento della spesa pubblica.

Sul regime delle società a partecipazione pubblica, sia statale che regionale o locale, avevano profondamente inciso, in passato, anche numerosi interventi legislativi che, specie a seguito dell'aggravarsi della crisi economica, avevano introdotto tutta una serie di limitazioni, orientate al contenimento della spesa pubblica e ad evitare che la partecipazione pubblica potesse essere foriera di sprechi ingiustificati di denaro o di risorse pubbliche; e che la Corte costituzionale[3] ha giudicato legittime proprio in ragione delle esigenze di coordinamento della finanza pubblica che esse mirano a tutelare.

In tale quadro in profonda evoluzione diviene preliminare ad ogni riflessione sulle imprese pubbliche l'esame approfondito ed analitico dei limiti posti dalla suddetta legislazione, in quanto finiscono per caratterizzare la stessa natura e capacità delle

[1] U. MATTEI, A. GALLARATI, S. PUGNO, A. ROSBOCH, *I monopoli pubblici, i giudici delle leggi e la Costituzione economica*, in R. DI RAIMO e V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica ed intervento dello Stato nell'economia*, Napoli, 2006, pagg. 20 segg.

[2] Sulle analisi delle ragioni dell'impresa pubblica si rinvia a M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, V, Bologna, 1997; R. DI RAIMO e V. RICCIUTO, *Impresa pubblica ed intervento dello Stato nell'economia – Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.

[3] Corte cost., sent. 7 giugno 2012, n. 148.

ISSN 2036-7821

stesse, fornendo chiavi ermeneutiche decisive per la comprensione piena del fenomeno.

2. I due limiti legislativi all'organizzazione societaria della P.A.: natura giuridica e ricadute applicative.

Tali limiti sono oggi compendiati, riassunti e rimodulati, all'interno di un più omogeneo quadro sistematico, dall'art. 4 T.U., che, proprio per la sua centralità nel quadro delle società cc.dd. pubbliche, è stato oggetto di numerosi interventi integrativi e modificativi dalla legislazione successiva.

In particolare, il legislatore ha subordinato la possibilità per le amministrazioni pubbliche di costituire società di capitale o di assumere o mantenere partecipazioni societarie ad un duplice ordine di limitazioni di carattere generale: il primo è quello della stretta necessarietà, nel senso cioè che agli enti pubblici è consentito costituire società o assumere (o mantenere) partecipazioni societarie soltanto laddove ciò appaia «strettamente necessario» al perseguimento delle proprie finalità istituzionali (art. 4, comma 1, T.U.); il secondo è invece quello dell'esclusività di tali finalità, nel senso cioè che, laddove strettamente necessario, tali organismi societari possono essere dalla P.A. costituiti o partecipati «esclusivamente» per lo svolgimento di alcune tipologie di attività tassativamente elencate dal legislatore stesso (art. 4, comma 2, T.U. con modifiche apportate dall'art.5 co.1° lett.a) d. lgs. n.100/2017)[4].

In queste due limitazioni legislative vengono compendiate, semplificate e rimodulate tutta una serie di iniziative legislative che, in passato, erano state varate per apporre limiti all'operatività, all'attività o all'oggetto sociale delle società a partecipazione pubblica, al fine di porre un freno alla loro eccessiva, indiscriminata e spesso ingiustificata proliferazione.

Con tali vincoli il legislatore intende, fondamentalmente, scongiurare il pericolo che l'utilizzo dello strumento societario possa provocare distorsioni concorrenziali a scapito degli altri operatori economici privati operanti sul mercato, che, viceversa, non beneficiano delle posizioni di privilegio derivante dalla compartecipazione pubblica.

Queste disposizioni discendano da un atteggiamento del legislatore italiano di sfavore nei confronti dell'impresa pubblica, che va ben oltre quanto richiesto dal diritto comunitario, che invece assume un atteggiamento di completa neutralità tra proprietà pubblica e proprietà privata delle imprese. Ciò che conta per il diritto

[4] Dall'ambito di applicazione delle limitazioni sancite dall'art. 4 T.U., sono escluse le società elencate nell'allegato A, nonché le società aventi come oggetto sociale esclusivo la gestione di fondi europei per conto dello Stato o delle Regioni, ovvero la realizzazione di progetti di ricerca finanziati dalle istituzioni dell'Unione europea (art. 26, comma 2, T.U.). Vi sono altresì escluse le società destinatarie dei provvedimenti di cui al D. Lgs. 159/2011 (codice antimafia), nonché la società di cui all'art. 7 D.L. 59/2016 (art. 26, comma 12-*bis*, T.U.).

ISSN 2036-7821

comunitario è soltanto che l'impresa pubblica non goda di regimi privilegiati (art. 106 del Trattato TFUE) a scapito dei principi della libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali (artt. 49 e 63 TFUE), strumentali all'apertura dei mercati alla concorrenza.

Tuttavia, la giurisprudenza costituzionale ha chiarito come le esigenze di implementazione del livello di concorrenzialità dei mercati possono legittimare interventi del legislatore statale non solo in direzione dello smantellamento di ingiustificati privilegi riservati ad alcuni operatori economici, ivi compreso quello pubblico; ma anche in direzione dell'introduzione di misure che, benché non imposte dal diritto comunitario (che fissa infatti soltanto lo *standard* minimo di tutela), sono comunque preordinate ad assicurare maggiori livelli di tutela della concorrenza[5].

La violazione dei limiti posti dall'art. 4 T.U. riceve sanzione dai successivi art. 7, comma 6, e art. 8, comma 2: l'assenza, la nullità o il successivo annullamento della delibera di acquisto della partecipazione societaria rende inefficace il contratto di acquisto della partecipazione medesima ed impone la messa in liquidazione della partecipazione o, in caso di partecipazione essenziale al conseguimento dell'oggetto sociale, la messa in liquidazione dell'intero ente societaria, espressamente richiamando l'art. 2332 c.c., in materia di nullità dell'atto costitutivo delle società per azioni. Viene in questo modo recepito quell'orientamento giurisprudenziale[6] che, con riferimento alla sorte dell'atto costitutivo in caso di annullamento degli atti di gara per la scelta del socio privato, reputando inapplicabile il regime dettato dagli artt. 121 e ss. c.p.a.[7], aveva già a suo tempo ritenuto che ciò determinasse l'impossibilità per la società di operare secondo l'originario progetto statutario e, quindi, di conseguire il proprio oggetto sociale: l'annullamento dell'atto amministrativo "a monte dell'atto costitutivo" avrebbe determinato l'impossibilità sopravvenuta dell'oggetto sociale. Sicché, la società "mista", ancorché giuridicamente esistente (in quanto non ancora cancellata dal registro delle imprese), è da considerarsi sciolta e collocata in liquidazione, non essendo più in condizione di perseguire lo scopo per cui era stata creata; la sua estinzione consegue

[5] In tal senso, con riferimento alla materia dei servizi pubblici locali, v. Corte cost., sent. 17 novembre 2010, n. 325.

[6] Espresso a partire da Cass. civ., SS.UU., sent. 30 dicembre 2011, n. 30167.

[7] La privazione di effetti di un contratto societario (e dei rapporti che allo stesso conseguono) non è in alcun modo assimilabile a quella del contratto di appalto pubblico: a differenza della stipulazione di un contratto di appalto pubblico, la costituzione (pur invalida) di una società di capitale e la sua obbligatoria iscrizione nel registro delle imprese comporta la nascita di un nuovo soggetto giuridico autonomo, la cui attività e le cui vicende soggettive sono interamente assoggettate alla disciplina del diritto societario. L'accertata violazione delle regole da seguire nel procedimento di scelta del socio privato non è in grado di incidere direttamente sull'esistenza giuridica della società di capitali che, a seguito dell'avvenuta iscrizione nel registro delle imprese, assume la configurazione di soggetto giuridico autonomo e distinto dagli stipulanti il contratto associativo.

ISSN 2036-7821

soltanto dall'avvenuta cancellazione nel registro delle imprese, una volta esaurita la procedura di liquidazione definitiva dei rapporti giuridici pendenti. A sostegno di tale convinzione, venivano richiamati proprio gli artt. 2332 e 2484 c.c., secondo cui, una volta intervenuta l'iscrizione nel registro delle imprese, per un'elementare esigenza di stabilità e certezza dei rapporti giuridici e di tutela dell'affidamento dei terzi, la nullità dell'atto costitutivo di una società di capitali può essere pronunciata soltanto nei casi specificamente e tassativamente indicati dalle suddette disposizioni. A differenza della nullità e/o inefficacia del contratto di appalto, la dichiarazione di nullità dell'atto costitutivo di una società non può pregiudicare l'efficacia degli atti compiuti in nome della società stessa; la relativa dichiarazione ha effetto solo *ex nunc*, operando in modo analogo ad una causa di scioglimento e determinando l'instaurazione del procedimento di liquidazione dei rapporti giuridici pendenti; solo una volta conclusa tale procedura liquidativa, può procedersi alla cancellazione dal registro delle imprese, cui consegue la definitiva estinzione della società.

Ne consegue altresì che le domande di nullità, annullamento o risoluzione dell'atto costitutivo di una società "mista", con apertura della liquidazione, non attengono al rapporto pubblicistico che sta a monte della costituzione della società e non coinvolgono i procedimenti amministrativi, anche ad evidenza pubblica, con cui la P.A. ne decide la costituzione e sceglie i soci privati; ma attengono, sulla scorta della disciplina civilistica delle società di capitali, alla validità ed agli effetti dell'atto costitutivo, stipulato secondo schemi privatistici nella fase di esecuzione della menzionata scelta pubblicistica. Sicché, non potendo le relative controversie essere annoverate tra quelle devolute dall'art. 244 c.c.p. alla giurisdizione esclusiva del G.A., la stessa giurisprudenza aveva affermato che, in base alle ordinarie regole di riparto di giurisdizione, spettano al G.O. le controversie aventi ad oggetto il contratto sociale o l'atto costitutivo, mentre spettano invece al G.A. quelle concernenti gli atti pubblici prodromici alla costituzione della società, non essendo le norme sulla giurisdizione derogabili per motivi di connessione[8].

Tale orientamento, come accennato e come verrà meglio approfondito *infra*, trova oggi conferma e recepimento negli artt. 7, comma 6, e 8, comma 2, T.U.

3. - Il limite della stretta "necessarietà" per il perseguimento di finalità istituzionali.

[8] In tal senso si è pronunciata anche Cons. St., Ad. Pl., sent. 10/2011, secondo cui, al di fuori dei casi in cui la legge attribuisce espressamente alla giurisdizione del G.A., la decisione sulla sorte del contratto stipulato a seguito di un procedimento amministrativo viziato, deve trovare applicazione l'ordinario criterio di riparto di giurisdizione; sicché, spetta al G.A. conoscere dei vizi del procedimento amministrativo, ed al G.O. dei vizi del contratto, anche quando l'invalidità derivi dall'accertata illegittimità del procedimento amministrativo.

ISSN 2036-7821

Con riferimento al primo tipo di limitazione, l'art. 4, comma 1, T.U. esordisce stabilendo che le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi «non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali», né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

Si tratta di una disposizione che va necessariamente letta ed interpretata con quella contenuta nel successivo art. 5 T.U., che infatti impone un onere di motivazione particolarmente intenso (molto più stringente ed analitico rispetto a quello contemplato, in via generale, dall'art. 3 L. 241/90) per l'adozione dell'atto deliberativo della costituzione (o partecipazione) in un organismo societario (v. *infra*).

Già in passato, la preoccupazione che la veste societaria potesse essere utilizzata per forzare le regole poste a presidio della concorrenza e del mercato, nonché quella di evitare l'utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni dello strumento della partecipazione societaria per svolgere attività imprenditoriali in settori estranei alle proprie missioni istituzionali, aveva indotto il legislatore ad introdurre ulteriori limitazioni di portata generale, in quanto vincolanti per tutte le pubbliche amministrazioni, alla costituzione di società ed all'assunzione di partecipazioni societarie da parte degli enti pubblici.

La ragione di tali restrizioni va ravvisata, infatti, nell'esigenza di arginare le pesanti distorsioni dell'assetto concorrenziale del mercato che questi organismi sono in grado di arrecare, in ragione proprio del vantaggio competitivo che il socio privato può trarre dalla cooperazione con l'ente pubblico nello svolgimento delle attività demandate alla società. Si vuole cioè evitare che gli enti pubblici, attraverso la partecipazione societaria, intervengano in settori dove il mercato è in grado di operare, inquinandolo con la presenza di soggetti che godono di indebito vantaggio concorrenziale per il tramite del finanziamento pubblico[9]. Il fine di tutelare la concorrenzialità dei mercati rende quindi legittime tali limitazioni, anche se limitative della capacità organizzativa degli enti territoriali o interferenti con materie devolute alla legislazione esclusiva regionale[10].

Ed in tal senso, l'art. 4, comma 1, T.U., riproduce in linea di massima, sebbene con alcune correzioni, l'omologo divieto *illo tempore* introdotto dall'art. 3, commi 27 e ss., L. 244/2007 (legge finanziaria 2008), che già aveva vietato a tutte le amministrazioni pubbliche (statali, territoriali e locali) di costituire società aventi per oggetto attività

[9] R. DE NICTOLIS, *I limiti alla costituzione e all'oggetto delle società pubbliche*, in R. DE NICTOLIS-L. CAMERIERO, *Le società pubbliche* in house *e miste*, Milano, 2008, 76.

[10] Corte cost., sent. 8 maggio 2009, n. 148, in *Giur. cost.*, 2009, 1598 (con nota di BOTTINO, *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell'odierna legislazione statale*).

ISSN 2036-7821

di produzione di beni e di servizi «non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali», nonché di assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, «anche di minoranza», in tali società[11], con conseguente obbligo di dismettere quelle estranee alle proprie finalità istituzionali[12]. Viene quindi ribadito il principio generale, volto a contenere l'indiscriminata proliferazione di organismi societari a partecipazione pubblica, secondo cui la costituzione o la partecipazione a società di capitali risulta essere ammessa soltanto laddove l'ente pubblico non possa ragionevolmente farne a meno[13]. Ed infatti, l'art. 4, comma 1, T.U. (analogamente all'art. 3, comma 27, L. 244/2007)[14] richiede non la semplice strumentalità rispetto alle finalità istituzionali dell'ente; ma una vera e propria necessarietà, ossia (se non l'impossibilità quantomeno) l'estrema difficoltà per l'ente pubblico di raggiungere l'obiettivo (finalità istituzionale) senza l'ausilio di quella partecipazione in quella particolare società: svolgere quell'attività (e svolgerla tramite quella società) deve cioè risultare se non assolutamente indispensabile, quantomeno estremamente conveniente ed efficiente per l'ente pubblico[15], nel senso cioè che tale attività non sarebbe ragionevolmente esercitabile dall'ente pubblico con modalità diverse dalla costituzione o dalla partecipazione azionaria senza compromettere il buon andamento, l'efficienza, l'efficacia e l'economicità del proprio assetto organizzativo e dell'attività di erogazione del servizio[16].

---

[11] Salvo che si fosse trattato di società che producessero «servizi di interesse generale» o che fornissero «servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici» di lavori, servizi e forniture, «nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza», oppure ancora, per le società emittenti strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati (ma sul punto, v. *infra*). Le partecipazioni azionarie già acquisite prima dell'entrata in vigore della norma avrebbero dovuto essere dismesse entro un termine predefinito, con il divieto di acquisirne di ulteriori. La medesima legge prevedeva poi una procedura di carattere autorizzatorio per verificare l'opportunità o meno del mantenimento delle partecipazioni già esistenti: la permanenza della partecipazione pubblica doveva essere autorizzata dagli organi di governo politico; e le relative delibere dovevano essere trasmesse alla Corte dei conti; le partecipazioni vietate dovevano essere dismesse attraverso la loro cessione a terzi con procedimento di evidenza pubblica; e la mancata dismissione avrebbe comportato responsabilità erariale.

[12] Sulle difficoltà interpretative in passato insorte con riferimento al non agevole coordinamento tra l'art. 3, comma 27 e ss., L. 244/2007 e l'art. 13 D.L. 223/2006, v. Corte conti, Sez. aut., del. 16 settembre 2008 n. 13.

[13] Sul punto, v. M. ATELLI, *Esternalizzazione: no alle società a capitale pubblico "non inerenti"*, in *Dir. e prat. amm.*, 2008, 1, 95 ss.; R. DE NICTOLIS, *I limiti* cit. 76 ss.

[14] Su cui v. Corte conti, Sez. contr. Abruzzo, par. 5 aprile 2013, n. 16; Corte conti, Sez. contr. Liguria, par. 21 dicembre 2015, n. 79; Corte conti, Sez. contr. Lombardia, par. 6 novembre 2015, n. 387; Id., par. 4 marzo 2016, n. 72; TAR Piemonte, Sez. I, sent. 4 dicembre 2015, n. 1739.

[15] In tal senso, TAR Puglia, Bari, Sez. II, sent. 17 maggio 2010, n. 1898 ha stabilito che non può ritenersi «strettamente necessaria» l'attività di pulizia degli immobili e degli uffici, in quanto trattasi di attività strumentali all'esercizio di qualsiasi attività, pubblica o privata che sia. In dottrina, v. IBBA, *Dall'ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, in www.giustamm.it, 2011, 1; GOISIS, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1364 ss.; URBANO, *Le società* cit., 26.

[16] Corte conti, Sez. contr. Lombardia, par. 195/2009; Corte conti, Sez. contr. Veneto, par. 5/2009.

ISSN 2036-7821

Il legislatore ha voluto cioè condizionare la capacità negoziale degli enti pubblici, in tale ambito, all'effettiva sussistenza di un interesse pubblico rientrante tra quelli dalla legge demandati alla loro cura, assegnando rilievo determinante alla necessaria ed imprescindibile sussistenza di un nesso di stretta funzionalità tra scopo perseguito attraverso la costituzione o la partecipazione alla società e la competenza istituzionale dell'ente pubblico[17]. La costituzione di società o l'assunzione di partecipazioni societarie può dirsi legittima soltanto laddove il fine istituzionale dell'ente non sarebbe in altro modo ragionevolmente perseguibile; donde, il carattere residuale (da suffragare con idonea motivazione in ordine alla mancanza di alternative) della scelta[18].

Detto altrimenti, il requisito della stretta necessarietà va inteso non in senso assoluto, ossia come insuperabile impossibilità oggettiva di procedere all'affidamento se non attraverso la costituzione o l'acquisizione della partecipazione societaria. Ma in senso relativo, vale a dire come sussistenza di elementi di fatto e di diritto, ossia di condizioni ambientali, sociali, finanziarie, economiche e giuridiche, tali per cui la scelta del modulo societario si presenta come la più razionale, efficiente e ragionevole possibile per l'ente pubblico.

Del resto, se la stretta necessarietà venisse interpretata come indispensabilità assoluta, senza alcun margine, neppure minimo di scelta per l'ente pubblico, non si vede per quale ragione il successivo art. 5 T.U. imponga l'assoggettamento della delibera di costituzione o acquisto della partecipazione societaria ad un onere motivazionale aggravato particolarmente stringente e al vaglio di preventive forme di consultazione popolare, di chiara impronta politica.

La stretta necessarietà va quindi intesa non nel senso di assenza ontologica di soluzioni alternative, ma nel senso economico-aziendalistico, quale soluzione tecnicamente preferibile sul piano dell'efficienza gestionale. Se da un lato non è sufficiente né un mero nesso di coerenza o pertinenza con le finalità istituzionali dell'ente partecipante, né la mera utilità in tal senso della partecipazione, necessario essendo un rapporto di strumentalità o funzionalità particolarmente qualificato, dall'altro non basta neppure la sola convenienza o efficienza economica, necessaria essendo la sua insostituibilità sotto il profilo organizzativo.

Da questo punto di vista, il carattere della stretta necessarietà sembrerebbe atteggiarsi quale risvolto applicativo del principio di sussidiarietà orizzontale,

[17] ROSTAGNO, *Finalità istituzionali e oggetto sociale* cit.

[18] Cfr. Corte conti, Sez. contr. Lombardia, par. 6 maggio 2009, n. 187. In tal senso, utili indicazioni possono derivare dal bilancio dell'ente e dagli altri fondamentali documenti di programmazione gestionale e finanziaria, e precisamente dalle funzioni, che individuano in modo articolato le spese in relazione alla tipologia delle attività espletate, e dai servizi, che individuano le attività che fanno capo alle varie compagini organizzative dell'ente (cfr. Corte conti, Sez. contr. Veneto, par. 15 gennaio 2009, n. 5). V. anche TAR Sardegna, Sez. I, sent. 5 aprile 2013, n. 269. In dottrina, R. DE NICTOLIS, *I Limiti* cit., 72.

ISSN 2036-7821

sancito oggi dall'attuale art. 118, comma 2, Cost., in base al quale l'intervento pubblico per lo svolgimento di attività di interesse generale è consentito soltanto laddove l'autonoma iniziativa degli operatori privati non sia in grado di farlo adeguatamente[19].

Ed anche la giurisprudenza costituzionale[20] aveva maturato al riguardo un orientamento particolarmente restrittivo, giungendo ad affermare che, siccome anche la legislazione regionale è tenuta a rispettare i principi di imparzialità e buon andamento dell'azione e dell'organizzazione amministrativa ex art. 97 Cost., la scelta di un'amministrazione territoriale di avvalersi di una società di capitali a partecipazione mista o della creazione di un organismo *in house* per lo svolgimento delle proprie funzioni o per l'erogazione dei propri servizi può essere considerata legittima solo laddove ciò risponda ad effettive e concrete esigenze di carattere organizzativo, tenuto anche conto dei relativi oneri finanziari.

Anche con riferimento all'art. 4, comma 1, T.U. si pone l'identico interrogativo sorto, sotto la vigenza del precedente art. 3, comma 27, L. 244/2007, con riferimento all'estensibilità del divieto anche alle c.d. società "legali", vale a dire alle ipotesi in cui la partecipazione pubblica è espressamente imposta o autorizzata da specifiche e precedenti norme di legge: ci si chiede se, in questi casi, debba trovare applicazione il criterio temporale (secondo cui *lex posterior derogat priori*) ovvero quello di specialità (secondo cui *lex specialis derogat generalis*). Il fatto che tanto l'abrogato art. 3, comma 27, L. 244/2007 quanto l'odierno art. 4 T.U. vietino non solo la costituzione, ma anche il mantenimento della partecipazione azionaria, lascia propendere per l'applicazione del criterio cronologico, sicché il divieto di partecipazione ed il conseguente obbligo di dismissione dovrebbero trovare applicazione anche laddove la partecipazione sia stata assunto in ottemperanza a previgenti norme di legge speciali. Ciò sembra essere confermato anche dal fatto che lo stesso art. 4, commi 9, 9-bis, 9-ter e 9-quater T.U. (con modifiche e aggiunte introdotte dal D.Lgs. n.100/2017) contempla peculiari meccanismi autorizzatori non solo per la costituzione, ma anche per il mantenimento delle partecipazioni non (più) necessarie, nonché dall'intento stesso che ha ispirato gli interventi legislativi sia del 2007 che del 2016, ossia quello di ridurre drasticamente, per esigenze di contenimento della spesa pubblica e di tutela della concorrenza dei mercati, la pletora degli enti a partecipazione pubblica[21].

---

[19] In tal senso, v. anche, in passato, Corte conti, Sez. contr. Veneto, par. 27 gennaio 2010, n. 16, secondo cui l'adozione della delibera di autorizzazione alla costituzione o all'acquisto della partecipazione azionaria va motivata non solo con riferimento alla tipologia dei bisogni da soddisfare, ma anche con riferimento alle risorse gestionali e finanziarie disponibili. Nello stesso senso, v. anche Corte conti, Sez. contr. Piemonte, par. 8 settembre 2009, n. 33; Corte conti, Sez. contr. Puglia, par. 15 ottobre 2009, n. 100; Corte conti, Sez. contr. Veneto, par. 15 gennaio 2009, n. 5.

[20] Corte cost., sent. 277/2005 e 29/2006.

[21] MAZZONI, *Limiti legali* cit., 75.

ISSN 2036-7821

Un ulteriore aspetto problematico attiene all'estensione del divieto anche alle c.d. partecipazioni indirette, analogamente a quanto in passato contemplato dall'originaria formulazione dell'art. 3, comma 27, L. 244/2007, il quale infatti vietava alle amministrazioni pubbliche di assumere o mantenere, «direttamente o indirettamente», partecipazioni, anche di minoranza. Capire però cosa il legislatore avesse voluto intendere per partecipazione "indiretta", non era stato affatto semplice: essendo oggetto del divieto anche le partecipazioni di minoranza, non era chiaro se ad essere vietata fosse qualsiasi partecipazione indiretta, ossia qualsiasi partecipazione detenuta da un soggetto a sua volta partecipato, anche minoritariamente, da un ente pubblico, ovvero se, invece, il divieto fosse da riferire soltanto alle partecipazioni detenute da soggetti su cui l'ente pubblico esercitasse un potere di controllo[22]. Sul punto intervenne il legislatore: la L. 69/2009 eliminò dall'art. 3, comma 27, L. 244/2007 l'avverbio «indirettamente», sicché l'ambito applicativo del divieto veniva ristretto alle sole partecipazioni dirette[23]. L'art. 4, comma 1. T.U. ha però oggi ripristinato l'estensione del divieto anche alle partecipazioni indirette, riaprendo così nuovamente il problema. Ora, proprio alla luce delle criticità emerse in passato, e di cui non appare plausibile che il legislatore non abbia voluto tener conto, è probabile che il divieto di partecipazione indiretta sia applicabile anche a soggetti su cui l'ente pubblico non eserciti poteri di controllo, fermo restando, ovviamente, l'onere di motivazione aggravata ex art. 5 T.U. come modificato dal D.Lgs. n.100/2017. Tuttavia, tale soluzione, sebbene imposta dal chiaro tenere letterale della disposizione, potrebbe lasciare intravedere profili di illegittimità costituzionale, nella misura in cui la partecipazione pubblica (anche minimale) al capitale sociale sia in grado di precludere alla società partecipata di acquisire a sua volta partecipazioni (anche di minoranza) in altri enti. In sostanza, desta perplessità il fatto che la decisione dell'ente pubblico di acquistare (magari anche illegittimamente, ossia al di fuori dei casi consentiti dalla legge) una partecipazione azionaria possa determinare una conseguenza negativa a carico di un altro soggetto (ossia la società partecipata), al quale viene così preclusa un'attività (cioè la possibilità di acquistare partecipazioni in altri enti) che, viceversa, sarebbe invece consentita a qualsiasi altro operatore economico, vale a dire a tutte le altre società non partecipate da enti pubblici. Insomma, appare dubbia la ragionevolezza di una norma che vieti ad una società la possibilità di acquisire partecipazioni in altri enti soltanto in ragione del fatto che tra i suoi azionisti figuri un ente pubblico. Ciò potrebbe apparire ragionevole soltanto in caso di partecipazione di controllo (o comunque dotata di una certa influenza o rilevanza)

[22] COLANGELO, *Nuove questioni in tema di società a partecipazione pubblica*, in www.dircomm.it, 2008; ROSTAGNO, *Finalità istituzionali* cit.

[23] GUERRERA, *Lo statuto delle nuove società "a partecipazione mista" pubblico-privato*, in www.giustamm.it, 2009; CHIEPPA, *Le società a capitale misto alla luce degli ultimi interventi normativi*, ibidem.

ISSN 2036-7821

oppure laddove (ma cosi non è) alla società venisse offerta la possibilità di opporsi all'ingresso dell'ente pubblico nel proprio azionariato.

Per stabilire se la partecipazione sociale sia o meno strettamente necessaria, è poi necessario definire quali siano le «finalità istituzionali» dell'ente partecipante. In virtù del principio di legalità, sancito dall'art. 97 Cost., non vi è alcun dubbio che le finalità istituzionali degli enti pubblici debbano essere determinate dalla legge[24]. Tuttavia, molto spesso accade che il legislatore non sia in grado di delineare in maniera sufficientemente precisa, compiuta e dettagliata le finalità istituzionali di un ente pubblico. Ciò si verifica, in particolare, per gli enti pubblici dotati di autonomia politica, quali in primo luogo gli enti territoriali: ad essi l'ordinamento riserva infatti un generalizzato potere di autodeterminazione delle proprie finalità istituzionali, soprattutto per quanto attiene i bisogni della collettività stanziata sul proprio territorio (art. 114 Cost.). Per tali enti è impossibile la dettagliata e precisa predeterminazione *ex ante* in via legislativa delle rispettive finalità istituzionali, anche in considerazione del fatto che l'attuale art. 118 Cost. (come riformulato dalla L. cost. 3/2001) riserva ai Comuni, in via generalizzata, tutte le «funzioni amministrative», salvo quelle che, in base ai principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, debbano essere assegnate ad enti territoriali di livello superiore, al fine di «assicurarne l'esercizio unitario». Ed in tal senso, l'art. 13 TUEL attribuisce genericamente ai Comuni «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». L'ampiezza della previsione legislativa è tale che per identificare puntualmente le finalità istituzionali di ciascun singolo ente non può che avvenire anche in considerazione e sulla base dello statuto dell'ente stesso, nel cui ambito sono solitamente specificate nel dettaglio le finalità istituzionali di cui l'amministrazione locale si fa carico, in aggiunta alle ordinarie e più tipiche finalità istituzionali, che possono anche rimanere sottintese[25]. Sicché, spetta in ogni caso al singolo ente valutare quali siano le necessità della comunità locale e, nell'ambito delle compatibilità finanziarie e gestionali, avviare le politiche necessarie al loro soddisfacimento[26]. Ne consegue che la sussistenza del nesso di stretta necessarietà è riscontrabile ogniqualvolta, con valutazione discrezionale ma comunque assunta entro i limiti della ragionevolezza, lo statuto locale contempli una certa missione tra

[24] Può trattarsi, ovviamente, anche di una legge regionale.

[25] In tal senso, testualmente, MAZZONI, *Limiti legali* cit., 83.

[26] *Ex plurimis*, Corte conti, Sez. contr. Lombardia, par. 6 febbraio 2008, n. 23; Corte conti, Sez. contr. Piemonte, par. 33/2008; Corte conti, Sez. contr. Basilicata, par. 30/2008. In dottrina, v. ALBO, *L'applicazione dell'art. 3 commi 27 e seguenti della legge n. 244 del 2007 negli enti locali*, in www.lexitalia.it, 2009, 10.

ISSN 2036-7821

le finalità dell'ente partecipante e, in ragione di ciò, l'ente locale avvii un programma di iniziative, per la realizzazione delle quali si renda, appunto, strettamente necessario l'utilizzo della partecipazione societaria: autodeterminando l'ente locale come propria finalità istituzionale un programma o un obiettivo che esige l'assunzione di partecipazioni societarie, viene ad insorgere *ipso iure* il nesso di stretta necessarietà tra la realizzazione del programma d'intervento o dell'obiettivo in questione e l'assunzione della suddetta partecipazione societaria[27]. Oggi, tale possibilità di manovra è stata dall'art. 4, comma 2, T.U. (se non eliminata quantomeno) notevolmente ridimensionata, in quanto il legislatore ha consentito la partecipazione azionaria degli enti pubblici soltanto laddove strettamente necessaria al perseguimento non di qualsiasi finalità rientrante tra le competenze istituzionali dell'ente pubblico partecipante, ma soltanto di quelle espressamente elencate dal legislatore stesso[28].

In passato, il problema si era principalmente posto con riferimento a tutte quelle iniziative dei Comuni e degli enti locali orientate alla realizzazione di interventi genericamente finalizzati alla promozione e allo sviluppo economico e sociale delle collettività stanziate sul proprio territorio, quale ad esempio per gli enti fieristici o per la gestione di particolari infrastrutture di trasporto pubblico (es.: impianti funicolari o di risalita sciistica). Anche su tale aspetto ha preso oggi posizione il legislatore. In particolare, l'art. 4, comma 6, T.U., così come modificato dal D.Lgs. n.100/2017, fa espressamente salva la possibilità di costituire società o enti in attuazione dell'art. 34 Reg. UE 1303/2013 (il quale prevede la costituzione di gruppi di azione locale per l'elaborazione e l'attuazione di strategie di sviluppo locale di tipo partecipativo) e dell'art. 61 Reg. UE 508/2014 (che prevede la costituzione di gruppi di azione locale nel settore della pesca). Sempre nello stesso senso, l'art. 4, comma 7, T.U., così come modificato dal D.Lgs. n.100/2017, ammette altresì le partecipazioni nelle società aventi per oggetto sociale esclusivo la gestione di spazi fieristici e l'organizzazione di eventi fieristici, la realizzazione e la gestione di impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva eserciti in aree montane, nonché la produzione di energia da fonti rinnovabili. L'art. 4, comma 8, T.U., così come modificato dal D.Lgs. n.100/2017, fa inoltre salva la possibilità di costituire, ai sensi degli artt. 2 e 3 D.Lgs. 297/99, «le società con caratteristiche di *spin off* o di *start up* universitari» previste dall'art. 6, comma 9, L. 240/2010, "nonché quelle analoghe degli enti di ricerca. E' inoltre fatta salva la possibilità, per le università, di costituire società per la gestione di aziende agricole con funzioni didattiche".

[27] MAZZONI, *Limiti legali* cit., 84.

[28] DE GIROLAMO, *Le finalità perseguibili dalle società pubbliche*, in AA.VV., *Manuale delle società a partecipazione pubblica* (a cura Garofoli-Zoppini e coord. da Massa Felsani), Roma, 2018, 67.

ISSN 2036-7821

Altra deroga al vincolo di stretta inerenza della partecipazione societaria alle finalità istituzionali dell'ente pubblico partecipante, è riportata nell'art. 26, comma 12-*sexies*, T.U., ai sensi del quale le pubbliche amministrazioni possono acquisire o mantenere partecipazioni in società che, alla data di entrata in vigore del D. Lgs. 175/2016, risultino, ai sensi della legislazione vigente, già costituite e autorizzate alla gestione di case da gioco.

Alla regola di carattere generale, sancita dall'art. 4, comma 1, T.U., fa eccezione anche la deroga contemplata dall'art. 4, comma 3, T.U., ai sensi del quale «al solo fine di ottimizzare e valorizzare l'utilizzo di beni immobili facenti parte del proprio patrimonio», le amministrazioni pubbliche possono, altresì, «acquisire partecipazioni in società aventi per oggetto sociale esclusivo la valorizzazione del patrimonio delle amministrazioni stesse, tramite il conferimento di beni immobili allo scopo di realizzare un investimento secondo criteri propri di qualsiasi operatore di mercato». Pure in questo caso, la costituzione o la partecipazione societaria è consentita all'ente pubblico anche laddove non «strettamente necessaria» al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, purché essa venga acquistata a mezzo di conferimento immobiliare, finalizzato alla realizzazione di un (non meglio precisato) investimento alla stessa stregua di un qualsiasi altro operatore di mercato; e purché la società partecipata abbia come oggetto sociale esclusivo quello di valorizzare il patrimonio dell'ente pubblico conferente[29].

Nel rispetto della disciplina europea, l'art. 4, comma 9-*bis*, T.U. (interpolato dal D.Lgs. 100/2017) fa salva la possibilità per le amministrazioni pubbliche di acquisire o mantenere partecipazioni in società che «producono servizi economici di interesse generale a rete» (di cui all'art. 3-*bis* D.L. 138/2011) «anche fuori dall'ambito territoriale della collettività di riferimento (in deroga alle previsioni di cui al precedente art. 4, comma 2, lett. a), T.U.), «purché l'affidamento dei servizi, in corso e nuovi, sia avvenuto e avvenga tramite procedure ad evidenza pubblica»[30].

Infine, l'art. 4, comma 9-*ter*, T.U. (interpolato dall'art. 1, comma 891, L. 205/2017), fa salva la possibilità per le amministrazioni pubbliche di «acquisire o mantenere partecipazioni, comunque non superiori all'1% del capitale sociale, in società

[29] Le funzioni di valorizzazione consistono invece in «attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso, anche da parte delle persone diversamente abili, al fine di promuovere lo sviluppo della cultura» e comprende anche «la promozione ed il sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale», nonché «la riqualificazione degli immobili e delle aree paesaggistiche compromessi o degradati, ovvero la realizzazione di nuovi valori paesaggistici coerenti ed integrati», secondo forme e modalità compatibili con le esigenze di tutela, anche attraverso la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati (art. 6 c.b.c.).

[30] L'art. 4, comma 9-*bis*, T.U. precisa che per tali partecipazioni trovano piena applicazione gli artt. art. 20, comma 2, lett. e) (che impone la razionalizzazione di quelle palesanti un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti) e 16 T.U. Sul punto, v. CENTRONE, *Controlli sulle partecipazioni pubbliche*, in AA.VV., *I controlli della Corte dei conti sugli enti territoriali e gli altri enti pubblici* (a cura di Gribaudo-Patumi), Rimini, 2018, 503

ISSN 2036-7821

bancarie di finanza etica e sostenibile», come definite dall'art. 111-*bis* TUB, «senza ulteriori oneri finanziari rispetto a quelli derivanti dalla partecipazione medesima».
Nonostante il legislatore non lo espliciti in maniera espressa, non dovrebbero sussistere dubbi in ordine al fatto che il requisito della stretta necessarietà debba investire non solo l'*an*, ma anche il *quantum* della partecipazione pubblica, nel senso cioè che l'entità della partecipazione non deve risultare eccessiva rispetto a quanto (appunto) strettamente necessario al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico partecipante. Ciò sta a significare che, in sede di motivazione della deliberazione di costituzione o assunzione della partecipazione societaria (art. 5 T.U.), l'ente pubblico dovrà adeguatamente dare conto non solo del perché la partecipazione è (strettamente) necessaria, ma anche del perché la partecipazione debba essere di quella entità, di quella percentuale. Ne consegue altresì che non solo l'entità percentualistica della partecipazione, ma anche l'ammontare complessivo del capitale sociale del costituendo organismo societario non deve risultare di ammontare eccessivo rispetto a quanto strettamente necessario al perseguimento delle finalità istituzionali: sono quindi vietate anche le partecipazioni in società sovracapitalizzate rispetto al loro oggetto sociale. Detto altrimenti, il nesso di stretta necessarietà deve sussistere non solo con riferimento alle ragioni del conferimento, ma anche in relazione all'entità del conferimento stesso, il cui ammontare non può eccedere quanto strettamente necessario al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico partecipante.
Tuttavia, non appare agevole individuare i parametri in base ai quali l'entità della partecipazione o del conferimento debba essere determinata.
Il problema si pone non solo laddove all'organismo societario partecipi un solo socio pubblico, ma ancor di più laddove vi partecipino una pluralità di soggetti pubblici, magari collocati a diversi livelli territoriali di governo, nel qual caso appare ragionevole ipotizzare che il nesso di stretta necessarietà imponga che ciascun ente pubblico partecipante sottoscriva una quota di capitale tendenzialmente proporzionale alla propria domanda di beni o servizi richiesti. Se così è, ci si chiede allora se tale proporzionalità tra quota partecipativa e livello di servizi richiesti debba sussistere soltanto al momento della sottoscrizione del capitale sociale o debba invece essere preservato pure successivamente, andando così ad incidere direttamente anche sulla dinamica degli assetti proprietari. Ci si chiede altresì se, anche a fronte di una congrua partecipazione precedentemente assunta, l'ente pubblico partecipante abbia comunque il diritto potestativo di alienare o di recedere e di ottenere la liquidazione della propria quota, laddove successivamente non intenda più giovarsi dei beni o servizi erogati dalla società o, comunque, decida di dismettere la propria partecipazione per fare cassa o in quanto costretto da cogenti vincoli di bilancio. Si tratta di aspetti delicatissimi, su cui

ISSN 2036-7821

dottrina e giurisprudenza non potranno in futuro fare a meno di interrogarsi, ma che allo stato attuale, in attesa che la nuova normativa possa, col tempo, essere sufficientemente metabolizzata dagli operatori, appare sconsigliabile prospettare soluzioni interpretative troppo nette ed univoche.

4. - Il limite dell'esclusività degli ambiti operativi.

Non basta però che l'attività svolta dalla società partecipata si presenti come strettamente necessaria al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico partecipante. Fermo restando tale presupposto, l'art. 4, comma 2, T.U. impone un ulteriore requisito, ossia quello dell'esclusività degli ambiti operativi, stabilendo che le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni societarie «esclusivamente per lo svolgimento delle attività» dalla norma stessa tassativamente elencate.

In altri termini, gli enti pubblici possono costituire o partecipare in organismi societari soltanto laddove la costituzione o partecipazione sia preordinata allo svolgimento di una di tali attività, tassativamente elencate, e sempre a condizione che tale costituzione o partecipazione sia «strettamente necessaria» al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico partecipante.

L'art. 4, comma 2, T.U. elenca quindi, tassativamente, le tipologie di attività per lo svolgimento delle quali è consentito agli enti pubblici utilizzare lo strumento della costituzione o della partecipazione azionaria, sempre laddove ciò risulti strettamente necessario per poterlo fare. Viene quindi confermato il postulato teorico secondo cui il divieto di costituire società non coerenti con lo scopo istituzionale dell'ente pubblico sarebbe anche da inquadrare nell'ambito del principio di legalità dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost.[31].

L'intento del legislatore è quello di non reputare sufficiente il solo "vincolo di scopo pubblico" e di non voler più consentire la costituzione o la partecipazione di amministrazioni pubbliche in società che svolgono attività di impresa in aperta concorrenza con altri operatori economici, confermando quindi l'assunto teorico secondo cui gli anti pubblici non godrebbero di capacità giuridica di diritto societario al di fuori dei casi espressamente e tassativamente previsti dalla legge. Ciò sta anche a significare che (in assenza di espressa disposizione di legge che lo autorizzi: cfr. art. 4, commi 3, 6, 7 e 8, T.U.) gli enti pubblici, a qualsiasi livello territoriale di governo, non possono istituire enti societari a scopi puramente

[31] In tal senso si era espresso, in passato, anche CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013, 131,

ISSN 2036-7821

commerciali[32], ossia finalizzati all'approvvigionamento di risorse economico-finanziarie attraverso lo svolgimento di attività imprenditoriali in mercato aperto[33].
Il divieto legislativo è infatti formulato in modo tassativo, nel senso cioè che la partecipazione pubblica è vietata anche laddove sia possibile dimostrare che, in concreto, non arrechi alcun *vulnus* alle dinamiche concorrenziali del mercato. Vero che la mera presenza di operatori pubblici sul mercato non è di per sé fattore distorsivo della concorrenza, ad esempio laddove il capitale pubblico non affluisca direttamente nel capitale di rischio dell'impresa operante sul mercato, lasciando così impregiudicata la parità di condizioni con gli altri operatori. Tuttavia, se ciò è vero in linea puramente astratta e teorica, all'atto pratico ed in concreto non è sempre così, perché molto spesso alla creazione di organismi partecipati si accompagna l'intento non di operare in regime di concorrenza con gli altri operatori economici privati, ma di creare forme più o meno larvate di monopolio o di mercato artificialmente protetto, anche in settori in cui non se ne ravvisa la necessità. La drasticità del divieto (che, di per sé, andrebbe ben oltre quanto imposto dall'ordinamento comunitario, per il quale è indifferente la natura pubblica o privata dell'impresa ai fini del rispetto dell'assetto concorrenziale del mercato) si giustifica in ragione della constatazione empirica secondo cui la partecipazione pubblica al capitale sociale finisce, direttamente o indirettamente, per favorire l'insorgere di pulsioni anticoncorrenziali o, quantomeno, per frenare o rallentare i processi di apertura e liberalizzazione dei mercati[34].
Il carattere aprioristico del divieto rinviene implicitamente ma inequivocabilmente conferma anche nel fatto che l'assunzione delle partecipazioni azionarie è generalmente vietata a prescindere dall'entità e dalla natura della partecipazione stessa. Il divieto colpisce infatti anche le partecipazioni di minoranza. L'intento del legislatore è proprio quello di evitare che l'apporto di capitale pubblico entri a far

[32] In tal senso, v. anche Cons. St., Ad. Pl., sent. 3 giugno 2011, n. 10, in *Urb. e app.*, 2011, 1465 (con nota di SPUNTARELLI, *Questioni interpretative in ordine alla costituzione di società commerciali da parte delle università*). laddove ribadisce l'impossibilità per le Università di costituire società per azioni per erogare servizi sul mercato, direttamente in concorrenza con i privati.

[33] In tal senso, Corte conti, Sez. contr. Lombardia, par. 6 novembre 2015, n. 387; Corte conti, Sez. contr. Veneto, par. 20 febbraio 2017, n. 110; TAR Molise, sent. 3 ottobre 2017, n. 331.

[34] In tal senso, v. MAZZONI, *Limiti legali* cit., 71, secondo cui il divieto in questione sarebbe costruito sulla falsariga di un illecito di pericolo, laddove il pericolo viene ravvisato nel fatto stesso che l'apporto di capitale pubblico possa finire per favorire pulsioni anticoncorrenziali da parte dell'organismo partecipato, il quale potrebbe ad esempio confidare nei periodici intervento di ricapitalizzazione ripianamento delle perdite societarie da parte del socio pubblico. *Contra*, tuttavia, Cons. St., Sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, ove si ebbe modo di affermare che l'analogo divieto contenuto nell'oggi abrogato art. 3, comma 27, L. 244/2007 avrebbe posto un limite all'impiego dello strumento societario non tanto per assicurare la tutela della concorrenza quanto per garantire, in coerenza con l'esigenza di rispettare il principio di legalità, il perseguimento dell'interesse pubblico.

ISSN 2036-7821

parte della struttura finanziaria della società, inquinandone le scelte di politica aziendale o immunizzandola in tutto o in parte dal rischio economico d'impresa[35].
La rigidità di questa elencazione è tuttavia stemperata dall'apposita e peculiare previsione contenuta nell'art. 4, comma 9, T.U., ai sensi del quale con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del MEF o dell'organo di vertice dell'amministrazione partecipante, «motivato con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta, riconducibile alle finalità di cui al comma 1, anche al fine di agevolarne la quotazione», può essere deliberata «l'esclusione totale o parziale dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo a singole società a partecipazione pubblica». Il decreto è trasmesso alle Camere ai fini della comunicazione alle commissioni parlamentari competenti. In sostanza, il legislatore ha voluto tener conto della possibilità che, in futuro possano presentarsi esigenze nuove e del tutto peculiari, non prevedibili o tipizzabili a priori, che possano richiedere o quantomeno giustificare la creazione di organismi societari anche per finalità o esigenze diverse da quelle elencate, evitando così l'eccessivo irrigidimento del quadro normativo. La decisione in tal senso non viene rimessa alla mera discrezionalità e alla valutazione di merito dell'ente pubblico partecipante, ma viene condivisa tra l'organo di vertice dell'amministrazione partecipante ed il Governo, onde evitare forme di abusi o strumentalizzazioni rivolte all'elusione o al surrettizio aggiramento delle limitazioni legislative.
E altrettanto l'art. 4, comma 9, T.U. (come mod. dal D. Lgs. 100/2017) consente di fare anche ai Presidenti di Regione e delle province autonome di Trento e Bolzano, i quali «con provvedimento adottato ai sensi della legislazione regionale e nel rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità, possono, nell'ambito delle rispettive competenze, deliberare l'esclusione totale o parziale dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo a singole società a partecipazione della Regione o delle province autonome di Trento e Bolzano», sempre «motivata con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta, riconducibile alle finalità di cui al comma 1». Il predetto provvedimento è trasmesso alla competente Sezione regionale di controllo della Corte dei conti, alla struttura di cui all'art. 15, comma 1, T.U., nonché alle Camere ai fini della comunicazione alle commissioni parlamentari competenti.
Con riferimento all'ambito applicativo e alla latitudine di tale potere di deroga, va innanzitutto osservato che esso è esercitabile soltanto con riferimento a «singole società»: non è quindi possibile il rilascio di un'autorizzazione generalizzata che

[35] In tal senso MAZZONI, *Limiti legali* cit., 76, secondo cui nel concetto di «partecipazione» sarebbero sussumibili anche gli strumenti finanziari di carattere partecipativo o comunque riconducibili alle fattispecie descritte dall'art. 2411, comma 3, c.c.

ISSN 2036-7821

prenda in considerazione determinate tipologie di società, ma è necessario che il decreto di autorizzazione prenda in considerazione esclusivamente quella specifica, particolare ed individuale ipotesi di deroga; occorre cioè il rilascio di un apposito decreto ministeriale di autorizzazione con riferimento a ciascun ente societario; ed è altresì quindi necessario che le motivazioni della deroga vengano analiticamente illustrate con specifico riferimento a quella singola società.

La motivazione deve essere rivolta a mettere in evidenza le specifiche ragioni per le quali non solo si rende necessaria la creazione o l'acquisizione della partecipazione azionaria, ma anche e soprattutto perché si rende necessario, ed entro quali termini, derogare alle specifiche disposizioni legislative riportate nell'art. 4 T.U.

Pur richiedendo un'ulteriore aggravio motivazionale (rispetto a quello richiesto dall'art. 5 T.U.) e procedimentale, la norma non tipizza, tuttavia, le ragioni o gli interessi pubblici per i quali le deroghe al regime legislativo possono dal Governo essere autorizzate, sicché, sotto tale aspetto appare quantomeno dubbia la sua legittimità costituzionale, ed in particolare la sua compatibilità con il principio di legalità dell'azione e dell'organizzazione amministrativa, sancito dall'art. 97 Cost. e da intendere in senso non meramente formale, ma in senso sostanziale: affinché il principio di legalità ex art. 97 Cost. possa dirsi rispettato, non basta una qualsiasi previsione di legge attributiva del potere organizzatorio, ma è anche necessario che, per quanto ampi possano essere i margini di discrezionalità riservati alla P.A., il legislatore specifichi i limiti, le finalità, le modalità, i tempi e le condizioni con cui tale potere può essere esercitato; non basta cioè una mera delega "in bianco", ma è necessario che il legislatore circoscriva i margini di discrezionalità entro cui le scelte di merito possono essere esercitate, evitando così che, in assenza di limiti e criteri, la discrezionalità deragli in arbitrio.

Sotto tale aspetto, emerge oltretutto l'ambiguità lessicale dell'inciso «anche al fine di agevolare la quotazione», nella misura in cui appare poco chiaro se l'obiettivo della quotazione possa da solo essere reputato sufficiente, ed entro quali limiti, a legittimare deroghe all'art. 4 T.U. Fermo restando ovviamente che la motivazione del decreto ministeriale deve dare specifica e dettagliata dimostrazione delle ragioni per le quali il fine di agevolare la quotazione renderebbe necessario derogare, ed entro quale misura, alla disciplina legislativa. La norma appare del resto discutibile anche sotto un altro aspetto: se è vero che le limitazioni legislative alla capacità giuridica di diritto societario sono rivolte, come più volte accennato, non solo al contenimento della spesa pubblica e all'effettività dei controlli sull'azione amministrativa, ma anche alla tutela dell'assetto concorrenziale dei mercati, non si vede come e per quale ragione ed in che misura tali esigenze di tutela possano considerarsi recessive rispetto all'esigenza di agevolare la quotazione sul mercato della società partecipata. Sicché, appare plausibile ritenere che l'obiettivo di

ISSN 2036-7821

agevolare la quotazione non possa considerarsi di per sé idoneo e sufficiente a legittimare deroghe alla disciplina legislativa, ma può al più fungere da elemento di rafforzamento delle esigenze di deroga, che però deve essere necessariamente accompagnato anche da altre finalità di rilevanza pubblica (che tuttavia il legislatore omette di puntualizzare e circoscrivere), come del resto sembrerebbe larvatamente suggerire la stessa formulazione testuale dell'inciso «anche al fine di agevolare la quotazione», il quale lascerebbe presagire proprio che il legislatore, pur avendo voluto reputare la quotazione una finalità meritevole di tutela e, in linea di massima, idonea a giustificare deroghe alla suddetta disciplina legislativa, tuttavia sembra voler anche lasciare intendere che eventuali deroghe non possano essere motivate soltanto sulla base della mera esigenza di agevolazione della quotazione, necessitando invece la compresenza anche di altri obiettivi ed interessi di rilievo pubblicistico.

Una possibile chiave di lettura del meccanismo di deroga enunciato dall'art. 4, comma 9, T.U. potrebbe essere quella di ritenere che, siccome le limitazioni alla capacità giuridica di diritto societario sono dall'art. 4 T.U. contemplate (anche) al fine di scongiurare distorsioni all'assetto concorrenziale dei mercati (materia, oltretutto, dall'art. 117 Cost. devoluta alla competenza legislativa esclusiva statale e che, quindi, può legittimare la "chiamata in sussidiarietà" anche della competenza amministrativa statale in merito a siffatto potere autorizzatorio)[36], tali disposizioni legislative possono essere derogate soltanto nella misura in cui l'ordinamento comunitario (cfr. artt. 14 e 106 TFUE) consenta di apportare deroghe ai principi della concorrenza ed al divieto di erogazione degli aiuti di Stato.

Va inoltre precisato che non tutte le disposizioni contenute nell'art. 4 T.U. appaiono derogabili. In particolare, lo stesso art. 4, comma 9, T.U., nell'imporre l'aggravamento dell'onere motivazionale, stabilisce che il «tipo di attività svolta» dalla società per la quale la deroga viene concessa deve essere «riconducibile alle finalità di cui al comma 1», ai sensi del quale la partecipazione societaria è consentita solo per la produzione di beni e servizi strettamente necessari per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente partecipante: ciò sta quindi chiaramente a significare che il requisito della "stretta necessarietà" per il perseguimento delle finalità istituzionale non è suscettibile di deroga, neppure ad opera del decreto di autorizzazione ministeriale adottato ai sensi dell'art. 4, comma 9, T.U.

Salve quindi le possibilità di deroga contemplate dall'art. 4, comma 9, T.U. e fermo il limite della stretta necessarietà al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società «esclusivamente»

[36] Vedi Corte cost., sent. 303/2003.

ISSN 2036-7821

per lo svolgimento di specifiche attività indicate testualmente dallo stesso testo unico, che vanno esaminate partitamente.

5. Le attività consentite alle società partecipate: Produzione di un servizio di interesse generale.

La prima tipologia di attività per la quale l'art. 4, comma 2, T.U. consente la costituzione o la partecipazione societaria, è data dalla «produzione di un servizio di interesse generale», ivi inclusa «la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi».

La produzione di servizi di interesse generale è senz'altro l'ipotesi più frequente in cui gli enti pubblici, soprattutto quelli locali, fanno ricorso allo strumento della partecipazione societaria per l'espletamento dei propri compiti istituzionali.

La nozione di «*servizi di interesse generale*» (SIG) è derivata nella prassi comunitaria[37] dall'espressione «*servizi di interesse economico generale*» (SIEG), di cui costituisce un ampliamento. Ed è stata sviluppata nell'ambito delle politiche di progressiva liberalizzazione di settori di interesse economico generale, tradizionalmente sottratti alle logiche di mercato e alle disposizioni in materia di concorrenza. Essa evoca quella di servizio pubblico, con la quale presenta evidenti profili di stretta contiguità; ma si tratta di nozioni distinte e tra loro non perfettamente sovrapponibili.

Il diritto europeo non si occupa direttamente della materia dei servizi pubblici, ma lo fa soltanto indirettamente, laddove possa cioè interferire con la materia della concorrenza tra i vari operatori economici, pubblici e privati, chiamati ad erogarli[38]: nel prendere atto che determinate attività non possono essere *sic et simpliciter* assoggettate unicamente alle regole concorrenziali del mercato, ma necessitano di una specifica regolamentazione idonea a garantire il diritto di accesso universale a beni e servizi fondamentali, il diritto comunitario reputa irrilevanti (per il principio di neutralità delle forme giuridiche), ai fini dell'applicazione delle norme poste a tutela della concorrenza, le modalità con cui il servizio viene erogato, ben potendo esso essere gestito o erogato, indifferentemente, da soggetti pubblici o privati, purché in entrambi i casi venga però garantito il rispetto delle norme sulla concorrenzialità dei mercati e sulla tutela dei livelli essenziali delle prestazioni erogate[39].

---

[37] Per la prima volta menzionata nel *Libro verde sui servizi di interesse generale* adottato da Comm. UE, com. def. 21 maggio 2003, n. 270 e ripreso da Comm. UE, com. def. 12 maggio 2004, n. 374.

[38] Sul punto, v. *funditus* SALVIA, *Il mercato e l'attività amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1994, 523; MAMELI, *Servizi pubblici e concessioni. L'influenza del mercato unico sui regimi protezionistici e regolamentati*, Milano, 1998, *passim*; CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 1999, n. 1, 7; CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, 41 ss.

[39] Cfr. Corte giust. UE, sent. 18 giugno 1998, in causa c-35/96; Id., sent. 10 gennaio 2006, in causa c-222/04, Id., sent. 16 marzo 2004, in cause riunite; Id., sent. 21 settembre 1999, *AIBV*; nonché, Cons. St., Ad. Gen., par. 12 marzo

ISSN 2036-7821

In particolare, a partire dagli anni '90 numerose direttive europee di settore (comunicazioni elettroniche, energia elettrica, gas, poste, ecc.) hanno imposto la liberalizzare di servizi di interesse generale e lo smantellamento dei regimi monopolistici nella gestione e nell'erogazione di specifici settori, facendo venire meno la riserva originaria di attività nei confronti del soggetto pubblico, ma allo stesso tempo imponendo agli operatori pubblici (nazionali e comunitari) la regolazione di tali attività e la definizione di *standard* minimi relativi ai servizi, alla fissazione delle tariffe, alla definizione dei sistemi di autorizzazione o di concessione, dei contratti di servizio, degli obblighi a contrarre a carico dei gestori, etc.

L'ordinamento comunitario utilizza l'espressione «servizi di interesse generale» anche in ragione delle ambiguità che da sempre caratterizzano le nozioni di servizio pubblico e di funzione pubblica, non solo nell'ordinamento italiano, ma anche in quello europeo ed in quello degli ordinamenti nazionali dei singoli Stati membri[40]. Anche a livello sovrannazionale, il concetto di servizio pubblico sembra infatti assumere una portata ambigua ed un significato non univoco: a volte viene inteso come servizio rivolto alla collettività, altre volte come servizio erogato da soggetti pubblici, ed altre volte ancora persino come servizio di rilevante interesse pubblico. In altri termini, il concetto di pubblicità del servizio viene, a seconda del contesto di riferimento, riferito ora alla collettività degli utenti o dei fruitori, ora all'interesse perseguito con la sua erogazione, ora alla natura giuridica del soggetto che lo eroga[41]. Ciò spiega anche perché l'ordinamento europeo, proprio per evitare di cimentarsi in ardue (e forse velleitarie) operazioni definitorie ed evitare possibili equivoci interpretativi, abbia volutamente scelto di non usare l'espressione servizio pubblico, preferendo impiegare altre espressioni, quale ad esempio quella di «servizi di interesse economico generale» (SIEG), cui alludono gli artt. 14 e 106, comma 2, TFUE. In particolare, l'art. 14 TFUE stabilisce che UE e Stati membri sono chiamati, nell'ambito delle rispettive competenze, ad assicurare che i «servizi di interesse economico generale» (SIEG) funzionino «in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti», in considerazione della loro importanza nell'ambito dei valori comuni europei, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale. Dal canto suo, l'art. 106, comma 2, TFUE si preoccupa di assoggettare le imprese incaricate della gestione di «servizi di interesse economico» alle «regole della

1998, n. 80; Cons. St., Sez. V, sent. 1 luglio 2005, n. 3672. In dottrina, v. CAIA, *op. ult. cit.*, 176; FIGORILLI, *op. ult. cit.*, 515; VILLATA, *Pubblici servizi*, Milano, 2008, 123 ss.

[40] VOLPE, *Le società affidatarie di servizi pubblici locali*, in AA.VV., *Manuale delle società a partecipazione pubblica* (a cura Garofoli-Zoppini e coord. da Massa Felsani), Roma, 2018, 67.

[41] Per una dettagliata analisi comparatistica, v. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003.

ISSN 2036-7821

concorrenza» nei limiti in cui ciò «non osti all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione loro affidata».

Le disposizioni del Trattato rispondono a due esigenze di fondo: da un lato, quella di garantire che i SIEG siano effettivamente uno strumento di rafforzamento della coesione sociale, sicché, in tale prospettiva, agli Stati membri è consentito provvedere alla compensazione degli oneri sostenuti dalle imprese per effettuare quelle prestazioni che esse sono obbligate ad erogare per adempiere ai loro obblighi di servizio pubblico (criterio della compensazione); e dall'altro, quella di assicurare che il finanziamento pubblico di servizi non produca effetti distorsivi sull'assetto concorrenziale di quel settore di mercato, fungendo surrettiziamente da strumento di elusione del divieto di erogazione di aiuti di Stato alle imprese, attribuendo cioè vantaggi economici superiori a quanto necessario a remunerare l'impresa per i maggiori costi imposti dal rispetto degli obblighi di servizio (cfr. art. 107 TFUE).

Nessuna di queste norme enuncia però una nozione di servizio di interesse economico generale (SIEG), rimettendone di fatto l'identificazione alla prassi e alla legislazione europea derivata, le quali ne hanno sviluppato una definizione che si inquadra nella più ampia categoria del «servizio di interesse generale» (SIG). La distinzione tra SIEG e SIG viene dagli organi comunitari fondata sull'elemento dell'economicità del servizio: sono definiti economici (SIEG) quei servizi che «consistono nell'offerta di beni o servizi in un determinato mercato»; e non economici quelli che invece si pongono «fuori dal mercato». Detto altrimenti, i SIEG sono servizi che si prestano ad essere esercitati in forma imprenditoriale in regimi concorrenziali: sono, forniti dal gestore agli utenti dietro corresponsione di un corrispettivo in denaro.

La stessa giurisprudenza europea[42] precisa che si tratta, tuttavia, di una distinzione non rigida, ma di carattere «dinamico ed evolutivo», in quanto la rilevanza economica o meno di un servizio viene necessariamente a dipendere, in termini relazionali, dal grado e dal livello di sviluppo che quel particolare mercato o settore merceologico ha raggiunto in un preciso e determinato momento storico. La verifica in ordine alla sussistenza dell'interesse economico del servizio va condotta alla stregua di vari indici sintomatici, quali ad esempio le modalità imprenditoriali con cui il servizio viene gestito o erogato, lo scopo lucrativo eventualmente perseguito dal gestore, i finanziamenti pubblici eventualmente destinati alla conduzione di tali attività, nonché l'assunzione da parte del gestore dei rischi economici derivanti dalla gestione stessa del servizio. È quindi possibile che un certo servizio, oggi privo di interesse economico, possa in futuro acquisire rilievo economico, per effetto dello sviluppo tecnologico o socio economico intervenuto in quel particolare settore di attività; e parallelamente è, viceversa, possibile che un servizio possa presentare

[42] Cfr. Corte giust. CE, sent. 12 settembre 2000, *Pavlov*.

ISSN 2036-7821

oggi un rilievo economico e perderlo in futuro, per effetto di sopravvenuti mutamenti del contesto economico e sociale[43].

La distinzione tra servizi di interesse economico generale (SIEG) e servizi privi di interesse economico è destinata ad assumere un'importantissima rilevanza ai fini dell'applicazione delle norme comunitarie in materia di evidenza pubblica e di tutela dell'assetto concorrenziale dei mercati, laddove l'autorità pubblica decida, per ragioni di buon andamento gestionale interno, di non gestire interamente il servizio in proprio, ossia utilizzando le strutture logistiche presenti al suo interno, ma scelga invece di avvalersi in tutto o in parte della collaborazione di altri soggetti privati, dotati di particolari competenze tecniche o finanziarie o di strutture organizzative più adeguate e più efficienti per la gestione o l'erogazione del servizio, dando luogo a forme di c.d. Partenariato Pubblico-Privato (PPP), tra cui possono essere fatte rientrare, appunto, le società a partecipazione pubblica.

I servizi di interesse economico generale (SIEG), in quanto erogati e gestiti secondo logiche imprenditoriali di mercato, sono dal diritto europeo e dalla legislazione nazionale di recepimento assoggettati alle regole ed ai principi generali in materia di tutela della concorrenza, nonché al divieto generale di concessione degli aiuti di Stato alle imprese[44]. Il diritto europeo consente di apportare deroghe alle norme ed ai principi generali in materia di concorrenza del mercato soltanto entro i limiti in cui ciò risulti necessario ed indispensabile ad assicurare l'universalità del servizio. Il diritto europeo riconosce agli Stati membri ampia libertà nel definire quali servizi, anche di interesse economico, assumano rilevanza generale, tale da richiedere l'intervento pubblico per garantirne accessibilità ed universalità di fruizione[45]. Tuttavia, l'intervento pubblico non deve essere svolto in maniera tale da falsare indebitamente l'assetto concorrenziale del mercato interno e, pertanto, sotto tale aspetto, deve risultare proporzionato, vale a dire strettamente limitato a quanto funzionalmente necessario al perseguimento dell'interesse pubblico, e cioè per poter garantire accessibilità e universalità di fruizione del servizio stesso[46]. Le imprese

[43] A titolo esemplificativo, sulla base delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria, la Commissione Europea è giunta a qualificare come SIEG i grandi servizi "di rete" (telecomunicazioni radio televisive, servizio postale o di telefonia, trasporto pubblico, somministrazione di energia elettrica, acqua, gas, smaltimento di rifiuti, ecc.). Incertezze sono invece state ravvisate in merito ai servizi di cultura, assistenza sanitaria, istruzione e servizi sociali.

[44] CAIA, *I servizi pubblici* cit., 135.

[45] Sul punto, v. anche gli artt. 1 e 2 Prot. 26 all. al TFUE, ai sensi dei quali i valori comuni dell'UE con riguardo al settore dei SIEG» comprendono, in particolare, «il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare SIEG il più vicini possibile alle esigenze degli utenti.

[46] Cfr. Corte giust. UE, sent. 24 luglio 2003, *Altmark*, secondo cui le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico non costituiscono aiuti di Stato se sono rispettate specifiche condizioni, fra cui la previa individuazione di parametri sulla cui base viene calcolata la compensazione in modo obiettivo e trasparente, affinché si eviti che essa possa comportare un vantaggio economico atto a favorire l'impresa beneficiaria rispetto a imprese

ISSN 2036-7821

incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale sono sottoposte alle norme del Trattato, e, in particolare, al regime della concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento della specifica missione loro affidata[47]. Occorre però evitare che la situazione di vantaggio concorrenziale riconosciuta all'impresa erogatrice del servizio si estenda al di là di quanto necessario[48], perché ciò si tradurrebbe altrimenti in un'elusione del divieto di fornire aiuti di Stato alle imprese.

Più in generale, nella nozione comunitaria di SIG sono annoverabili tutti i servizi (sia quelli *market* che quelli *non market*) che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e, pertanto, assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico, vale a dire requisiti specifici imposti dalle autorità pubbliche al fornitore del servizio per garantire il conseguimento di alcuni obiettivi di interesse pubblico, ad esempio in materia di trasporti aerei, ferroviari e stradali e di energia[49]. La distinzione tra SIEG e SIG va quindi ravvisata nell'essere i primi, a differenza dei secondi, suscettibili di gestione in regime d'impresa e di mercato, sebbene entrambi attengano a bisogni primari dei cittadini. In sostanza, dal riferimento alla nozione positiva di SIEG, contenuto in alcune norme del Trattato, si è giunti ad enucleare la più ampia nozione di SIG, formalmente assente.

Le nozioni di SIG e SIEG elaborate dalla prassi e dalla giurisprudenza comunitarie sono state oggi recepite e tradotte nell'art. 2, lett. g) ed h), T.U., secondo cui i SIG vengono definiti come «le attività di produzione e fornitura di beni e servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale». In essi sono espressamente inclusi anche i SIEG, definiti come «i servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato».

---

concorrenti; l'entità della compensazione va depurata dell'eventuale presenza di inefficienze dell'impresa nella gestione o nell'erogazione del servizio e non deve eccedere quanto necessario per coprire tutti o parte dei costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto degli introiti relativi agli stessi, al netto di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di tali obblighi.

[47] In tal senso, v. il «Libro bianco sui servizi di interesse generale (SIEG)», pubblicato dalla Commissione europea il 12 maggio 2004; nonché, la Comunicazione «Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea» del 2006.

[48] In tal senso, v. anche Corte giust. CE, sent. 19 maggio 1993, *Corbeau*, la quale ha ravvisato la violazione della normativa comunitaria nel caso in cui un gestore del servizio postale abbia una esclusiva anche in relazione al servizio di posta celere.

[49] Tali obblighi possono essere imposti sia a livello comunitario che nazionale o regionale.

ISSN 2036-7821

È quindi consentita alle pubbliche amministrazioni la costituzione o la partecipazione societaria anche per i SIEG, e non solo per i servizi privi di interesse economico.

Va infine sottolineato come la norma faccia riferimento soltanto alla «produzione» del servizio, ma non anche alla sua «organizzazione e gestione», che invece sono prese in considerazione nella successiva lett. c) dell'art. 4, comma 2, T.U. Ciò sta a significare che, laddove la partecipazione societaria sia finalizzata all'organizzazione e alla gestione del servizio, la scelta del socio privato deve necessariamente avvenire attraverso il sistema della c.d. gara "a doppio" oggetto (art. 17, comma 1 e 2, T.U.), in cui cioè la partecipazione del privato è non meramente finanziaria, ma anche operativa, ossia funzionale all'effettivo affidamento della gestione e dell'organizzazione del servizio; viceversa, laddove la partecipazione societaria sia finalizzata soltanto alla produzione del servizio, la cui gestione ed organizzazione resta comunque incardinata in capo all'ente pubblico partecipante, la selezione del socio privato può, sempre nel rispetto dei principi di concorrenzialità, avvenire anche sulla base di criteri di ordine puramente finanziario. La ragione di ciò va ravvisata, probabilmente, nel fatto che solo dalla mutua compartecipazione e collaborazione alla gestione e all'organizzazione del servizio, dando luogo ad una forma di c.d. partenariato istituzionale pubblico-privato (IPPP) ed essendo, quindi, la partecipazione societaria del privato funzionalizzata allo svolgimento di compiti di natura operativa, la selezione del socio deve necessariamente avvenire in funzione delle caratteristiche tecniche oggettive del servizio da gestire e non sulla base di criteri puramente finanziari, come invece sarebbe possibile laddove la partecipazione societaria sia orientata soltanto alla produzione di un servizio sulla cui gestione ed organizzazione il socio privato non è chiamato ad interloquire o ad interagire. Fermo restando ovviamente che laddove alla partecipazione meramente finanziaria si accompagni anche l'affidamento diretto della «produzione» del servizio ed il controllo pubblico sulla società stessa, la società controllata affidataria diretta della produzione del servizio deve avere anche oggetto sociale esclusivo e deve operare in via prevalente con gli enti pubblici partecipanti o affidanti (art. 4, comma 4, T.U.), onde scongiurare che la partecipazione sociale possa restituire al socio privato un vantaggio competitivo spendibile nei confronti degli altri concorrenti di mercato. Tale vantaggio competitivo discenderebbe proprio dal fatto che il criterio di selezione del socio privato non è strumentalmente orientato in funzione dell'affidamento del servizio, ma soltanto dell'apporto di capitale, cioè al reperimento di una provvista finanziaria per la produzione di un servizio sulla cui gestione ed organizzazione, riservata all'ente pubblico, né il socio privato né la società partecipata possono interloquire o cooperare.

ISSN 2036-7821

6.segue: Progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma di amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'art. 193 D.Lgs. 50/2016.

Tale disposizione si riferisce alle società pubbliche di progetto, quali forma di partenariato pubblico/privato, che operano nell'ambito della finanza di progetto.

L'art. 193 D.Lgs. 50/2016 prevede la stipula di un accordo di programma tra soggetti pubblici e, ove opportuno, la costituzione di una società pubblica di progetto senza scopo di lucro, allorquando il progetto preliminare prevedesse, ai fini della migliore utilizzazione dell'infrastruttura e dei beni connessi, l'attività coordinata di più soggetti pubblici. Alla società pubblica di progetto sono attribuite le competenze necessarie alla realizzazione dell'opera e delle opere strumentali o connesse, nonché alla espropriazione delle aree interessate, e all'utilizzazione delle stesse e delle altre fonti di autofinanziamento indotte dall'infrastruttura. Il suo scopo è quello di garantire il coordinamento tra i soggetti pubblici volto a promuovere la realizzazione ed eventualmente la gestione dell'infrastruttura, e a promuovere altresì la partecipazione al finanziamento.

7. segue: Realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'art. 180 D.Lgs. 50/2016, con un imprenditore privato, selezionato con le modalità di cui all'art. 17, comma 1 e 2, T.U.

Le società a partecipazione pubblica sono annoverate tra le forme più comuni e diffuse di partenariato pubblico-privato (PPP)[50], ed in particolare tra le forme di partenariato c.d. istituzionali (IPPP)[51] e la loro utilizzabilità, quali canali di finanziamento di interventi pubblici alternativi a quelli tradizionali, è stata anch'essa oggetto di ripetuti interventi legislativi nazionali restrittivi, in funzione

[50] Il contratto di partenariato pubblico privato (PPP) è dall'art. 3 lett. eee) D. Lgs. 50/2016 definito come «il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore». Il contratto può avere ad oggetto anche la progettazione di fattibilità tecnico ed economica e la progettazione definitiva delle opere o dei servizi connessi (art. 180 D. Lgs. 50/2016).

[51] Il IPPP è definito dalla prassi comunitaria come una cooperazione tra parte pubblica e soggetto privato alla realizzazione di un interesse pubblico, che implica la costituzione di un soggetto a capitale misto, che esegue appalti o concessioni pubblici; ma l'apporto privato deve consiste anche nella partecipazione attiva all'esecuzione del progetto, sicché, non sono IPPP le partecipazioni consistenti in semplici apporti di capitale fatti da investitori privati. Per maggiori approfondimenti, v. *infra*, *sub* art. 17 T.U.

ISSN 2036-7821

dell'esigenza di garantire il mantenimento dell'assetto concorrenziale dei mercati ed il contenimento della spesa pubblica[52].

La formulazione della disposizione in questione[53] costituisce la cristallizzazione legislativa della tortuosa evoluzione giurisprudenziale e dottrinale sviluppatasi nell'ultimo ventennio con riferimento alla legittimità comunitaria degli affidamenti diretti effettuati a favore di società a partecipazione mista, ove, anche in assenza dei requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la configurabilità del c.d. *in house providing*[54], il socio privato sia stato comunque selezionato attraverso il previo esperimento di procedure di evidenza pubblica.

Fermo restando l'obbligo di selezionare il socio privato a mezzo di procedure di evidenza pubblica[55], il principale problema postosi sotto il vigore dell'originario quadro normativo era quello relativo alla necessità o meno di espletare un'ulteriore gara per l'affidamento del contratto: ci si chiedeva cioè se fosse necessaria l'indizione di due gare, una per la scelta del socio e l'altra per l'affidamento del contratto[56] ovvero se, invece, la gara espletata a monte per la scelta del socio privato, fosse sufficiente a legittimare l'affidamento diretto alla neocostituita società mista[57].

Inizialmente si era giunti ad affermare che, a prescindere dalla loro natura privatistica o pubblicistica, le società a partecipazione pubblica, pur essendo soggetti formalmente terzi rispetto alla P.A., in sostanza ne avrebbero rappresentato organi, propaggini organizzative, seppur dotate di autonoma personalità giuridica di diritto privato, purché però la P.A. ne avesse il controllo ed esercitasse sugli stessi una pregnante influenza. Secondo tale ricostruzione[58], una volta costituita la società mista, si sarebbe potuto procedere ad affidamento diretto del servizio (o dell'appalto), se non altro perché, altrimenti, la stessa procedura di gara per la scelta del socio privato e la successiva costituzione della società mista non avrebbe avuto

---

[52] Sul punto, v. MUSSELLI, *Affidamento diretto dei servizi a società a prevalente capitale pubblico locale e principi comunitari di concorrenza*, in *Foro amm.-TAR*, 2003, 2175 ss.; DE NICTOLIS, *Le società* in house *e miste*, in DE NICTOLIS-CAMERIERO, *Le società pubbliche* in house *e miste*, Milano, 2008, 38 ss.

[53] Nella quale è parzialmente confluito il contenuto dell'art. 116 TUEL (espressamente abrogato dall'art. 29 T.U.), che prevede la possibilità, per gli enti locali, di costituire apposite società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria, anche in deroga ai vincoli derivanti da disposizioni di legge specifiche, per l'esercizio di servizi pubblici privi di rilevanza economica e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio, nonché per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico, che non rientrino, ai sensi della vigente legislazione statale e regionale, nelle competenze istituzionali di altri enti.

[54] I connotati e l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale dell'istituto dell'*in house providing* verranno approfonditi *infra*, *sub* art. 16 T.U.

[55] Cons. St., Sez. V, sent. 4 marzo 2008 n. 889, in *Urb. e app.*, 2008, 1132 (con nota di BALDI, *Principio generale della gara e scelta del socio privato*).

[56] In tal senso, v. Cons. giust. amm. Sicilia, sent. 27 ottobre 2006, n. 589; TAR Lombardia, Brescia, sent. 4 aprile 2001, n. 222, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 1127 (con nota di DUGATO, *L'affidamento diretto di servizi a società con partecipazione pubblica locale minima*).

[57] In tal senso, Cons. St., Sez. V, sent. 13 dicembre 2005, n. 7058.

[58] Cass. civ., SS.UU., sent. n. 6 maggio 1995, n. 4989, *Siena Parcheggi*.

ISSN 2036-7821

alcun senso[59]. Era del resto fin da subito apparso contraddittorio che l'ente locale decidesse di optare per la costituzione di una società di capitale, bandendo apposita gara per la scelta del socio privato (il quale oltretutto non avrebbe avuto alcun interesse a parteciparvi se non in vista del futuro affidamento del servizio), senza che poi a questa società, una volta costituita, non potesse essere direttamente affidata la gestione del servizio, dovendosi perciò al riguardo procedere all'indizione di un'ulteriore gara[60].

Quest'orientamento era però divenuto insostenibile allorquando, a partire dal 1999, con la celeberrima sentenza *Teckal*, la Corte di giustizia UE[61] iniziò a definire in maniera molto più restrittiva e stringente i contorni ed i requisiti del c.d. *in house providing* (v. *infra*), giungendo ad affermare che la partecipazione azionaria (anche maggioritaria) non è da sola sufficiente a qualificare l'organismo societario come mera articolazione interna dell'ente pubblico partecipante, necessari essendo a tal fine i due noti requisiti dell'esercizio da parte della P.A. sulla società di un controllo analogo[62] a quello da essa esercitato sui propri organi e dello svolgimento da parte della società della propria attività prevalentemente con la P.A. di appartenenza[63]. Solo con la congiunta presenza di questi due presupposti viene meno la duplicità delle soggettività e, quindi, delle volontà contrattuali; e pertanto, la P.A. può essere esonerata dal rispetto delle procedure negoziali di evidenza pubblica per l'affidamento dell'appalto o del servizio. In particolare, per aversi controllo analogo sarebbe necessaria una relazione di subordinazione gerarchica, sotto il profilo strutturale, gestionale e finanziario, talmente pervasiva da atteggiarsi a vero e

[59] Tale tesi appariva confermata dallo stesso tenore letterale dell'art. 22 L. 142/90 (poi art. 113 TUEL), che sembrava configurare l'affidamento diretto del servizio alla società a capitale misto, appositamente costituita, quale conseguenza naturale della scelta di avvalersi del modello societario.

[60] Cons. St., Sez. V, sent. 6 maggio 2002, n. 2418, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2002, 1231 (con nota di CAIA, *La società a prevalente capitale pubblico locale come formula organizzativa di cooperazione tra Comuni*); TAR Toscana, Sez. II, sent. 4 ottobre 2002, n. 2366, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1061 (con nota di GIOMI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante forme associate: l'affidamento diretto a società per azioni multicomunali maggioritarie, fra diritto interno e diritto comunitario*); TAR Piemonte, Sez. II, sent. 14 ottobre 1999, n. 529, in *Nuove aut.*, 2000, 695 (con nota di PALMISANO, *Le società miste con compartecipazione pubblica minoritaria fra affidamento diretto del servizio pubblico locale e pubblica gara*); TAR Sicilia, Catania, Sez. II, sent. 14 luglio 2000, n. 1772.

[61] Corte giust. CE, sent. 18 novembre 1999, *Teckal*. Nella pronuncia vengono sviluppate argomentazioni già contenute, a livello embrionale, in Corte giust. CE, sent. 10 novembre 1998, *Arnhem* ed in Id., sent. 9 settembre 1999, *Risan*.

[62] Sulle implicazioni sistematiche del requisito del c.d. "controllo analogo", v. VARANI, *L'*in house providing*: il concetto di "controllo analogo" tra disciplina comunitaria e normativa interna*, in www.lexitalia.it, 2008.

[63] Il requisito in questione è richiesto al fine di evitare che i vantaggi finanziari derivanti dall'attività con i soci pubblici vengano impiegati sul mercato per attività con soggetti privati: Corte giust. UE, sent. 11 maggio 2006, *Carbotermo e Alisei*, in *Foro it.*, 2006, IV, 510 (con nota di URSI, *Brevissime considerazioni sul vincolo di destinazione dell'attività delle società* in house); in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 841 (con nota di LACAVA, In house providing *e tutela della concorrenza*); in *Urb. e app.*, 2006, 1047 (con nota di LOTTI, *Corte di giustizia e involuzione dell'*in house providing); nonché, Cons. giust. amm. Sicilia, Sez. giur., sent. 4 settembre 2007 n. 719, in *Urb. e app.*, 2008, 211 (con nota di COLOMBARI, *Il modello* in house providing *tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*).

ISSN 2036-7821

proprio rapporto di delegazione interorganica tra P.A. e società: il solo controllo "sull'attività" non è né necessario, né sufficiente; occorre un controllo strutturale su tutto l'apparato organizzativo e gestionale dell'ente. La giurisprudenza comunitaria giunse persino ad escludere che una partecipazione pubblica totalitaria potesse essere da sola sufficiente a garantire tale controllo analogo[64]: le prerogative della

[64] Tale aspetto è stato ben evidenziato da Corte Giust CE, 11 gennaio 2005, *Stadt Halle*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2005, 666 (con nota di SCOTTI, *Le società miste tra* in house providing *e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*); in *Foro it.*, 2005, IV, 134 (con nota di URSI, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è "casa" per le società a capitale misto*); in *Gior. dir. amm.*, 2005, 271 (con nota di GUCCIONE, *L'affidamento diretto di servizi a società mista*); in *Urb. e app.*, 2005, 288 (con nota di DE NICTOLIS, *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti* in house *e a società miste*); ed in *Giur. comm.*, 2007, II, 63 (con nota di OCCHIOLUPO, *L'ordinamento comunitario, gli affidamenti* in house *e il nuovo diritto societario*) che, con riferimento alle società per azioni a partecipazione pubblica, ha ritenuto configurabile l'istituto dell'*in house providing* (e, quindi, legittimo l'affidamento diretto senza gara) soltanto a condizione che l'ente societario presenti una partecipazione pubblica originaria e totalitaria. Nello stesso senso, v. anche Corte giust. CE, Sez. I, sent. 21 luglio 2005, *Consorzio CONAME*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2005, 2004 (con nota di GAVERINI, *Nuove precisazioni in tema di* in house providing e *di "controllo" sulla partecipazione, non meramente simbolica, degli enti al capitale delle società che gestiscono pubblici servizi*); in *Foro it.*, 2006, I, 76 (con nota di URSI, La *Corte di giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società* in house); nonché, Id., sent. 18 gennaio 2007, *Jean Auroux*). E ancor più rigoroso è stato l'orientamento espresso da Corte giust. UE, sent. 13 ottobre 2005, *Parking Brixen*, in *Giust. amm.*, 2005, 1061 (con nota di CLARIZIA, *La Corte suona il* de profundis *per l'*in house); in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1915 (con nota di GOISIS, *I giudici comunitari negano la "neutralità" delle società di capitali (anche se) in mano pubblica totalitaria e mettono in crisi l'affidamento* in house *di servizi pubblici locali*); in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2006, 44 (con nota di GILBERTI, In house providing*: questioni vecchie e nuove* e di CALZOLARO, *S.p.a. in mano pubblica e* in house providing*. La Corte di giustizia CE torna sul controllo analogo: un'occasione perduta?*); in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 133 (con nota di PIPERATA, *L'affidamento* in house *nella giurisprudenza del giudice comunitario*); ed in *Urb. e app.*, 2006, 31 (con nota di LOTTI, *Concessioni di pubblici servizi, principi dell'*in house providing *e situazioni interne*) (ribadita anche da Corte giust. UE, sent. 6 aprile 2006, *Enav*), la quale aveva escluso la configurabilità del controllo analogo persino laddove la partecipazione pubblica totalitaria non fosse stata accompagnata, tra l'altro, anche dall'impossibilità di ampliare l'aggetto sociale, di cedere il pacchetto azionario o di partecipare al capitale di altre società. In termini analoghi, Cons. St., Ad. Pl., sent. 3 marzo 2008, n. 1 aveva affermato che la partecipazione pubblica totalitaria è condizione necessaria ma non sufficiente per la sussistenza del controllo analogo, dovendo altresì lo statuto dell'ente contenere anche apposite clausole volte ad escludere espressamente ogni possibile futura cessione di quote del capitale sociale a terzi soggetti privati e a riconoscere in capo all'azionista pubblico poteri più ampi rispetto a quelli che ordinariamente spetterebbero a qualsiasi altro azionista (anche unico) privato. Non solo. Corte giust., sent. 11 maggio 2006, in causa c-340/04 era giunta addirittura ad escludere il controllo analogo anche nell'ipotesi in cui la totalità del pacchetto azionario sia detenuta, anziché direttamente dall'ente pubblico, indirettamente da una s.p.a., anch'essa assoggettato al controllo analogo dell'ente stesso. E ciò perché tale forma di partecipazione azionaria potrebbe comunque andare ad indebolire il controllo esercitabile dalla P.A. sulla società affidataria; ma *contra*, v. successivamente Corte giust. UE, Sez. II, sent. 19 aprile 2007, *Tragga*, in *Urb. e app.*, 2007, 1479 (con nota di CARANTA, *Dodo, Rondine o Fenice: quale futuro per l'*in house?); Id., sent. 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*. La rigidità di questo orientamento venne però smussata da Corte giust. UE, Sez. II, sent. 10 novembre 2009, *SETCO*, secondo cui una certa apertura al capitale privato non sembra possa escludere la sussistenza del controllo analogo ed il conseguente affidamento diretto: la presenza di soci privati nel capitale sociale che non abbia alcuna influenza su atti e decisioni rilevanti per la società *in house*, non dovrebbe di per sé escludere la sussistenza del controllo analogo da parte degli enti pubblici, soci maggioritari. Tale più mite orientamento era stato infine recepito e cristallizzato dall'art. 12, comma 3, Dir. 24/2014/UE e dall'art. 17, comma 1, lett. b) Dir. 23/2014/UE, ammettendo «forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto», né «un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata». Tali disposizioni sono state recepite ed attuate dall'art. 16 T.U. (v. *infra*).

ISSN 2036-7821

P.A. sulla *governance* societaria non possono essere solo quelle che competerebbero a qualsiasi azionista privato, anche unico; il controllo analogo richiede una vera e propria relazione interorganica, che si estrinseca in penetranti ed assorbenti poteri di ingerenza, *sub specie* di direzione, coordinamento, supervisione su tutta la gestione e l'attività dell'ente medesimo; solo così la società può essere considerata propaggine organizzativa esterna della P.A. e, quindi, l'obbligo di gara escluso[65].
In sostanza, il controllo analogo è qualcosa di molto più pervasivo ed incisivo della mera influenza dominante che, in base alla ordinaria disciplina civilistica, il socio di maggioranza è in grado di esercitare sulla compagine sociale, necessario essendo che la partecipazione societaria sia accompagnata anche da un vero e proprio potere di comando da parte del socio pubblico sulle scelte imprenditoriali e sulla politica aziendale dell'intero ente societario, esorbitante rispetto a quelli immanentemente connaturati alla partecipazione azionaria, fosse pure quella dell'azionista unico, ed assimilabile a quello della subordinazione gerarchica.
In tutti gli altri casi, viene meno il requisito del controllo analogo, e la stazione appaltante è tenuta all'evidenza pubblica.
Alla luce degli orientamenti espressi dalla giurisprudenza comunitaria, quindi, si era giunti ad affermare che, siccome la mera partecipazione pubblica al capitale sociale non sarebbe, di per sé, sufficiente ad escludere l'autonomia soggettiva dell'ente societario, trattandosi di soggetti terzi rispetto alla P.A., l'affidamento diretto contrasterebbe ormai irrimediabilmente con gli obblighi comunitari di evidenza pubblica[66], anche in considerazione del fatto che, sebbene il socio privato fosse stato scelto mediante procedure di evidenza pubblica, i criteri con cui egli viene selezionato non coincidono con quelli di selezione del contraente affidatario dell'appalto o del servizio: mentre il socio viene scelto secondo criteri di affidabilità economico-finanziaria, l'affidatario dell'appalto o del servizio viene invece scelto il base alle capacità tecnico-operative necessarie all'adempimento della prestazione richiesta.
In senso contrario si era però obiettato che, se la società nasce con quella specifica missione, la capacità imprenditoriale ed operativa viene già presa in considerazione nel momento stesso in cui viene indetta la gara per la scelta del socio privato[67]. E

[65] Sull'assenza di un'alterità soggettiva tra ente pubblico controllante e società *in house*, v. di recente anche Corte cost., sent. 20 marzo 2013, n. 46.

[66] Cons. giust. amm., Sicilia, sent. 27 ottobre 2006, n. 589; TAR Piemonte, Sez. II, sent. 4 giugno 2007, n. 2539.

[67] Cons. St., Sez. V, sent. 13 dicembre 2005, n. 7058, in *Urb. e app.*, 2006, 586 (nota di GOSO, *Modelli di gestione dei servizi pubblici locali: affidamento mediante gara pubblica e* in house providing); Id., sent. 30 aprile 2002, n. 2297, in *Foro it.*, 2002, III, 553 (con nota di SCOTTI, *Osservazioni a margine di società miste e servizi pubblici locali*) ed in *Riv. trim. app.*, 2002, 776 (con nota di GUIDARELLI, *Le società multicomunali per la gestione dei servizi pubblici locali. Tutela della concorrenza e "qualità" della partecipazione pubblica locale*); Id., sent. 1 marzo 2003, n. 1145; Id., sent. 18 settembre 2003, n. 5316, in *Urb. e app.*, 2003, 1417 (con nota di MAMELI, *Affidamenti* in house *e libera concorrenza*).

ISSN 2036-7821

pertanto, l'obbligo di gara sarebbe stato configurabile solo per affidamenti ulteriori rispetto a quello per il quale fu inizialmente operata la scelta del socio privato[68].
L'opinione giurisprudenziale prevalente[69] si attestò su un orientamento intermedio, proponendo la distinzione tra socio meramente finanziario e socio d'opera. L'affidamento diretto a società mista sarebbe stato compatibile con il diritto comunitario nella misura in cui la scelta del socio privato non fosse ispirata a criteri di natura prettamente economica o finanziaria, ma fosse finalizzata all'individuazione del soggetto privato maggiormente idoneo allo svolgimento di quella particolare missione che la società sarebbe stata chiamata poi a realizzare. In altri termini, non solo la scelta del socio privato deve rispondere a criteri non meramente finanziari ma operativi, che tengano conto delle competenze tecniche richieste per l'erogazione di quel particolare servizio per cui la società viene costituita, ma l'affidamento diretto può avere ad oggetto solo quel singolo e particolare servizio per il quale la società è stata originariamente costituita e per il quale il socio privato è stato scelto. Deve cioè trattarsi non di un mero socio finanziario, ma di un vero e proprio socio di lavoro, un socio industriale o d'opera. Solo in questo caso sarebbe stata ravvisabile quella stretta connessione tra la scelta del socio e l'affidamento del servizio, tale per cui la società si sarebbe venuta a configurare quale mero strumento operativo per attuare la collaborazione col privato. Deve trattarsi inoltre di un affidamento a tempo determinato, al termine del quale si procederà ad una nuova gara. Pertanto, secondo tale orientamento, l'affidamento diretto a società mista sarebbe legittimo alle seguenti condizioni: la scelta del socio privato non deve essere condotta secondo criteri di natura meramente finanziaria; sia adeguatamente motivata la scelta di tale modulo organizzativo; il socio privato deve apportare un contribuito non meramente finanziario, ma concretamente operativo ed organizzativo; sia ragionevolmente determinata la durata del rapporto sociale[70].

---

[68] DE NICTOLIS, *Società* cit., 41.

[69] In tal senso, Cons. St., Sez. II, par. 18 aprile 2007, n. 456, in *App. e contr.*, 2007, 1377 (con nota di CAPACCI-MORETTI, *Il requisito del "controllo analogo" nella gestione dei servizi pubblici locali. Aspetti interpretativi del vincolo di subordinazione*); in *Dir. e prat. amm.*, 2007, n. 6, 10 (con nota di ATELLI, *Società miste: sì all'*in house *se il socio è "d'opera o di lavoro"*; in *Foro it.*, 2007, III, 611 (con nota di SIMONETTI, *Recenti orientamenti in tema di società miste*); in *Urb. e app.*, 2007, 984 (con nota di GIOVANNELLI, *Verso il tramonto degli affidamenti diretti*); V. pure URSO, *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti* in house, in *Urb. e app.*, 2006, 1420 ss. Tale orientamento venne poi ribadito da Cons. St., Sez. V, sent. 26 agosto 2009, n. 1345; Id., sent. 3 febbraio 2009, n. 591; Cons. St., Sez. VI, sent. 16 marzo 2009, n. 1555. In forma dubitativa, la stessa soluzione era stata adombrata anche da Cons. St., Ad. Pl., sent. 3 marzo 2008, n. 1, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1126 (con nota di PIPERATA, *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna dell'incertezza*); in *Dir. e prat. amm.*, 2008, 4, 10 (con nota di SCOCA, *Gli affidamenti diretti sotto la scure del giudice amministrativo*); ed in *Urb. e app.*, 2008, 1008 (con nota di ROTIGLIANO, *Le società miste secondo la plenaria e la Corte europea*).

[70] Maggiori approfondimenti in DE NICTOLIS, *Gli elementi connotanti le società miste*, in DE NICTOLIS-CAMERIERO, *Le società pubbliche* in house *e miste*, Milano, 2008, 172 ss.

ISSN 2036-7821

Tale orientamento ricevette l'avallo anche della giurisprudenza comunitaria[71], la quale riconobbe la compatibilità con i principi comunitari degli affidamenti diretti a favore di società a partecipazione pubblica, a condizione che: la società sia stata appositamente costituita per l'espletamento di quel solo determinato affidamento; che tale affidamento presenti rilevanza economica; che la società in questione abbia un oggetto sociale esclusivo, non suscettibile di ampliazione mediante successive modifiche statutarie; che il socio privato sia chiamato a svolgere compiti di natura "industriale" ed "operativa", e non meramente finanziaria; che tale socio sia selezionato mediante una procedura di evidenza pubblica, previa verifica sia dei requisiti finanziari e tecnici che di quelli propriamente operativi e gestionali riferiti al servizio da svolgere e alle specifiche prestazioni da fornire (c.d. gara "a doppio oggetto"); che l'affidamento sia a tempo determinato; e che la durata dell'affidamento sia circoscritta entro ragionevoli limiti di tempo.

In ultima analisi, la giurisprudenza comunitaria e nazionale era pervenuta a ritenere che, in assenza dei presupposti dell'*in house providing*, l'affidamento diretto può essere considerato legittimo soltanto laddove la società mista rappresenti null'altro che una modalità organizzativa con cui la P.A. controlla e rafforza la propria influenza sull'affidamento disposto, con gara, al socio operativo della società, monitorandone dall'interno la gestione, nel senso cioè che il socio privato, oltre a dover essere scelto con gara, deve necessariamente essere coinvolto nell'esecuzione operativa del contratto oggetto di affidamento e non deve quindi trattarsi di una partecipazione di natura puramente finanziaria (c.d. gara "a doppio oggetto").

Restava aperto però il problema relativo alla necessità o meno di un'espressa autorizzazione legislativa affinché la P.A. potesse utilizzare il modello della società mista[72] o se, invece, una tale facoltà fosse implicitamente connaturata ai più o meno ampi margini di autonomia organizzativa riconosciuti a qualsiasi ente pubblico, nonché alla loro capacità negoziale di diritto privato, che li legittimerebbe a stipulare, anche in assenza di espressa indicazione legislativa, qualsiasi tipologia di contrattuale, purché compatibile con le finalità istituzionali assegnategli dalla legge[73].

Ed infatti, mentre l'orientamento comunitario considera la società mista, al pari dell'*in house providing*, modello organizzativo perfettamente alternativo ed equipollente all'esternalizzazione tramite gara a soggetti terzi, reputando entrambi i modelli organizzativi ininfluenti ai fini del rispetto delle norme e dei principi comunitari in materia di concorrenza, viceversa, la giurisprudenza amministrativa

[71] Corte giust. UE, sent. 15 ottobre 2009, *Acoset*, in *Urb. e app.*, 2010, 43 (con nota di VOLPE, *La Corte CE continua la rifinitura dell'*in house. *Ma il diritto interno va in controtendenza*). Nello stesso senso si era espressa anche Comm. UE, com. 5 febbraio 2008, sulle forme di IPPP.

[72] In tal senso, Cons. St., Sez. VI, sent. 16 marzo 2009, n. 1555.

[73] In tal senso, Cons. St., Sez. V, ord. 23 ottobre 2007, n. 5587.

ISSN 2036-7821

nazionale richiedeva una motivazione specifica per il ricorso alla società mista rispetto all'affidamento a terzi tramite gara. E ciò in ragione del fatto che, come già ricordato, nel corso degli ultimi anni si era assistito ad un fenomeno di creazione indiscriminata e spesso immotivata di organismi societari (soprattutto da parte delle amministrazioni territoriali), non di rado ispirato esclusivamente da intenti elusivi delle forme di controllo pubblicistico esterno sulla spesa pubblica.

Oltretutto, tali organismi societari, nella misura in cui possono beneficiare di affidamenti diretti di commesse pubbliche, creando un'area di esclusiva immune ai meccanismi e alle dinamiche concorrenziali di mercato, si traducono anche in un ostacolo, soprattutto nel settore dei servizi pubblici (c.d. *pubblic utilities*), alle politiche economiche di liberalizzazione e di apertura concorrenziale dei mercati e, quindi, la loro indiscriminata proliferazione viene anche percepita come un freno alla crescita e alla competitività del sistema economico[74].

Sicché, come già ricordato, a partire dal 2008, specie con l'aggravarsi della crisi economica e finanziaria e con i sempre più stringenti limiti finanziari alle politiche di bilancio nazionali imposti dall'Unione europea attraverso il Patto di stabilità, il legislatore è intervenuto a più riprese proprio per limitare la possibilità per le amministrazioni di ricorrere alla creazione di questi organismi societari quale mezzo per adempiere ai loro compiti istituzionali[75].

Ed anche la giurisprudenza costituzionale[76] aveva maturato al riguardo un orientamento particolarmente restrittivo, giungendo ad affermare che, siccome anche la legislazione regionale è tenuta a rispettare i principi di imparzialità e buon andamento dell'azione e dell'organizzazione amministrativa ex art. 97 Cost., la scelta di un'amministrazione territoriale di avvalersi di una società di capitali a partecipazione mista o alla creazione di un organismo *in house* per lo svolgimento delle proprie funzioni o l'erogazione dei propri servizi potesse essere considerata legittima solo laddove ciò rispondesse ad effettive e concrete esigenze di carattere organizzativo, tenuto anche conto dei relativi oneri finanziari.

Con specifico riferimento all'affidamento della gestione e dell'organizzazione dei servizi pubblici locali, la possibilità di ricorrere alla creazione o alla partecipazione in organismi societari da parte degli enti locali, originariamente sancita dagli artt. 22 L. 142/90 e 113 TUEL, era stata notevolmente limitata dall'art. 23-*bis* D.L. 112/2008

---

[74] GOISIS, *I limiti all'attività* extra moenia *delle società miste locali. Qualche riflessione critica alla luce del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 560 ss.

[75] È già stato ricordato (v. *supra*) che l'art. 3, comma 27 ss., L. 244/2007 ha vietato alle amministrazioni di costituire o partecipare in società per finalità non strettamente necessarie alle proprie funzioni istituzionali, espressamente eccettuando quelle costituite per la gestione di servizi di interesse generale o di committenza. Ulteriori restrizioni erano state introdotte anche ad opera dell'art. 14, comma 32, D.L. 78/2010 (conv., in L. 122/2010) che ha vietato la costituzione o la partecipazione in società di capitale per i Comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti, imponendo la dismissione di quelle già esistenti.

[76] Corte cost., sent. 277/2005 e 29/2006.

ISSN 2036-7821

(conv. in L. 133/2008, successivamente modificato dall'art. 15 D.L. 135/2009[77] ed attuato dal D.P.R. 168/2010)[78], al dichiarato scopo di «favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza»: mentre l'affidamento *in house* veniva consentito, in alternativa all'esternalizzazione, soltanto laddove ricorressero «situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettessero un efficace e utile ricorso al mercato», sempre purché «nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria» e dando adeguata e pubblicizzata motivazione della scelta, «in base ad un'analisi del mercato», accompagnata da una relazione tecnica, da trasmettere all'AGCM e all'autorità di regolazione del settore, ove costituite, chiamate a verificarne la correttezza», l'affidamento diretto a società mista era invece contemplato come modalità ordinaria, alternativa alla gara pubblica, senza particolari motivazioni, purché la gara per la scelta del socio privato avesse ad oggetto sia la qualità di socio, sia l'attribuzione dei «compiti operativi connessi alla gestione del servizio» (c.d. "gara a doppio oggetto"), e purché al socio privato venisse attribuita una partecipazione non inferiore al 40% (al fine di rendere la partecipazione appetibile per il privato e favorire la progressiva liberalizzazione del settore)[79]. Infine, anche alle società miste affidatarie dirette di servizi pubblici locali veniva esteso il divieto (già introdotto dall'art. 13 D.L. 223/2006 per le società strumentali: v. *infra*) di partecipare a gare o di acquisire la gestione di servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi, oppure di svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, direttamente o tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, a meno che non si tratti di società quotate in mercati regolamentati (c.d. divieto di *extra moenia* o di cumulo di attività).

In sostanza, gli interventi legislativi del 2008 e del 2009 avevano inteso limitare il più possibile l'uso di forme di affidamento diretto non concorrenziale della gestione di servizi pubblici che, in ragione della loro rilevanza economica, fossero appetibili sul mercato e potessero influenzare i rapporti concorrenziali tra i vari operatori economici di quello specifico settore merceologico[80]. In virtù del principio di

[77] Maggiori approfondimenti in GILIBERTI-PERFETTI-RIZZO, *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del D.L. 135/2009*, in *Urb. e app.*, 2010, 257 ss.; SCARAFIOCCA, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2010.

[78] Su cui v. DELLO SBARBA, *Il regolamento attuativo in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in *Urb. e app.*, 2011, 22 ss.

[79] Reputata costituzionalmente legittima da Corte cost., sent. 17 novembre 2010, n. 325 in ragione della sua ratio pro-concorrenziale (v. *supra*). Ma in senso critico, sul punto, v. URBANO, *Le società* cit., 40. Ci si chiedeva però se fosse possibile una partecipazione privata superiore al 50% e, in caso affermativo, quali potessero essere gli eventuali strumenti di controllo sulla gestione da parte del socio pubblico.

[80] Il legislatore mostrava in questo modo di voler assegnare alle amministrazioni pubbliche locali il compito non tanto di gestione attiva dell'erogazione del servizio (c.d. *producer*), quanto piuttosto quello di autorità pubblica preposta alla regolazione, al controllo e alla vigilanza del servizio (c.d. *provider*) nell'interesse della comunità locale, come del resto messo in evidenzia dall'attenzione con cui era stato disciplinato il contenuto dei contratti di

ISSN 2036-7821

sussidiarietà orizzontale (art. 118 Cost.), la P.A. è chiamata ad intervenire nella gestione e nell'erogazione diretta del servizio solo laddove i meccanismi di mercati non siano in grado, attraverso l'interazione tra domanda ed offerta, di soddisfare le esigenze pubblicistiche di qualità, accessibilità ed universalità delle prestazioni, secondo criteri di valutazione essenzialmente politici e legati alla situazione sociale, culturale ed economica che contraddistingue il particolare e necessariamente contingente momento storico[81].

La disciplina introdotta dall'art. 23-*bis* D.L. 112/2008 e s.m.i. era stata reputata costituzionalmente legittima[82] anche nella parte in cui poneva limitazioni a tutela della concorrenza più restrittive rispetto a quelle imposte dall'ordinamento comunitario in tema di affidamento diretto della gestione di servizi pubblici: se è vero che una normativa nazionale più restrittiva non è imposta dal diritto comunitario, è anche vero però che non per questo essa debba considerarsi vietata; la normativa comunitaria impone soltanto delle misure minime ed indefettibili di tutela della concorrenza, vietandone la deroga ad opera delle legislazioni nazionali; ma non preclude ai singoli Stati di introdurre normative più incisive. La tutela della concorrenza è cioè materia di competenza legislativa esclusiva statale (art. 117 Cost.) non solo sotto il profilo statico, ossia di misure volte a garantire che la concorrenzialità del mercato non venga inquinata; ma anche sotto il profilo dinamico, ossia di misure volte ad incrementare il livello di concorrenzialità del mercato stesso, con il solo limite della ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità dell'intervento statale[83].

Maggiori critiche aveva invece sollevato l'estensione del divieto di extraterritorialità anche alle società miste: se è vero che l'affidamento a società mista con partecipazione privata di carattere non puramente finanziaria e con socio scelto mediante procedure di gara a c.d. "doppio oggetto" viene a configurarsi, anche per il diritto comunitario, come modello organizzativo perfettamente equipollente, sotto il profilo del rispetto dei principi concorrenziali, all'esternalizzazione verso terzi, non si vede per quale ragione debba a tali società miste essere esteso il divieto di extraterritorialità, che invece appare giustificato in termini pro-concorrenziali soltanto con riferimento alle società *in house* ai fini della configurabilità del requisito

servizio e delle carte dei servizi pubblici, che gli affidatari sono tenuti ad adottare (cfr. STADERINI- CARETTI-MILAZZO, *Diritto degli enti locali*, Padova, 2011, 275).

[81] In questo modo, mano a mano che il servizio viene liberalizzato, il provvedimento di affidamento tende progressivamente ad assumere la fisionomia dell'atto autorizzatorio, finalizzato a verificare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti tecnici affinché il gestore possa correttamente essere ritenuto idoneo all'erogazione del servizio e a regolarne le modalità di svolgimento, in sostituzione dell'atto concessorio, al fine di garantire il rispetto degli obblighi di servizio e dei livelli essenziali delle prestazioni.

[82] Corte cost., sent. 17 novembre 2010, n. 325.

[83] Cfr. anche Corte cost., sent. 20 marzo 2013, n. 46.

ISSN 2036-7821

della c.d. "attività prevalente"[84]: estendere anche alle società miste (oltre che a quelle *in house*) con socio operativo (scelto mediante gara a doppio oggetto) il divieto di extraterritorialità (e/o cumulo di attività) si presentava come irragionevolmente ed immotivatamente limitativo dell'autonomia organizzativa dell'ente pubblico, in quanto non imposto dai principi comunitari in materia di tutela della concorrenza ed in quanto trattasi di forma di affidamento perfettamente sovrapponibile ed equiparabile all'esternalizzazione a terzi mediante gara. Tale anomalia venne dapprima corretta dall'art. 9, comma 2, lett. h), i) e l) L. 183/2011, che modificò la norma escludendo dal divieto di extraterritorialità (o cumulo di attività) le società miste regolarmente costituite secondo il modello della gara a doppio oggetto; e poi risolto in radice per effetto della declaratoria d'incostituzionalità che ha colpito l'art. 4 D.L. 138/2011 (v. *infra*).

Gli interventi legislativi varati a cavallo tra il 2008 ed il 2009 avevano tuttavia fatto paventare, a livello politico, il rischio che la drastica accelerazione imposta al processo di privatizzazione dei servizi pubblici locali potesse comportare una grave alterazione del già delicato equilibrio tra le esigenze di tutela dell'utenza e quelle di garanzia e promozione dell'assetto concorrenziale del mercato delle *pubblic utilities*[85]. L'intento dei promotori del *referendum* era quello di ottenere la "ripubblicizzazione" di alcuni servizi ritenuti di vitale importanza per la collettività, sottraendoli quindi alle regole del mercato concorrenziale, per riservarli alla inderogabile gestione della mano pubblica, senza alcuna possibilità di partecipazione di soggetti privati[86].

Ma a dispetto delle intenzioni referendarie[87], tale effetto non si produsse. L'esito positivo del *referendum* ha infatti determinato l'integrale abrogazione dell'art. 23-*bis* cit. e l'abrogazione derivata del successivo regolamento attuativo D.P.R. 168/2010.

Sicché, venute meno le stringenti limitazioni e condizionamenti contenuti nell'art. 23-*bis* cit., l'ente pubblico avrebbe riacquistato, alla luce della disciplina comunitaria (ed in particolare sul PPP), la possibilità di scegliere discrezionalmente tra la gestione *in house* del servizio pubblico, l'esternalizzazione a terzi mediante gara ovvero affidamento diretto a società "mista" il cui socio (d'opera) fosse stato scelto

[84] In tal senso, cfr. Cons. St., Sez. V, sent. 11 aprile 2011, n. 2222.

[85] Era stata sollevata la preoccupazione che un frettoloso processo di liberalizzazione potesse comportare il rischio di creazione di perniciose forme di oligopolio da parte delle imprese economicamente più forti e dominanti sul mercato, specie con riferimento a servizi pubblici di carattere primario per la collettività, quale ad esempio il servizio idrico integrato. L'art. 23-*bis* D.L. 112/08 (come mod. dall'art. 15 D.L. 135/09) era stato allora assoggettato a *referendum* abrogativo, nel timore che l'obbligo di partecipazione privata superiore al 40% potesse dar luogo a forme surrettizie di privatizzazione di servizi locali di natura essenziale, quale appunto il servizio idrico, imponendo agli enti locali l'obbligo di dismissione parziale del relativo pacchetto azionario, ove eccedente tale soglia. Il quesito referendario prevedeva però l'abrogazione integrale dell'art. 23-*bis* cit.

[86] SASSO-SIRONI, *Acqua pubblica, il referendum tradito*, in *Micromega*, 2013, 6.

[87] RODOTÀ, *La battaglia dell'acqua*, in *la Repubblica*, 17 marzo 2016.

ISSN 2036-7821

con gara a "doppio oggetto"[88]. L'abrogazione dell'art. 23-*bis* cit. aveva cioè determinato il venir meno delle limitazioni introdotte da tale disposizione per la scelta da parte delle amministrazioni locali delle modalità di gestione del servizio pubblico, posto che tali limitazioni erano state dalla giurisprudenza costituzionale[89] ritenute non imposte dai principi dell'ordinamento comunitario, sebbene rientranti nella competenza legislativa statale in materia di concorrenza ex art. 117 Cost. L'unica fonte di disciplina dei servizi pubblici locali risultava essere quindi quella prevista a livello generale dall'art. 106 TFUE[90].

Questo vuoto normativo si era però protratto soltanto fino all'introduzione dell'art. 4 D.L. 138/2011 (con. in L. 148/2011), ai sensi del quale, fatta eccezione per alcuni particolari servizi pubblici locali[91], era stata reintrodotta una disciplina in larga parte analoga a quella precedentemente contenuta nell'abrogato art. 23-*bis* cit.: gli enti locali, nel rispetto dei principi generali del diritto comunitario, sarebbero stati chiamati a verificare periodicamente se il servizio pubblico di rilevanza economica fosse gestibile in forma concorrenziale e a liberalizzarlo ove compatibile con le esigenze di universalità ed accessibilità; e ove ciò non fosse risultato possibile, in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale, si sarebbero potute adottare forme diverse di gestione, chiarendo e motivando le ragioni di esclusione della liberalizzazione, nonché definendo preliminarmente gli obblighi di servizio in capo ai gestori; la relativa delibera sarebbe stata adeguatamente pubblicizzata ed inviata all'AGCM.

Tuttavia, proprio in quanto riproduttivo, nei sui tratti essenziali, dell'art. 23-*bis* D.L. 112/2008 e s.m.i., precedentemente abrogato in via referendaria, l'art. 4 D.L. 138/2011 e s.m.i., è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo per contrasto con l'art. 75 Cost.[92].

Per effetto della declaratoria di incostituzionalità, sono quindi tornati ad essere direttamente applicabili gli assai meno restrittivi principi del diritto europeo,

---

[88] BARISANO, *Nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica a seguito del referendum abrogativo dell'art. 23*-bis *del d.l. n. 112/2008*, in *Riv. Corte conti*, 2011, 5-6, 475 ss.

[89] V. Corte cost., sent. 17 novembre 2010, n. 325.

[90] Non solo. L'abrogazione dell'art. 23-*bis* cit. e quella conseguenziale del D.P.R. 168/2010 aveva altresì comportato: l'eliminazione del parere interlocutorio dell'AGCM; l'integrale riespansione della portata applicativa delle discipline di settore, per quanto attiene ai servizi di gas, energia elettrica, servizio ferroviario regionale, farmacie comunali; l'eliminazione del divieto per gli enti *in house* di svolgere attività *extra moenia*, purché di carattere marginale; l'eliminazione del limite minimo del 40% della partecipazione privata; nonché, l'eliminazione per le società miste dell'obbligo di gara o di concorso per l'acquisto di beni o servizi o per l'assunzione di personale, salvo comunque il disposto dell'art. 18 L. 133/08, ai sensi del quale le società miste che gestiscono servizi pubblici locali devono adottare le procedure del pubblico concorso per l'assunzione di personale.

[91] Quale, appunto, nel rispetto della volontà referendaria, il servizio idrico, quello farmaceutico, gas, energia elettrica e trasporto ferroviario regionale.

[92] Corte cost., sent. 20 luglio 2012, n. 199, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 155 (con nota di BERCELLI, *Servizi pubblici locali e referendum*).

ISSN 2036-7821

elaborati dalla giurisprudenza comunitaria in materia di affidamenti diretti, la quale, come più volte ricordato, considera esternalizzazione, *in house* e società mista "a doppio oggetto" strumenti operativi equipollenti ai fini del rispetto dell'assetto concorrenziale dei mercati.

Viene così a riaprirsi il problema attinente alla possibilità o meno per la P.A. di utilizzare il modello della società a partecipazione pubblica, anche in assenza di un'esplicita norma di legge che lo espressamente lo consenta. Secondo alcuni, la diretta applicazione delle norme e dei principi comunitari avrebbe integralmente ripristinato la possibilità (in precedenza contemplata dall'originaria formulazione dell'art. 113 TUEL) per la P.A. di scegliere liberamente tra varie modalità di gestione dei servizi pubblici, alternative rispetto alla esternalizzazione mediante gara, ivi comprese la gestione *in house* e l'affidamento diretto a società mista con socio selezionato mediante gara a "doppio oggetto", secondo valutazioni di opportunità riservate alla stessa P.A., ma senza più le ulteriori e stringenti limitazioni che invece erano state introdotte dall'art. 23-*bis* D.L. 112/2008 prima e dall'art. 4 D.L. 138/2011 e s.m.i. poi. Sicché, anche nella materia dei servizi pubblici locali, esternalizzazione, affidamento *in house* e affidamento diretto a società mista con socio operativo scelto mediante gara a doppio oggetto erano tornati ad essere, in applicazione dei principi di estrazione comunitaria, modelli organizzativi tra loro perfettamente equipollenti e succedanei, la cui scelta è integralmente rimessa alle valutazioni di opportunità della P.A., come tali insindacabili in sede giurisdizionale.

Secondo invece un orientamento (rimasto tuttavia minoritario), non potendo aversi la reviviscenza dell'art. 113 TUEL[93] (che espressamente contemplava la società a partecipazione pubblica quale strumento di gestione ed organizzazione servizio pubblico) e non essendo riscontrabile in capo alla P.A. una generalizzata capacità giuridica di diritto societario (v. *retro*), l'utilizzo della società a partecipazione pubblica era da ritenersi, in virtù del principio di legalità dell'azione e (soprattutto) dell'organizzazione amministrativa (art. 97 Cost.), ormai non più consentito: il modello societario sarebbe utilizzabile soltanto laddove un'espressa disposizione legislativa nazionale lo consenta; la giurisprudenza comunitaria[94] ha infatti affermato la legittimità comunitaria delle norme interne che contemplino tale modalità di affidamento; ma non ritiene affatto che tale modalità sia possibile sulla sola base dei principi comunitari, ossia anche in assenza di apposita disposizioni di

[93] Sul punto, l'art. 113 TUEL era stato abrogato dall'art. 23-*bis* D.L. 112/2008 (come mod. dall'art. 15 D.L. 135/2009), il quale è stato a sua volta abrogato in via referendaria. Ora, siccome, per il principio generale di irretroattività della legge (art. 11 disp. prel. c.c.), l'abrogazione della norma abrogante non determina la reviviscenza della norma abrogata, ne consegue che l'abrogazione referendaria dell'art. 23-bis D.L. 112/2008 non fa tornare in vigore il precedentemente abrogato art. 113 TUEL.

[94] Corte giust. UE, sent. 15 ottobre 2009, *Acoset*.

ISSN 2036-7821

legge interna, pena altrimenti la violazione del principio di legalità (da intendere in senso sostanziale) dell'azione e dell'organizzazione amministrativa (art. 97 Cost.).
La materia era stata quindi per l'ennesima volta ridisciplinata dall'art. 34, commi 20 e ss., D.L. 179/2012 (conv. in L. 221/2012), stabilendo che l'affidamento dei servizi di rilevanza economica sarebbe potuto avvenire soltanto sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito *internet* dell'ente affidante, che avesse conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisse i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste. Sicché, alla luce di tale ennesimo intervento legislativo, sembrava riconosciuta la possibilità per le amministrazioni locali di procedere all'affidamento del servizio secondo le modalità classiche contemplate dal diritto europeo e dalla giurisprudenza costituzionale, ossia: esternalizzazione a privati concessionari scelti mediante gara pubblica; affidamento a società di capitale a partecipazione pubblica, il cui socio operativo e non meramente finanziario venga scelta previo esperimento di gara pubblica; affidamento *in house*[95].
Restava però da chiarire se vi fosse o meno una "gerarchia" tra queste forme di affidamento, nel senso cioè se l'opzione per l'una piuttosto che per l'altra o per l'altra ancora fosse rimessa o meno all'insindacabile apprezzamento discrezionale dell'amministrazione locale. Secondo alcuni[96], la scelta per l'affidamento *in house* o a società mista, in ragione della complessità organizzativa che contraddistingue tale soluzione, avrebbe dovuto essere sorretta da adeguata motivazione, giustificata in ragione delle connotazioni tipologiche del servizio da erogare o delle caratteristiche del bacino di utenza che si intende soddisfare[97]. In ogni caso, la disciplina imponeva che la scelta di affidamento (diretto o tramite gara) fosse il risultato di un'istruttoria e fosse supportata da adeguata motivazione.
Lungo la medesima direttrice si colloca quindi l'odierno art. 4, comma 2, lett. c) T.U., il quale testualmente ammette l'affidamento diretto nei confronti di società mista sia per la realizzazione e gestione di opere, sia per l'organizzazione e gestione di un servizio di interesse generale in regime di partenariato col socio privato, purché selezionato attraverso gara "a doppio oggetto", alle condizioni descritte dall'art. 17 T.U., ai sensi del quale, nelle società costituite per tali finalità, la quota di partecipazione del privato non può essere inferiore al 30% e la selezione del medesimo deve svolgersi con procedure di evidenza pubblica a norma dell'art. 5, comma 9, D. Lgs. 50/2016 ed avere ad oggetto, al contempo, «la sottoscrizione o

[95] In tal senso, CASETTA, *Manuale* cit., 750.
[96] CASETTA, *Manuale* cit., 750.
[97] In tal senso sembrava militare anche la disposizione contenuta nel sopravvissuto art. 3-*bis* D.L. 138/2011, ai sensi del quale la scelta per l'esternalizzazione del servizio costituisce elemento di valutazione della virtuosità degli enti territoriali ai fini dell'applicazione del PSI.

ISSN 2036-7821

l'acquisto della partecipazione azionaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività stessa»[98].
Per non incorrere in nuove censure di illegittimità costituzionale e rispettare l'esito della consultazione referendaria del 2011, il legislatore ha quindi voluto mantenere il regime di perfetta alternatività tra esternalizzazione, affidamento *in house* e affidamento a società mista "a doppio oggetto", quali strumenti equipollenti di gestione ed organizzazione del servizio, la cui opzione per l'uno piuttosto che per gli altri viene quindi rimessa all'apprezzamento discrezionale della P.A., sebbene l'esercizio di tale potere di scelta, pur attenendo a valutazioni di merito riservate alla P.A. e non suscettibili di sindacato giurisdizionale (artt. 4 e 5 LAC), viene assoggettato dal successivo art. 5 T.U. non solo ad un onere motivazione aggravato e particolarmente stringente, ma anche a tutta una fitta rete di controlli esterni (di cui si darà conto nel proseguo della trattazione)[99].
Sulle ragioni per cui tale onere di motivazione aggravato, accompagnato da un nuovo e peculiare sistema di controlli delle scelte organizzative della P.A. (art. 5 T.U.) non può ritenersi in contrasto con gli esiti del *referendum* abrogativo del 2011, ci si soffermerà *infra* nel proseguo della trattazione.

8. segue : Autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento.
La norma in questione consente la partecipazione societaria pubblica laddove finalizzata ad autoprodurre beni o servizi «strumentali»[100] all'ente o agli enti pubblici partecipanti, in alternativa cioè all'esternalizzazione mediante gara, purché ciò avvenga nel rispetto dei principi concorrenziali dettati dal diritto comunitario e dal diritto nazionale.
Per la decodificazione del concetto di «beni o servizi strumentali» è necessario fare riferimento agli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali in passato maturati con riferimento alla delimitazione dell'ambito applicativo del previgente art. 13 D.L. 223/2006 (v. *infra*), il quale, da un lato, imponeva l'esclusività dell'oggetto sociale di tali società «strumentali» e, dall'altro, vietava loro lo svolgimento di attività nei confronti di soggetti diversi dagli enti pubblici partecipanti. Dall'ambito applicativo della disposizione erano espressamente escluse le società affidatarie di servizi di

[98] Sul punto, v. anche NERI, *La società mista pubblico privato*, in AA.VV., *Manuale delle società a partecipazione pubblica* (a cura Garofoli-Zoppini e coord. da Massa Felsani), Roma, 2018, 131 ss.
[99] Per una trattazione approfondita, v. anche STANIZZI, *Le società* in house, in AA.VV., *Manuale delle società a partecipazione pubblica* (a cura Garofoli-Zoppini e coord. da Massa Felsani), Roma, 2018, 73 ss.
[100] L'autoproduzione di beni o servizi di carattere non strumentale rientra già nell'ipotesi contemplata dalla precedente lett. a).

ISSN 2036-7821

committenza e quelle affidatarie di servizi pubblici, finalizzate cioè ad erogare prestazioni non in favore dell'ente, bensì in favore della collettività degli utenti.
In particolare, nel delineare l'ambito applicativo del suddetto divieto, la giurisprudenza[101] ha chiarito che società strumentali sono quelle costituite per lo svolgimento di attività essenzialmente rivolte alla P.A. e non al pubblico, come invece quelle costituite per la gestione di servizi pubblici, le quali mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività. Sono strumentali all'attività dell'ente pubblico tutti quei beni e servizi erogati a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali[102]. Trattasi cioè di quegli organismi societari chiamati a svolgere non attività di impresa, bensì "attività amministrativa in forma privatistica", ossia che erogano beni o servizi direttamente a favore dell'ente territoriale controllante e strettamente necessari all'espletamento delle loro attività istituzionali[103], vale a dire a diretto ed immediato supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei propri fini istituzionali. Le società strumentali sono, quindi, strutture costituite per svolgere attività e servizi rivolti essenzialmente alla stazione appaltante e non al pubblico, come invece quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività, anche se occasionalmente fruiti dall'ente locale[104].
A differenza di quanto stabilito alla precedente lett. c) per la «realizzazione e gestione di un'opera pubblica» ovvero per l'«organizzazione e gestione di un servizio di interesse generale» in regime di partenariato, per l'ipotesi in questione il legislatore non contempla l'obbligo di selezionare il socio privato mediante procedura di gara a c.d. "doppio oggetto". Ciò in ragione del fatto che, avendo la società ad oggetto soltanto la produzione del servizio strumentale, ma non anche la sua organizzazione e gestione, nulla esclude che la partecipazione privata possa avere anche natura puramente finanziaria, sicché non vi è alcuna ragione per imporre lo svolgimento di una gara a "doppio oggetto", laddove il socio privato non venga chiamato a svolgere compiti operativi di rilevanza pubblicistica: la sua partecipazione sarebbe in questo caso null'altro che uno strumento di

[101] Corte conti, Sez. contr. Puglia, par. 27 febbraio 2008 n. 3; Corte conti, Sez. contr. Lombardia, par. 11 aprile 2008 n. 23; Cons. St., Sez. VI, sent. 16 gennaio 2009, n. 215; Cons. St., Sez. V, sent. 10 settembre 2010, n. 6527, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 412 (con nota di MENTO, *Società strumentali e tutela della concorrenza*).
[102] TAR Lazio, Sez. II, sent. 5192/2007, in *Urb. e app.*, 2007, 1518.
[103] In tal senso, v. Cons. St., Sez. V, sent. 22 febbraio 2010, n. 1037; Id., sent. 16 novembre 2010, n. 8069. Sul punto, v. *funditus* URSI, *Società ad evidenza pubblica. La* governance *delle imprese partecipate da regioni ed enti locali*, Napoli, 2013.
[104] Cons. St., sent. 1600/2008, n.3766/2009, TAR Liguria n. 3989/2009.

ISSN 2036-7821

approvvigionamento finanziario messo a disposizione dell'ente pubblico per la produzione del bene o del servizio strumentale.

9. segue : Servizi di committenza apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici.

La partecipazione pubblica in società ricomprese in tale categoria si giustifica in ragione della meritevolezza dello scopo, ossia quello di favorire risparmi di spesa attraverso la realizzazione di economie di scala, grazie alle quali il committente pubblico, aggregando la domanda, è in grado di implementare la propria forza contrattuale e, quindi, ottenere condizioni contrattuali più vantaggiose, rispetto a quelle altrimenti ottenibili dai singoli committenti laddove negoziassero individualmente.

Il servizio di committenza è definibile come l'attività di centralizzazione aggregata per l'approvvigionamento di beni o servizi di uso corrente compiuti dalle pubbliche amministrazioni, attraverso la creazione di appositi organismi (detti centrali di committenza: art. 3, lett. i) D.Lgs. 50/2016) in capo ai quali convogliare e concentrare una pluralità di commesse per conto di più soggetti, al fine di ottenere un sensibile risparmio di spesa legato alle conseguenti economie di scala e all'abbattimento dei costi di gestione per l'espletamento di gare pubbliche. Si tratta cioè di soggetti terzi (pubblici o privati) cui più amministrazioni pubbliche, anche in forma associata o consorziata, esternalizzano le procedure di selezione degli operatori economici privati da cui acquistare lavori, forniture o servizi. Sotto il profilo procedurale, le amministrazioni pubbliche demandano alla centrale di committenza il compito di selezionare, previo espletamento di gara pubblica, gli operatori economici privati cui le stesse andranno poi a rivolgere i propri ordinativi per l'acquisto di beni o servizi[105]. Si tratta, in sostanza di uno strumento di centralizzazione degli acquisti delle pubbliche amministrazioni che consente, soprattutto per grandi volumi di acquisti, di risparmiare sia in termini di prezzi che di costi di gestione delle procedure. Il maggior risparmio deriva dal fatto che anziché procedere ad indire tante singole gare le amministrazioni interessate si rivolgono all'operatore economico individuato dalla centrale di committenza, comunque all'esito di una procedura di evidenza pubblica, con il quale si procede alla stipula del contratto.

La centralizzazione permette anche una riduzione del numero di entità organizzative coinvolte nell'esercizio della funzione amministrativa e, così facendo, porta a diminuire il costo del controllo sulla regolarità formale delle procedure, nonché ad accrescere l'efficacia dei controlli interni. I centri di responsabilità, infatti,

[105] TOMEI-SCIANCALEPORE, voce «Centrali di committenza (dir. amm.)», in *Dig. disc. pubb.*, agg., I, Torino, 2000, 177 ss.; FIORENTINO, *Le centrali di committenza*, in AA.VV., *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici* (a cura di Fiorentino-Lacava), Milano, 2004, 63 ss.; CARANTA, *Le centrali di committenza*, in AA.VV., *Trattato sui contratti pubblici* (a cura di M. A. Sandulli-Garofoli-De Nictolis), t. II, Milano, 2008, 607 ss.

ISSN 2036-7821

sono in questo modo più chiaramente individuati, favorendo così anche la prevenzione di fenomeni corruttivi e di *mala gestio*[106].
La principale centrale di committenza è la CONSIP s.p.a., istituita dall'art. 26 L. 488/99 (finanziaria 2000), cui è stato demandato l'acquisto centralizzato di beni e servizi per le amministrazioni pubbliche. Il modello CONSIP è un sistema centralizzato di acquisto di beni e di servizi per la P.A., gestito dal MEF mediante una società concessionaria appositamente istituita (CONSIP s.p.a.) e da esso interamente partecipata, e si configura quale convenzione-quadro per l'acquisizione di beni e servizi. I singoli contratti di fornitura devono considerarsi conclusi a tutti gli effetti con l'emissione dell'ordinativo di fornitura da parte della P.A. interessata[107]. La disciplina del modello CONSIP è oggi contenuta nel codice dei contratti pubblici (art. 37 D. Lgs. 50/2016).
Recenti interventi legislativi (art. 1, comma 158, L. 266/2005; art. 1, comma 455, L. 296/2006; art. 13 D.L. 223/2006; art. 11 D.L. 98/2011; art. 7, comma 2, D.L. 52/2012; art. 1, comma 7, D.L. 95/2012; L. 228/2012), emanati per esigenze di contenimento della spesa pubblica, per alcune tipologie di enti o categorie merceologiche hanno progressivamente ampliato le ipotesi in cui risulta obbligatorio, anche per gli enti territoriali (art. 14, comma 28, D.L. 78/2010), l'utilizzo di tale strumento, in alternativa al ricorso al mercato elettronico[108].

10. Brevi considerazioni conclusive.
Il T.U. sulle partecipate, con le successive modifiche ed integrazioni, ha segnato il punto di arrivo del processo di riordino delle società a partecipazione pubblica.
L'esigenza di razionalizzazione viene evidenziata nella stessa introduzione allo schema di decreto, che si propone di superare la frammentarietà del quadro normativo precedente in tema di società pubbliche.
Venendo, nello specifico, al campo di applicazione, l'art. 1 del suddetto decreto stabilisce che le disposizioni in esso contenute si applicano "alla costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché all'acquisto ed alla gestione

[106] VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in AA.VV., *Le gare pubbliche: il futuro di un modello* (a cura di Comporti), Napoli, 2011, 294; RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici*, in AA.VV., *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione* (a cura di B. G. Mattarella-Pellissero), Torino, 2013, 125 ss.; DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2012, 177 ss.; M.A. SANDULLI-CANCRINI, *I contratti pubblici*, in AA.VV., *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi* (a cura di Merloni-Vandelli), Firenze, 2010, 437 ss.; NAPOLITANO-ABBRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 95.

[107] Sull'argomento, v. ZUCCOLOTTO-MINGANTI, *Evoluzione storica del processo di acquisto della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2007, 47 ss.

[108] Maggiori approfondimenti in PIGNATELLI, *La centrale di committenza unica dei piccoli Comuni: la gestione obbligatoriamente associata delle gare ad evidenza pubblica*, in www.lexitalia.it, 2012, 3; DI LASCIO, *La centralizzazione degli appalti, la* spending review *e l'autonomia organizzativa locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 205 ss.

ISSN 2036-7821

di partecipazioni, da parte di tale amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica diretta o indiretta".

L'ambito applicativo, quale incipit da cui partire ogni volta in cui si tratta di capire a quali fattispecie concrete si applica l'intervento legislativo, non si limita a disciplinare l'ipotesi della costituzione di società partecipate, ma si estende anche ai casi di acquisto o gestione di partecipazioni all'interno della società interessata, a dimostrazione dell'intento di completezza del nuovo testo unico, che si applica tanto alle tanto alle une quanto alle altre.

Comunque l'analisi dei limiti in cui il legislatore consente la costituzione di società pubbliche pone in chiara evidenza che nel nuovo corpo normativo, via via formatosi ed ora ben consolidato nel Testo Unico con i suoi successivi adeguamenti, si tende a riportare l'azione delle pubbliche amministrazioni entro binari precisi e ben determinati, attraverso un rilevante ridimensionamento della loro autonomia negoziale[109].

Non risulta estraneo a tale discorso le normativa comunitaria, preoccupata di garantire la libera concorrenza[110].

Tale impostazione non può non portare a riflettere sulla circostanza se le anzidette limitazioni incidano o meno sulla stessa capacità negoziale degli enti pubblici, riattivando l'antico dibattito in teoria generale, che ruota intorno all'interrogativo circa la necessità o meno che l'opzione organizzativa in forma societaria, esercitata dallo Stato o altro ente pubblico, avvenga solo in presenza di una norma che lo consenta ovvero se l'utilizzo sia ascrivibile alla più generale capacità di diritto privato della pubblica amministrazione[111]; questione di certo non marginale, la cui soluzione necessita dell'analisi di dati empirici.

Un aspetto dirimente è rappresentato dalla possibilità, ammessa dalla legge, di derogare dagli stretti limiti di legge in ordine alla partecipazione pubblica.

L'ampiezza di tali deroghe, che sono state esaminate nel discorso che precede, non può invero non incidere sulla soluzione del problema anzi posto del riflesso dei

---

[109] E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2005, pagg. 160 ss.

[110] R. CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 4, 2004 e F. PIZZETTI, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma?*, in www.forumcostituzionale.it, 2004. Si vedano inoltre: G. FRANSONI, *Gli aiuti di Stato tra autonomia locale e capacita` contributiva*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, p. 249; L. DEL FEDERICO, *Agevolazioni fiscali nazionali ed aiuti di Stato, tra principi costituzionali ed ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. trib. internaz.*, n. 3, 2006, p. 19 ss. e A. CARINCI, *Autonomia impositiva degli enti substatali e divieto di aiuti di Stato*, in *Rass. trib.*, 2006, p. 1760. Per una dettagliata analisi del problema, ancora, C. BARBATI, *Territori e interessi economici*, cit., p. 251 ss.; nonche E. LANZA, *Trasversalita` ed uniformita` della tutela della concorrenza nel rapporto fra Stato e Regioni*, in www.issirfa.cnr.it/5991,908html, con riferimento alle "vicende giurisprudenziali legate alla definizione della materia 'tutela della concorrenza' ".

[111] F. GOISIS, *Societa` a partecipazione pubblica*, in *Dizionario di diritto amministrativo* (a cura di M. Clarich e G. Fonderico), 2007, p. 729; C. IBBA, *Dall'ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, in *www.giustamm.it*, gennaio 2011.

ISSN 2036-7821

limiti generali de quibus sulla stessa capacità privatistica degli enti pubblici; infatti, a fronte di tale ampiezza di deroghe, appare più agevole ammettere una generale capacità giuridica di essi, mentre le limitazioni afferirebbero alla capacità di agire, che soffrirebbe confini rimuovibili attraverso un procedimento aggravato anche da specifiche motivazioni.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La partecipazione del proponente alla predecisione di impatto ambientale

di Sveva Bocchini

(Assegnista di ricerca in diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Federico II di Napoli.)

Sommario

1. La valutazione d'impatto ambientale - 2. Le origini e le evoluzioni dell'istituto. - 3. Il provvedimento conclusivo del procedimento. - 4. La partecipazione del proponente al procedimento. - 5. Riflessioni critiche sull'esclusione dell'applicabilità del preavviso di rigetto prevista dal c.d. decreto semplificazioni bis.

Abstract

The d.l. n. 77/2021, converted by l. n. 108/2021, as part of a broader intervention aimed at "simplifying" and "accelerating" environmental procedures, excluded the application of art. 10-bis, of the l. n. 241 of 1990 to the environmental impact assessment. This contribution intends to assess whether the requests for acceleration in the implementation of public or private projects underlying the recent legislative interventions caused by the economic crisis caused by the Covid-19 emergency justify a de-quotation of the participatory guarantees of the proponent to the "predecision" of environmental impact.

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

ISSN 2036-7821

1. La valutazione d'impatto ambientale.

La V.I.A. (valutazione di impatto ambientale) è una procedura amministrativa che ha l'obiettivo di garantire che le conseguenze delle attività antropiche siano compatibili con la tutela dell'ambientale e il principio dello sviluppo sostenibile[1]. Scopo della V.I.A. è, infatti, quello di individuare, descrivere e valutare in via preventiva gli effetti sull'ambiente di determinate opere soggette ad autorizzazione[2], nonché di identificare le misure atte a prevenire, eliminare e rendere minimi gli impatti negativi in attuazione dei principi di *precauzione* e *prevenzione*[3] che governano l'azione dei pubblici poteri in materia ambientale (art. 3 *ter*) [4].

---

[1] In ordine al rilievo del principio dello sviluppo sostenibile, come chiave di lettura del diritto dell'ambente cfr. F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010, il quale evidenzia come esso definisce «il passaggio dal "diritto dell'ambiente" al "diritto dello sviluppo sostenibile", ovviamente là dove ne ricorrano i presupposti e, cioè, si faccia questione di impiego di risorse e si profili una sfida relativa al futuro dell'umanità», avvertendo anche dei rischi derivanti da una sua utilizzazione non consapevole dei suoi contenuti e limiti. L'espressione è stata introdotta, come noto, nel 1987 dalla *World Commission on Environment and Development*, nel rapporto *Our Common Future* ed è volta ad evidenziare la necessità che le esigenze dello sviluppo siano coerenti con quelle della tutela dell'ambiente e del superamento degli squilibri economici fra nord e sud del mondo, assicurando anche gli interessi trans-generazionali (*«humanity has the ability to make development sustainable to ensure that it meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs»*)

[2] Vedi art. 5, comma 1, lett. g) del d.lgs. n. 152/2006 che identifica ai fini della sottoposizione alla v.i.a., i progetti aventi ad oggetto: "La realizzazione di lavori di costruzione o di altri impianti od opere e di altri interventi sull'ambiente naturale o sul paesaggio, compresi quelli destinati allo sfruttamento delle risorse del suolo". L'art. 6 individua poi i progetti sottoposti a v.i.a obbligatoria e quelli da sottoporre a v.i.a. a seguito in valutazione di assoggettabilità (c.d. screening). L'elenco di tali progetti è contenuto rispettivamente negli allegati alla parte II del Codice dell'ambiente rispettivamente agli all. II e II *bis* per quelli di competenza statale e III e IV per quelli di competenza regionale.

[33] Sul principio di precauzione quale sviluppo e specificazione del principio di prevenzione a fronte di situazioni caratterizzate dall'incertezza scientifica cfr. R. FERRARA, *I principi comunitari dell'ambiente,* in *Dir. amm.*, 2005, p. 530 e ss.; T. MAROCCO, *Il principio di precauzione e la sua applicazione in Italia e in altri Stati membri della Comunità Europea*, in *Riv. it. dir. pub. com*, 2003, p. 1233; F. DE LEONARIDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005; M. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in annuario AIPDA 2005, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, 2006, p. 142 ss.; M. RENNA, *I principi in materia di tutela ambientale*, in *Riv. quadr. dir. amb*., 2012, 79 ss.; P. GRAZIOLI, *Il rischio sanitario nell'amministrazione dell'emergenza,* in Annuario AIPDA, 2017, *Decisioni amministrative e processi deliberativi,* Napoli, 2018 e S. BOCCHINI, *Principio di precauzione e rischio di danno ambientale,* in *Dir. e proc. amm.*, 2020, p. 364; G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico,* in *Dir. pub.*, 2004, p. 1086, secondo cui il principio di precauzione si differenzia da quello di prevenzione non solo quantitativamente, perché anticipa la soglia al di là della quale scattano le misure preventive, ma soprattutto, qualitativamente perché esso è basato su un nuovo modo di percepire i pericoli derivati dal progresso. Per la tendenziale identificazione dei due termini v. però A. BARONE, *Il diritto del rischio,* Milano, 2006, p. 19, che ritiene che l'identificazione tra i due termini sembri più adeguata a descrivere l'odierna realtà ordinamentale sia per la difficoltà di fondare un differente significato dei principi di prevenzione e precauzione sulla base di una netta demarcazione tra scienza certa e incerta, sia per le perplessità che suscita la distinzione sotto il profilo della tutela cautelare.

[4] Sul problema della v.i.a. postuma si rinvia a F. CIMBALI, *La tutela preventiva degli interessi ambientali e la valutazione sopraggiunti degli impatti*, in *Riv. giur. Edil.*, 2019, p. 241.

ISSN 2036-7821

Oggetto della valutazione è l'impatto diretto o indiretto del progetto di un'opera sull'ambiente, sulla popolazione e sulla salute umana nelle sue componenti:1) uomo, fauna, flora, 2) territorio, suolo, acqua, aria e clima, 3) beni materiali, patrimonio culturale e paesaggio, 4) le interazioni tra i fattori sopra elencati[5].

L'istituto consacra il passaggio da una concezione "olistica "dell'ambiente volta alla tutela di singoli elementi naturali ad una logica "sistemica" fondata sull'integrazione "interna" tra i singoli fattori ambientali[6] e "esterna" tra l'ambiente e gli altri interessi (economici, sociali, occupazionali).

Gli effetti, comunemente sussumibili nel concetto di «impatto ambientale», s'identificano, infatti, nell'alterazione «qualitativa e/o quantitativa, diretta e indiretta, a breve e a lungo termine, permanente e temporanea, singola e cumulativa, positiva e negativa» che viene a prodursi sull'ambiente, laddove quest'ultimo a sua volta è identificato in un ampio contenitore, costituito dal «sistema di relazioni fra fattori antropici, naturalistici, chimico-fisici, climatici, paesaggistici, architettonici, culturali, agricoli ed economici, in conseguenza dell'attuazione sul territorio di progetti nelle diverse fasi della loro realizzazione, gestione e dismissione, nonché di eventuali malfunzionamenti.

D'altro canto, l'esigenza di favorire uno sviluppo sostenibile impone "processi integrati" di contemperamento fra due opposti valori "ambiente" e "sviluppo economico", determinando la necessità di un bilanciamento tra localizzazione produttiva e valorizzazione di immobili appartenenti a soggetti pubblici o privati e la conservazione paesaggistica e la tutela dell'ambiente in conformità all'obiettivo primario perseguito dal d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 (c.d. Codice dell'ambiente) di "promozione di alti livelli di qualità della vita umana da realizzare attraverso la salvaguardia e il miglioramento delle condizioni ambientali e l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse umane" (art. 2. comma 1)[7]. La salvaguardia dell'ambiente,

[5] L'introduzione della verifica dell'impatto sulla popolazione e sulla salute umana e l'inclusione del territorio tra le matrici ambientali è stata introdotta dall'art. 2 del d.lgs. n. 104/2017 in attuazione della direttiva 2014/52/UE.

[6] Sulla concezione analitica dell'ambiente M.S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1973, 15. Per una variante della concezione analitica cfr. A. PREDIERI, voce *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1981,p. 507 e ss., secondo cui la nozione di ambiente comprende due filoni: il primo è quello attinente alla tutela del territorio, comprensivo anche della tutela del paesaggio, e il secondo è quello della tutela della salute dagli inquinamenti. Sulla concezione c.d. sintetica dell'ambiente cfr. A. POSTIGLIONE, *Ambiente: suo significato unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 32 e ss.; F. GIAMPIETRO, *Diritto alla salubrità ambientale*, Milano,1080, 101; P. MADDALENA, *Danno ambientale, danno pubblico e responsabilità amministrativa*, in *Cons. St.*, 1982, II, p. 1423; B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005 ,p.16; F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente*: *art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, p. 259.

[7] Sul principio di integrazione come strumento di rinconciliazione tra ambiente e sviluppo industriale v. C. FELIZIANI, *Il principio di integrazione dalla rivoluzione industriale all'economia circolare*, in *Dir. amm.*, 2020, 843 ss. In dottrina cfr. G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2017, 20, che ipotizza come si possa: «superare la fase dello "sviluppo sostenibile", che ha il limite di assumere lo sviluppo come valore primo, rispetto al quale l'ambiente funge da remora, e teorizzare (terza fase) la diversa formula di "ambiente per lo sviluppo"». Con riferimento alla v.i.a. come sede ideale per concepire ambiente e sviluppo non in termini conflittuale ma come sede ideale per

ISSN 2036-7821

infatti, seppure costituisce un valore primario del nostro ordinamento, ora espressamente inserito nella Costituzione (v. artt. 9 e 41 Cost.)[8], non rappresenta, tuttavia, un valore assoluto di qui l'esigenza di contemperare detta tutela con altri valori ritenuti meritevoli di tutela quali la valorizzazione delle risorse, la promozione dell'iniziativa imprenditoriale e dell'occupazione[9].
In quest'ottica la valutazione di impatto ambientale rappresenta un istituto paradigmatico del principio di integrazione della componente ambientale nei processi decisionali secondo una metodologia di elaborazione e attuazione delle decisioni pubbliche amministrative, in cui è garantito tra i parametri di riferimento anche quello di compatibilità ambientale

2. Le origini e l'evoluzione dell'istituto.
Com'è noto la nascita della Valutazione d'impatto ambientale (VIA), è comunemente fatta coincidere con l'approvazione, nel 1969, del "*National Enviromental Policy Act*" (cd. NEPA), mediante il quale gli Stati Uniti d'America si sono dotati, per la prima volta, di una regolamentazione organica in materia.
Nel nostro ordinamento la V.I.A. trae origine dal diritto europeo e in particolare dalla direttiva 85/337/Cee (poi modificata dalla direttiva 97/2011/UE, dalla direttiva 52/2014/UE), che ha riconosciuto la rilevanza del "fattore ambiente" nelle procedure di autorizzazione di progetti pubblici e privati, dettando una disciplina "quadro" della valutazione d'impatto ambientale allo scopo di ravvicinare la disciplina dei singoli Paesi europei. La prima disciplina della valutazione d'impatto ambientale nel nostro Paese risale all'art. 6 della l. 8 luglio 1986, n. 349, poi abrogata dal Codice dell'ambiente, che ha riscritto le norme in materia di valutazione d'impatto ambientale.

---

l'affermazione della nuova concezione di sviluppo tramite ambiente v. O. H. KASSIM, *La nozione di ambiente per lo sviluppo e gli strumenti per veicolare l'applicazione: le valutazioni ambientali*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2020, n. 1, p. 74 e ss.

[8] L'art. 9 Cost., a seguito dell'approvazione della l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1 espressamente recita "la Repubblica tutela "l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni". L'art. 41 Cost., **così** come modificato da l. cost. n. 1/2022 prevede che l'iniziativa economica "non può svolgersi in modo da creare danno alla salute, all'ambiente".

[9] Si veda Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *www. federalismi.it*, 2013, ove il giudice delle leggi ha respinto la questione di legittimità costituzionale del d.l. 3 dicembre 2012, n. 207, convertito con modifiche dalla l. 24 dicembre 2012, n. 231 (c.d. decreto "salva ILVA"), laddove attribuisce al Ministro dell'ambiente (ora Ministro della Transizione ecologica) il potere di autorizzare la prosecuzione dell'attività siderurgica negli impianti siderurgici dell'Ilva di Taranto per un periodo non superiore a 36 mesi, quando sia stata accertata l'assoluta necessità di salvaguardare la produzione e l'occupazione e sia garantita la tutela dell'ambiente secondo le migliori tecnologie disponibili. La Corte afferma che la qualificazione come "primari" dei valori della salute e dell'ambiente non comporta che essi non possano essere sacrificati ad altri interessi, in altre parole, non determina che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto con la conseguenza che il punto di equilibrio proprio perché dinamico e non prefigurato in assoluto deve essere valutato dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo.

ISSN 2036-7821

L'art. 6 della l. n. 349/1986 prevedeva un'esplicita pronuncia di compatibilità ambiente dei progetti di opere in grado di produrre effetti rilevanti sull'ambiente mediante "parere"[10] espresso dal Ministero dell'ambiente che se negativo aveva efficacia preclusiva nei confronti dell'Autorità competente a decidere sul progetto, salvo la facoltà di deferire la questione al Consiglio dei ministri.

Nell'impalcatura delineata dal legislatore del 1986 la dottrina prevalente riteneva che il giudizio di compatibilità ambientale avesse carattere esclusivamente tecnico[11], era cioè volto a verificare unicamente l'impatto del progetto sull'ambiente, mentre la considerazione di interessi diversi (economici, sociali) era rimessa al Consiglio dei Ministri in virtù di una decisione che non si fondava su un diverso apprezzamento dei fatti che sono alla base della pronuncia di incompatibilità, ma esprime una scelta tra interessi contrastanti (ambiente e sviluppo economico).

La V.I.A., così come disciplinata dal Codice dell'ambiente e dai molteplici interventi legislativi di riforma successivi[12], assume, per converso, i caratteri di una vera e propria "decisione" amministrativa da adottare mediante un *provvedimento obbligatorio e vincolante da integrare nell'autorizzazione e in ogni altro titolo abilitativo alla realizzazione del progetto*. Ne emerge una "mutazione genetica" dell'istituto[13] tale da includere al suo interno oltre ad un giudizio tecnico in ordine agli effetti di un determinato progetto sull'ambiente, anche un momento propriamente "decisionale" di valutazione comparativa tra interesse ambientale e interessi contrapposti economici sociali.

Il cambio di paradigma normativo sottende una visione della tutela ambientale integrata con lo "sviluppo economico", ove la conservazione paesaggistica e la tutela dell'ambiente va bilanciata con la produzione e la valorizzazione di immobili appartenenti a privati nel provvedimento di valutazione di compatibilità ambientale in conformità all'obiettivo primario di perseguire uno sviluppo sostenibile.

---

[10] L' art. 6, comma 4, della l. n. 349/1986 disponeva. "Qualora, nell'esecuzione delle opere di cui al comma 3, il Ministro dell'ambiente ravvisi comportamenti contrastanti *con il parere* sulla compatibilità ambientale espresso ai sensi del comma 4, o comunque tali da compromettere fondamentali esigenze di equilibrio ecologico e ambientale, ordina la sospensione dei lavori e rimette la questione al Consiglio dei ministri". Sebbene la l. n. 349/1986 si riferiva alla valutazione ambientale come parere già all'epoca una parte della dottrina dubitava dell'esattezza del termine, giacché la pronuncia sulla compatibilità ambientale era affidata agli organi cui competente la cura dell'interesse ambientale e non aveva la funzione di illuminare l'autorità cui compete la decisione cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Aspetti del procedimento per la valutazione di impatto ambientale*, in *Amministrare*, 1989, p. 375.

[11] In tal senso cfr. F. TRIMARCHI BANFI, op. cit., p. 378, Sulla natura tecnica del parere cfr. TAR Liguria ,18 giugno 1992, n 291, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui "*la VIA non costituisce una manifestazione di volontà amministrativa, ma un parere tecnico che si inserisce in un procedimento destinato a sfociare in un provvedimento di autorizzazione avente per oggetto la specifica opera da attuare*". Per una critica a tale impostazione v. però P. DELL'ANNO, *Manuale di diritto ambientale*, Padova, 2003, p. 714.

[12] V. d.lgs. n. 4/2008, n. 128/2011, n. 104/2017.

[13] Cfr. G. MANFREDI, *Il nuovo procedimento di valutazione di impatto ambientale tra semplificazione amministrativa e specialità del regime dell'ambiente*, in *Urb. e app.*, 2009, p. 156.

ISSN 2036-7821

L'esigenza di procedere al bilanciamento degli interessi attraverso una valutazione della P.a. risulta poi tanto più evidente in presenza di un rischio solo "potenziale", ove a fronte di una situazione caratterizzate *da uno stato di incertezza scientifica* l'Amministrazione (il Ministro della transizione ecologica per la V.I.A. statale e le Regioni per le V.I.A. di competenza regionale) in applicazione del principio di precauzione (v. artt. 3, ter 301 d.lgs. n. 152/2006; art. 191 TFUE) è tenuta sempre a compiere una valutazione "politica" di costi benefici in ordine alle conseguenze determinate sull'ambiente dalla realizzazione dell'opera secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità[14].

In questa direzione la V.I.A. si configura come un istituto complesso caratterizzato da una fase di valutazione tecnica di compatibilità che deve essere svolta con il supporto di organi tecnici[15] e da una fase propriamente decisoria caratterizzata da valutazione ampiamente discrezionale[16] fino a sfiorare la politica[17] volta a ponderare il sacrifico

[14] Cfr. A. BARONE, *Dopo la v.i.a.: la sicurezza sostenibile nel d.lgs. n. 104/2017*, in *Riv. giur. edil.*, 2018, p. 291 ss., .il quale sottolinea che il tema delle valutazioni ambientali deve essere analizzato anche nella prospettiva del principio di precauzione e dell'amministrazione del rischio. Sull'articolazione in tre fasi delle decisioni cui sono deputate le amministrazioni in presenza di rischio di danno solo potenziale all'ambiente alla luce della Comunicazione della Commissione Europea del 2 febbraio 2000 "Sul ricorso al principio di precauzione" si rinvia a S. BOCCHINI, *Il principio di precauzione e il rischio di danno ambientale* cit.: la prima fase, c.d. "tecnica - scientifica", è caratterizzata dall'accertamento del rischio sulla base dei dati scientifici *(risk assessment*). La Commissione richiede, a tal fine, una valutazione scientifica e ragionevole degli effetti potenzialmente nocivi sulla base dei dati disponibili al momento in cui si fa la valutazione, della gravità del pericolo sull'ambiente o sulla salute, considerando la portata dei possibili danni, la persistenza e la reversibilità degli stessi. La seconda fase, c.d. "politica", consiste nella scelta di agire o non agire in relazione a certe attività che creano il rischio di danno e nella scelta della misura da adottare (*risk management*). La Commissione evidenzia, infatti, che siffatte scelte spettano, in primo luogo, agli Stati membri e ai loro Governi, posto che il giudizio su quale sia il livello di rischio accettabile per la società costituisce *una responsabilità meramente politica*. Nell'adozione della misura la Commissione individua, poi, alcuni fondamentali parametri cui le autorità debbano far ricorso: la proporzionalità rispetto al livello prescelto di protezione, la non discriminazione nella sua applicazione, la coerenza con misure analoghe già adottate, un esame dei potenziali vantaggi e oneri, la soggezione a revisione alla luce dei nuovi dati scientifici. La terza fase, infine, consiste nella comunicazione del rischio al pubblico (*risk communication*) al fine di favorire la partecipazione del pubblico al processo decisionale.

[15] L'art. 8 del d.lgs. n. 152/2006 prevede l'istituzione di un'apposita commissione tecnica di verifica dell'impatto ambientale per la v.i.a. e per la v.a.s. di competenza statale, mentre per i progetti di competenza regionale stabilisce che l'autorità competente disponga di adeguate competenze tecnica o si avvalga di adeguate figure di comprovata professionalità.

[16] Sulla natura discrezionale del giudizio di compatibilità ambientale sul piano dell'apprezzamento degli interessi pubblici in rilievo e della loro ponderazione rispetto all'interesse all'esecuzione dell'opera tale da che sottrarre le scelte effettuate dall'Amministrazione al sindacato del giudice amministrativo ogniqualvolta le medesime non si appalesino come manifestamente illogiche o incongrue. Cfr. Cons. Stato, sez. II, 6 aprile 2020, n.2248 , ove si afferma *che "il giudizio di compatibilità ambientale è reso sulla base di oggettivi criteri di misurazione e attraversato da profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa sul piano dell'apprezzamento degli interessi pubblici in rilievo e della loro ponderazione rispetto all'interesse dell'esecuzione dell'opera; apprezzamento che è sindacabile dal giudice amministrativo soltanto in ipotesi di manifesta illogicità o travisamento dei fatti, nel caso in cui l'istruttoria sia mancata o sia stata svolta in modo inadeguato e risulti perciò evidente lo sconfinamento del potere discrezionale riconosciuto all'Amministrazione"*. In termini Cons. Stato, sez. IV, 27 marzo 2017, n. 1392; Cons. Stato, sez. IV, 10 febbraio 2017 n. 575; Id., sez. V, 11 luglio 2016 n. 3059; TAR Emilia Romagna, Parma, sez. I, 30 giugno 2016, n. 2218, TAR

ISSN 2036-7821

ambientale determinato dalla realizzazione con l'utilità sociale in termini di sviluppo economico, occupazione ecc. e ciò al fine di addivenire a una scelta sull'assetto degli interessi da realizzare, tenendo conto anche delle alternative possibili e dei riflessi della c.d. opzione zero[18].

3. Il provvedimento conclusivo del procedimento.

Veneto, sez. III, 25 marzo 2016, n. 311 tutte, in *www.giustzia-amministrativa.it*. La natura discrezionale è stata confermata anche dalla Corte Cost. con la sentenza n. 198 del 4 novembre 2018, con la quale nel respingere numerose questioni di legittimità costituzionale avanzate da otto Regioni (Valle d'Aosta, Trentino Alto Adige, Lombardia, Veneto, Abruzzo, Puglia, Sardegna e Calabria) e due Province autonome (Trento e Bolzano) che lamentavano, sostanzialmente, il ridimensionamento delle proprie competenze in materia di VIA ha affermato *una duplice valenza: dell' istituto: "essa ha rappresentato, sin dalle sue origini, uno strumento per individuare, descrivere e valutare gli effetti di un'attività antropica sulle componenti ambientali e, di conseguenza, sulla stessa salute umana, in una prospettiva di sviluppo e garanzia dei valori costituzionali. Descritta dall'art. 5 cod. ambiente, la v.i.a ha giuridicamente una struttura anfibia: per un verso, conserva una dimensione partecipativa e informativa, volta a coinvolgere e a fare emergere nel procedimento amministrativo i diversi interessi sottesi alla realizzazione di un'opera ad impatto ambientale; per un altro, possiede una funzione autorizzatoria rispetto al singolo progetto esaminato"*. Per una critica alla politicizzazione della v.i.a. cfr. F. LIGUORI, *Tutela dell'ambiente e misure di semplificazione*, in *Riv. giur. edil*., 2020, p. 3 ss., che pone in evidenza come il processo di politicizzazione dell'interesse ambientale rischia di toccare la base tecnica della protezione ambientale che ne costituisce il livello minimo inderogabile fatto di standard di prescrizioni sostanziali e valutazione tecniche specie in relazione alla norme dell'art. 27 e 27 *bis* che prevedono un "provvedimento unico in materia ambientale2 comprensivo di tutte le autorizzazioni ambientali, sostituisce "ogni autorizzazione, intesa, parere, concerto, nulla osta, o atto di assenso in materia ambientale, richiesto dalla normativa vigente per la realizzazione e l'esercizio del progetto. Per una completa e diffusa analisi dell'estensione del potere discrezionale in materia di v.i.a si rinvia a: R. FERRARA, *La valutazione di impatto ambientale fra discrezionalità dell'amministrazione e sindacato del giudice amministrativo*, in *Foro amm*.- TAR,, 2010, p. 3179 ss.; F. FONDERICO, *Valutazione di impatto ambientale e amministrazione precauzionale*, in *Gior. dir. amm*., 2012, p. 69 ss.

[17] Cfr. W. GIULIETTI, *Tecnica e politica nelle decisioni amministrative composte*, in *Dir. amm*., 2017, p. 327 ss. Sulla natura della valutazione d'impatto ambientale quale atto di indirizzo politico cfr. Cons. Stato, sez. IV, 15 aprile 2021, n. 3106, in www.giustzia-amministrativa.it, ove si afferma che la v.i.a è un procedimento complesso nel quale, pur se l'impatto è valutato rispetto all'incidenza ambientale e paesaggistica dell'opera sull'ambiente, si tiene conto anche delle conseguenti implicazioni sociali, economiche e produttive correlate alla realizzazione del progetto. Alla luce di ciò, il Collegio ha ribadito che la VIA non costituisce un mero atto tecnico di gestione o di amministrazione in senso stretto, versandosi piuttosto in fattispecie provvedi mentale con cui viene esercitata una vera e propria funzione di indirizzo politico-amministrativo in relazione al corretto uso del territorio, attraverso la cura ed il bilanciamento della molteplicità dei contrapposti interessi pubblici (urbanistici, naturalistici, paesistici e di sviluppo economico-sociale) e privati". Conseguentemente, il Collegio ha ribadito che l'Amministrazione procedente è tenuta a farsi carico non solo della tutela del principale interesse alla tutela dell'ambiente, ma anche della selezione, valutazione e contemperamento degli ulteriori interessi richiamati, se del caso adottando gli accorgimenti tecnico scientifici disponibili al fine di mitigare l'impatto degli interventi.

[18] L'opzione zero è il giudizio ipotetico avente ad oggetto il successivo sviluppo dell'area in assenza della realizzazione del progetto proposto. L' art. 22, lett. *d*, d.lgs. n. 15272006 prescrive che in fase di predisposizione dello studio d'impatto ambientale il proponente deve descrivere le alternative ragionevoli compresa l'alternativa zero e le ragioni principali alla base dell'opzione scelta. Da tali norme si ricava che la P.a. è tenuta a prendere in considerazione l'opzione zero in sede di motivazione, sicché il provvedimento finale che non ne tenga conto è da ritenersi illegittimo per violazione di legge cfr. TAR Abruzzo l'Aquila, sez. I, 12 maggio 2006, n. 280 sul punto cfr. C. PIRAS, *Contemperamento di interessi tra tutela ambientale e sviluppo economico: l'opzione zero nel procedimento di valutazione ambientale*, in F. PUBUSA E D. MARONGIU (a cura di), *Ambiente, paesaggio, territorio. Principi e vicende*, Napoli, 2017, p. 181 ss.

ISSN 2036-7821

La procedura di impatto ambientale può concludersi o con un provvedimento negativo o con un provvedimento positivo contenente le *eventuali* e *motivate* condizioni ambientali, le quali includono le condizioni per realizzare i progetti, le linee di sviluppo da seguire in seguito, *le misure* previste per evitare, prevenire ridurre se è possibile o compensare gli impatti ambientali significativi e negativi, oltre che le misure per il monitoraggio[19]. Nella prassi è difficile immaginare la V.I.A. come u provvedimento caratterizzato da un semplice dispositivo di contenuto positivo o negativo, essendo, al contrario, quasi fisiologico che il provvedimento finale sia correlato a una lunga serie di condizioni[20].

L'approvazione c.d. condizionata[21] è paradigmatica del bilanciamento di interessi che la V.I.A. produce attraverso l'effetto conformativo del controllo ambientale sulle iniziative dei privati subordinate ad atti di assenso[22] e ciò sia attraverso la previsione di misure atte a evitare, prevenire, ridurre e se possibile compensare gli impatti ambientali significativi, ma anche attraverso l'imposizione di specifici obblighi che possono riguardare le fasi della realizzazione, dell'esercizio, della dismissione dei progetti ed eventuali malfunzionamenti, oltre alla fase del monitoraggio degli impatti (v. art. 5 comma 0 quater).

In definitiva l'approvazione condizionata rappresenta una soluzione funzionale, da un lato, a superare ogni ipotesi di dissenso sul progetto del proponente, dall'altro, a evidenziare le criticità dello stesso e i rimedi possibili in un'ottica di economicità e speditezza dell'azione amministrativa e di *leale collaborazione con i privati*[23].

Il provvedimento finale, sia esso negativo o positivo, deve contenere le motivazioni su cui si fonda la decisione comprese le informazioni relative al processo di partecipazione del pubblico.

---

[19] Va peraltro precisato che il progetto va esaminato nella sua globalità con tutte le opere e gli impianti connessi e collegati, giacché un esame frazionato determinerebbe l'esclusione delle normative in materia di v.i.a. in tal senso la giurisprudenza è unanime cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2006, n.5760; Id., sez. V. 16 giugno 2009, n. 3849.

[20] Cosi R. FERRARA, *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella "società del rischio"*, in D. DE CAROLIS - E. FERRARI- A. POLICE (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa, codificazione,* Milano, 2006, p. 347; Id., *La valutazione di impatto ambientale* cit.

[21] Sulla rilevanza delle condizioni nelle autorizzazioni ambientale come forma di tutela integrata espressiva di un equilibrio tra diversi interessi sensibili realizzato per effetto della decisione amministrativa cfr. E. FREDIANI, *La decisione condizionata e tutela degli interessi sensibili*, in *Dir. amm*., 2017 p., 447 e ss.

[22] Il d.lgs. n. 104/2017 ha introdotto la definizione di condizioni ambientali tanto per la decisione di v.i.a. quanto per quella di assoggettabilità alla v.i.a. in quest'ultimo caso però solo su richiesta del proponente (v. art. 5, comma 1, lett. o *ter* e o *quater,* del Codice dell'ambiente). L'apposizione di condizioni ambientali alla verifica di assoggettabilità tuttavia se da un lato funge da strumento migliorativo della qualità ambientale anche di quei progetti che non necessitano di v.i.a. può tuttavia fungere da strumento elusivo della procedura di impatto ambientale laddove subordinando il giudizio negativo di assoggettabilità a numerosi prescrizioni sottrae il progetto alla verifica di impatto ambientale sul punto v. D. GRANARA, *Le tecniche elusive dei procedimenti di valutazione di impatto ambientale*, in *Riv. giur. amb*., 2014 ,p. 164.

[23]Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 27 marzo 2021, n. 1393, Cons. Stato, sez. VI, 23 febbraio 2009, n. 1049.

ISSN 2036-7821

Per espressa previsione del legislatore del 2017 (v. d.lgs. 16 giugno 2017, n. 104) il provvedimento di valutazione di impatto ambientale è, inoltre, obbligatorio e vincolante (art. 5, lett. 0) e va sempre integrato nell'autorizzazione o negli altri titoli abilitativi alla realizzazione del progetto[24], i quali devono recepire sia il provvedimento che le eventuali *condizioni ambientali* contenute nello stesso. Il provvedimento di autorizzazione di un progetto adottato senza V.I.A. (o senza verifica di assoggettabilità a V.I.A. per i progetti per i quali è previsto tale procedura) è, infine, annullabile per violazione di legge[25].

Ne deriva che il procedimento di V.I.A. si configura come un sub-procedimento, che si chiude con un provvedimento che "confluisce" nell'autorizzazione finale[26], sicché il provvedimento negativo si sostanzia in un atto di diniego alla realizzazione del progetto immediatamente impugnabile[27].

Va, peraltro, evidenziato che il carattere sfavorevole del provvedimento è da ravvisarsi, oltre che nel caso di valutazione negativa, anche nel caso in cui la V.I.A. contenga clausole eccessivamente onerose tali che i vantaggi conseguiti dal provvedimento siano inferiori rispetto all'onerosità dell'adempimento delle stesse[28].

---

[24] Cfr. A. CIOFFI, *Ambiente, valutazione preventiva e autorizzazione. Particolari per una lettura*, in R. DI PACE, A. RALLO, A. SCOGNAMIGLIO (a cura di) *Impatto ambientale e valutazione di interessi. La nuova valutazione di impatto ambientale*, Napoli, 2018, p. 181: "l'autorizzazione riceve la v.i.a. nella motivazione…in questa luce v.i.a e autorizzazione diventano un tutt'uno…aiuta rileggere l'autorizzazione attraverso la valutazione dell'interesse ambientale e a valutarne la legittimità in senso sostanziale, In fondo aiuta a rileggere tutta la disciplina alla luce di un interesse che è sentito come generale".

[25] L'originaria versione dell'articolo prevedeva la nullità dell'autorizzazione la *ratio* dell'intervento riformatore è quella di tutelare certezza del diritto e affidamento del cittadino in ordine alla stabilità di titoli urbanistici e edilizi in mancanza di una VIA omessa anche molti anni prima.

[26] Così F. FRACCHIA, *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, in Aa.Vv., *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, 2018,p. 262.

[27] Prima dell'introduzione del Codice dell'ambiente una parte della dottrina riteneva che data la natura di "parere" per autorità che deve emettere l'autorizzazione finale la v.i.a. poteva essere impugnata solo unitamente al provvedimento finale in tal senso v. B. CARAVITA, *Diritto pubblico dell'ambiente,* Bologna, 2001 e P. DELL'ANNO, *Manuale di diritto dell'ambiente,* cit. In senso contrario tuttavia già la giurisprudenza prevalente si erano espresse per autonoma impugnabilità della v.i.a. in virtù dell'effetto lesivo immediato nei confronti del provvedimento finale cfr. TAR Toscana, sez. III, 23 giugno 2006, n. 2909. Sull'immediata impugnabilità della valutazione di impatto negativa dopo il d.lgs. n. 152/2006 cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2014, n.5092, in *Foro amm.*,2014, 2575:"Fin dal loro ingresso nell'ordinamento (d.P.R. 12 aprile 1996) ed in virtù della disciplina dettata dal d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 ("Norme in materia ambientale"), le procedure di v.i.a. e di "screening", pur inserendosi sempre all'interno del più ampio procedimento di realizzazione di un'opera o di un intervento, sono state considerate come dotate di autonomia, in quanto destinate a tutelare un interesse specifico (quello alla tutela dell'ambiente), e ad esprimere al riguardo, specie in ipotesi di esito negativo, una valutazione definitiva, già di per sé potenzialmente lesiva dei valori ambientali; di conseguenza, gli atti conclusivi di dette procedure sono stati ritenuti immediatamente impugnabili dai soggetti interessati alla protezione di quei valori". In tal senso *ex multis* Cons. Stato, sez. IV, 3 marzo 2009, n. 1213 in *Riv. giur. edil*, 2009, p. 381.

[28] Così G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 164. In senso parzialmente diverso G. BERTEZZOLO, *Preavviso di diniego e autorizzazioni condizionate*, in *Foro amm.*, 2007, 1547, la quale include tra provvedimenti negativi anche quelli condizionati all'adempimento di doveri che prima del rilascio di un'autorizzazione non gravano sul destinatario del provvedimento.

ISSN 2036-7821

4. La partecipazione del proponente al procedimento.

La procedura d'impatto ambientale consta di una sequenza di atti che prende avvio da un'attività di un soggetto (privato o pubblico) che propone un determinato progetto attraverso l'elaborazione di un rapporto di valutazione di impatto ambientale (detto studio d'impatto ambientale), cui segue una fase istruttoria e una fase decisoria in cui l'autorità amministrativa competente esamina la documentazione e le informazioni pervenute, pervenendo a una "decisione motivata" in merito agli effetti significativi del progetto sull'ambiente[29] .

Al procedimento così sommariamente descritto si applica la disciplina generale del procedimento amministrativo dettata dalla l. 241 del 1990, in quanto compatibile (art. 9). Tuttavia, il legislatore ha reputato opportuno garantire «una maggiore ampiezza delle garanzie partecipative prevedendo un'ampia partecipazione al procedimento sia del proponete il progetto, che di tutte parti interessate (altre P.a. gli enti territoriali e il pubblico c.d. interessato)[30] [31].

Tale ampia partecipazione assume un'importanza strategica nella *riduzione dell'asimmetrie informative*[32] che caratterizzano le decisioni in materia ambientale, ove non è raro che le conoscenze soprattutto di carattere tecnico scientifico siano detenute soprattutto da soggetti diversi dall'autorità competente e ciò specie nella prospettiva dell'amministrazione del rischio, ove a fronte di situazioni di incertezza scientifica si

[29] Per determinati progetti la sottoposizione a v.i.a. è subordinata ad una fase preliminare di verifica (c.d. screening) nel corso della quale verificare la concreta capacità del progetto di produrre effetti significativi e negativi sul ambiente. Per un esame più articolato della procedura d'impatto ambientale si rinvia a A. MILONE, *Le valutazioni ambientali*, in R. FERRARA- M.A. SANDULLI, *Trattato di diritto dell'ambiente*, II, *I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2014, 158 ss.

[30] Per una ricostruzione del percorso accendente di rafforzamento dei partecipativi nel procedimento di impatto ambientale dalla l. n. 349/1986 fino alla l. n. 120/2020 si rinvia a E. FREDIANI, *Le garanzie partecipative nella valutazione d'impatto ambientale: strumenti tradizionali e dibattito pubblico*, in *Istituzione di del federalismo*, 2020, p. 657 ss.

[31] Sulla duplice funzione della partecipazione di collaborazione e di difesa v. A. ZITO, Il *procedimento amministrativo*, in F. G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, 201. Sulla partecipazione al procedimento d'impatto ambientale cfr. A. RALLO, *Accesso e partecipazione nei procedimenti di impatto ambientale*, in R. DIPACA, A. RALLO, A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Impatto ambientale e bilanciamento di interessi*, Napoli, 2018, p. 49. Più in generale sulla partecipazione i procedimenti in materia ambientale senza alcuna pretesa di esaustività, R. MONTANARO, *La partecipazione ai procedimenti in materia ambientale*, in P.M. VIPIANA (a cura di), *Il diritto all'ambiente salubre*, Milano, 2005, 206 ss.; M. CALABRÒ, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, Napoli, Editoriale scientifica, 2004; G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali*, Milano, 2010; D. SICLARI, *La democrazia ambientale nel quadro dei diritti partecipativi dell'accesso all'informazione ambientale*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, spec. 471 ss.; F. FRACCHIA, *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, cit., 177 ss.; nonché, nel contesto di una più ampia riflessione sulle dinamiche del fenomeno partecipativo, R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2017, p 209 ss.

[32] Cfr. R. FERRARA, *La partecipazione* cit.; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti della tutela ambientale come strumento complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007,403.

ISSN 2036-7821

impone un maggiore coinvolgimento di tutte le parte interessate al processo decisionale.

In questo contesto un ruolo fondamentale assume in particolare la partecipazione del proponente[33] a ogni fase del procedimento, infatti, è proprio l'operatore economico che, in virtù delle specifiche competenze che potrebbe aver acquisito in relazione alle attività concretamente svolte, risulta essere il soggetto più adatto a proporre un dialogo costruttivo con l'Amministrazione procedente. Ma c'è un altro aspetto da considerare: a fronte di una decisione "complessa" quale quella d'impatto ambientatale che vede la compresenza di una pluralità di elementi difficile da governare (contributo della tecnica, interesse ambientale, altri interessi antagonistici) emerge sempre più l'esigenza di una decisione "condivisa" frutto dell'apporto collaborativo del privato (v. art. 1, comma 2 *bis*, l. n. 241/1990)[34].

In quest'ottica il Codice dell'ambiente prevede diversi momenti di confronto della P.a. con il proponente il progetto (oltre che con le altre parti interessate).

Tale confronto può avere inizio su richiesta del soggetto che elabora il progetto già in una fase preventiva all'apertura dell'istruttoria: prima ancora della presentazione del progetto, al fine di definire la portata e il livello di dettaglio delle informazioni necessarie per la redazione dello stesso che si conclude con un parere dell'autorità (c.d. *scoping* progettuale - art. 20); dopo la presentazione del progetto per definire i contenuti dello studio d'impatto ambientale (c.d. *scoping* – art. 21).

Nella fase propriamente istruttoria il legislatore prevede poi che l'Autorità competente, verificata la completezza della documentazione presentata, qualora la documentazione risulti incompleta, possa richiedere al proponente una documentazione integrativa assegnando un termine perentorio a 30 giorni- c.d. soccorso istruttorio- trascorso il quale senza che il proponente depositi detta documentazione l'istanza s'intende ritirata ed è fatto obbligo all'Amministrazione di procedere all'archiviazione.

Della presentazione dell'istanza e della documentazione è dato, infine, pubblicità mediante avviso sul sito web dell'autorità competente. Ed è proprio in questa fase che si realizza *un vero e proprio contraddittorio* tra i soggetti coinvolti e il proponente[35].

---

[33] L'art. 5, lett.. *r*, d.lgs. n. 152/2006 definisce proponente il soggetto pubblico che elabora il progetto soggetto alle disposizioni in materia di v.i.a.

[34] Cfr. M. BROCCA, *Interessi ambientali e decisioni amministrative. Profili critici e nuove dinamiche*, Milano, 2018, p. 289, il quale osserva "La partecipazione nelle sue diverse dimensioni è stata considerata un antidoto alla complessità e il procedimento la sua sede elettiva. In particolare, sul versante dei privati essa può essere assicurata molteplici funzioni secondo una gradazione crescente che va dall'informazione alla comprensione all'accettazione alla condivisione delle decisioni amministrative. Una capacità che per potersi tradurre in componente effettiva della decisione finale deve esplicarsi nel procedimento di formazione delle decisioni".

[35] Sulla nozione di contraddittorio che "esprime la posizione di eguaglianza che è fatta alle parti nel processo in ordine alla possibilità astratta di elaborazione del contenuto della sentenza F. BENVENUTI, *Contraddittorio* (*dir. amm.*), in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 738. Sul contraddittorio nel procedimento cfr. G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, 1971, F. PUGLIESE, *Il contraddittorio nel procedimento*, in F.TRIMARCHI (a cura di), *Il*

ISSN 2036-7821

Infatti, da un lato è prevista la facoltà per "chiunque abbia interesse"(c.d. pubblico interessato)[36], anche attraverso l'inchiesta pubblica[37], di presentare osservazioni, fornendo anche nuovi elementi conoscitivi e valutativi entro il termine perentorio di 60 giorni (entro lo stesso termine sono peraltro acquisiti i pareri delle Amministrazioni coinvolte); dall'altro, è consentito al proponente di presentare *controdeduzioni* alle *osservazioni del pubblico e ai pareri resi dalle amministrazioni interessate*. Tale contraddittorio è esteso anche alle modifiche e integrazioni degli elaborati progettuali "sostanziali e rilevanti" richieste dall'Amministrazione.
È facile osservare che tutti questi momenti di confronto dialettico coil soggetto che propone il progetto, seppure sintomatici della volontà del legislatore di incentrare la decisione sul dialogo continuo con il destinatario del provvedimento, riguardano tuttavia *una fase antecedente a quella in cui la p.a. abbia maturato una decisione*.

5. Riflessioni critiche sull'esclusione dell'applicabilità del preavviso di rigetto prevista dal c.d. decreto semplificazioni bis.
La procedura di valutazione d'impatto ambientale è stata oggetto di due recenti interventi legislativi (decreto legge 16 luglio 2020, n. 76 - c.d. decreto semplificazioni- convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120 e decreto legge 31 maggio 2021, n. 77 – c.d. decreto semplificazioni bis -conv. dalla legge 29 luglio 2021, n. 108) il cui intento è stato quello complessivamente di semplificare la procedura al fine di rendere più celere il procedimento in considerazione della rilevanza economica dei progetti sottoposti a provvedimenti di V.I.A.
Vale ricordare che il "Piano nazionale di ripresa e resilienza" prevede una serie di interventi di semplificazione in materia di permessi e autorizzazioni allo scopo di favorire gli investimenti. Si parla, a tal proposito, di "riforme abilitanti", ossia interventi funzionali alla rimozione degli ostacoli amministrativi, regolatori e procedurali che condizionano le attività economiche e la qualità dei servizi erogati ai cittadini e alle imprese. Nel PNRR si legge, in particolare, della necessità della

procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione, in *Atti del Convegno Messina-Taormina 25-26 febbraio 1988*, Milano, 1990, p. 25 e ss.; F. FIGORELLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo dal processo al procedimento con pluralità di parti*, Napoli, 1996; A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo - convenzionale*, Torino, 2016.

[36] Sulla nozione di pubblico interessato quale clausola aperta che esclude qualsiasi rigida precostituzione formale ma viene ancorata ad un criterio "sostanziale" quello del territorio che risentirebbe degli effetti dell'iniziativa degli effetti della v.i.a. che si pone in rapporto in qualche modo qualificato e differenziato con l'evento e il bene della vita cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *La partecipazione civica la processo decisionale amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1 ss.; R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo,* cit.

[37] Sull'istituto dell'inchiesta pubblica nel procedimento di valutazione di impatto ambientale si rinvia a G. PIZZANELLI, *L'inchiesta pubblica nel procedimento di impatto ambientale. La necessità di regolare le modalità di consultazione del pubblico e le prospettive della partecipazione digitale. Analisi di un caso,* in *Riv. giur. urb.*, 2021, p. 119 ss. Sull'inchiesta pubblica più in generale cfr. L. CASINI, *L'inchiesta pubblica. Analisi comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, p. 43 ss.

ISSN 2036-7821

"semplificazione e razionalizzazione delle normative in materia ambientale" (pagine 67-68), sulla base della considerazione che "è necessaria una profonda semplificazione delle norme in materia di procedimenti ambientali e, in particolare, delle disposizioni concernenti la V.I..A, giacché le norme vigenti prevedono procedure di durata troppo lunga e ostacolano la realizzazione di infrastrutture e di altri interventi sui territori[38].

In questa direzione il legislatore è intervenuto con una serie di misure per rendere più rapido il procedimento di V.I.A (v. a es. riduzione dei termini procedimentali, riduzione potere conformativo della p.a. in tema di prescrizioni, attivazione di corsie preferenziali per le opere comprese nel PNIEC e nel PNNR)[39].

---

[38] Sui recenti interventi semplificazioni delle procedure ambientali cfr. F. LIGUORI, *Tutela dell'ambiente,* cit.; E. SCOTTI, *Semplificazioni ambientali tra politica e caos: la via e i procedimenti unificati*, in *Riv. giur. edil.*, 2018, p. 353, la quale osserva: "La tutela dell'ambiente, anzi, in quanto ostacolo amministrativo particolarmente resistente nei processi decisionali pubblici, sembra paradossalmente tramutarsi in bersaglio prioritario delle recenti riforme ispirate al rilancio dell'economia. Sicché emerge oggi una nuova e opposta differenziazione: l'interesse un tempo differenziato nella maggior tutela diviene, all'opposto, differenziato nell'obiettivo di progressiva decostruzione del suo statuto privilegiato. E ciò, trova una giustificazione, finanche costituzionale, nella prospettiva di assicurare il "primato dei diritti della persona, dell'impresa e dell'operatore economico". Sulla semplificazione in materia ambientale v. anche M. RENNA, *Semplificazione e ambiente*, in Riv. *giur. edil.*, 2008, p. 37. In generale sulle semplificazioni amministrative *ex multis* E. CASETTA, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 335 ss.; S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, 1998, p. 699 ss.; V. PARISIO (a cura di), *Semplificazione dell'azione amministrativa e procedimento amministrativo alla luce della l. 15 maggio 1997 n. 127*, Milano, 1998; R. FERRARA, *Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità*? in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 323 ss.; V. CERULLI IRELLI - F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 627 ss.; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Napoli, 2000; G. VESPERINI, *Semplificazione amministrativa*, in S. CASSESE (cura di), *Dizionario di diritto*, VI. Milano,2006, 5479 ss.; M.P. CHITI, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari*? in *Foro amm.* – C.d.S, 2006, p. 1057.

[39] Il d.lgs. n. 76/2020, conv. dalla l. n. 76/2020, ha modificato la definizione di progetto e di condizione richiedendo la proposizione del vero e proprio progetto di fattibilità e non di progetto equivalente, per evitare che il minore livello di dettaglio degli elaborai comportasse ritardi nella procedura costringendo la p.a. a richiedere ulteriori informazioni. Sempre al fine di accelerare la procedura si prevede che le condizioni ambientali del provvedimento di via definiscano solo le linee di indirizzo e le successive fasi di sviluppo progettuale e non i requisiti; ancora si dimezzano i tempi della procedura da 8 mesi a 4 mesi; si rafforza il potere sostitutivo in caso di mancata conclusione del procedimento entro 30 giorni si prevede. riduzione dei termini per la presentazione delle controdeduzioni da parte del proponente). Per un esame dettagliato della novità introdotte cfr. F. DE LEONARDIS, *Decreto semplificazione- Ambiente*, in *Gior. dir. amm.*, 2020, p. 787. Tra gli interventi previsti dal d.l. n. 77/2021, conv. dalla l. n. 108/2021, in materia di VIA si segnala istituzione all' 17 di una Commissione tecnica speciale per i progetti di competenza statale inclusi nel PNRR e nel PNIEC, di cui all'Allegato I del d.l. n. 77/2021 (c.d. "Commissione Tecnica PNRR-PNIEC"); l'accorciamento del termine della procedura per la verifica di assoggettabilità alla VIA (c.d. "*screening*") di cui all'art. 19, Codice Ambiente, prevedendo, tra l'altro, un accorciamento dei termini per la presentazione di osservazioni sul progetto (da 45 giorni a 30 giorni). Con riferimento alla consultazione preventiva di cui all'art. 20 del Codice Ambiente, si è previsto un termine di 30 giorni che l'autorità competente deve rispettare al fine di fornire la determinazione sulla proposta formulata dal proponente. L'art. 20, invece, interviene sulle modalità di rilascio del provvedimento di VIA statale di cui all'art. 25, con una contestuale bipartizione della procedura tra progetti inclusi ed esclusi nel PNRR stabilendo tra l'altro che:(i) per i progetti di competenza statale (ma non inclusi nel PNRR), il provvedimento di VIA dovrà essere adottato entro 60 giorni dalla conclusione della fase di consultazione del pubblico previa acquisizione del

ISSN 2036-7821

Ai fini che qui interessano il legislatore del 2021[40] ha previsto tra le altre misure di semplificazione anche la non applicabilità del preavviso di rigetto di cui all'art. 10 *bis*. l. n. 241/1990 non solo alla procedura di sceenig ambientale[41], ma anche alla procedura di valutazione di impatto ambientale.

In effetti, già prima che il legislatore intervenisse espressamente per negare l'applicazione dell'istituto del preavviso di diniego alla V.I.A. era stata paventa l'idea[42] che gli obbligatori meccanismi di partecipazione preventiva riconosciuti dalla normativa giustificassero la sottrazione della valutazione di impatto ambientale alla normativa sul preavviso di rigetto.

In dottrina[43] si è osservato che la scansione temporale certa della partecipazione al procedimento di valutazione ambientale attraverso la fissazione di termini perentori[44] e l'identificazione di momenti conclusivi dell'istruttoria sia suscettibile di favorire l'effettività del contraddittorio, assicurando che lo stesso abbia a oggetto l'intero materiale istruttorio raccolto e ciò diversamente dalla disciplina generale del procedimento amministrativo, ove la pienezza del contraddittorio con il proponente è recuperata solo dopo la comunicazione del preavviso di rigetto, essendo consentito

---

concerto del competente direttore generale del Ministero della Cultura entro 30 giorni; in caso di particolare complessità il termine potrà essere prolungato per un massimo di 30 giorni previa comunicazione al proponente delle motivazioni e della data di rilascio del provvedimento;(ii) per i progetti inclusi nel PNRR, la Commissione Tecnica PNRR-PNIEC si esprime entro 30 giorni dalla fine della fase di consultazione e comunque entro 130 giorni (e non più 170 giorni) dalla pubblicazione della documentazione di cui all'art. 23, Codice Ambiente predisponendo lo schema del provvedimento divisa. Nei successivi 30 giorni, il direttore generale del MITE adotta il provvedimento di VIA, previa acquisizione del concerto del competente direttore generale del Ministero della Cultura entro il termine di 20 giorni. Ne caso in cui il termine per la conclusione del procedimento relativo ai progetti collegati al PNRR non sia rispettato, è disposto il rimborso al proponente del 50% dei diritti di istruttoria. Secondo l'art. 21, la consultazione del pubblico non dovrà più avvenire in 60 giorni, bensì in 30, per progetti relativi al PNRR o connessi al PNIEC.

[40] L'art. 25 d.l. n. 77/2021, conv. dalla l. n. 108/2021, ha inserito, all'interno dell'art 6 del d.lgs. n. 152/2006, il comma 10 *bis*, ove si prevede espressamente che ai procedimenti di assoggettabilità a v.i.a. e v.i.a. non si applichi quanto previsto dall'art. 10 *bis* della l. n. 241/1990.

[41] Cfr. Cons. Stato, sez. II, 7 settembre 2020, n. 5379, in *Foro amm*. 2020, 1709, con nota critica di A. PRIMERANO, *L'effettività della tutela ambientale nel rapporto tra procedimento di sceening e v.i.a*, in *www.giustiainsieme*, 2020, ove si è escluso l'applicabilità dell'art. 10 *bis* alla sola verifica di assoggettabilità a valutazione d'impatto ambientale- c.d. screening- sulla base della considerazione che la stessa non configura un vero e proprio atto di diniego del progetto, dato che la stessa non preclude degli esiti della successiva v.i.a. ove possono essere recuperati tutte le necessarie istanze partecipative e gli apporti contributivi della parte previste dall'art. 10 *bis* l. n. 24171990, configurano la v.i.a. negativa essa sì come un vero e proprio atto di diniego all'approvazione del progetto.

[42] Cfr. A POLICE, *La valutazione di impatto ambientale*, in P. DELL'ANNO – E. PICOZZA *Trattato diritto dell'ambiente*, II, Padova, 2013, p. 538. Nel senso della compatibilità del preavviso di diniego con la disciplina della valutazione d'impatto ambientale cfr. Cons. Stato, sez. V., 22 marzo 2012, n. 1640, in *www.giustizia-amministartiva.it.*

[43] Cfr. B. GAGLIARDI, *Intervento nel procedimento, giusto procedimento e tutela del contraddittorio*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 373.

[44] Tutti i termini del procedimento di valutazione di impatto ambientale. sono perentori per espressa previsione dell'art. 25, comma 7 del d.lgs. n. 152/2006.

ISSN 2036-7821

alle parti del procedimento (necessarie o eventuali) di presentare osservazioni e documenti fino all'adozione del provvedimento, di cui pertanto l'istante potrebbe non avere conoscenza[45].

Da tali considerazioni potrebbe desumersi l'inutilità della comunicazione del preavviso di diniego per la valutazione di impatto ambientale tale da determinare un inutile "appesantimento" della procedura.

Tuttavia, si tratta di un'idea che va a mio avviso respinta, giacché nega la rilevanza della funzione svolta dal preavviso di rigetto *quale strumento di deflazione del contenzioso amministrativo e di miglior cura dell'interesse ambientale.*

Va, infatti osservato che la comunicazione preventiva dei motivi ostativi al rilascio del provvedimento[46] consente di attivare un ulteriore momento dialettico con il privato destinatario del provvedimento, consentendogli non solo di presentare osservazioni per contestare le ragioni del diniego e l'introduzione di altri elementi utili sul piano istruttorio (con ciò costituendo ulteriore strumento per colmare le asimmetrie informative), ma *anche di avanzare proposte modificative o integrative*[47], o di richiedere l'apposizione di *condizioni* al provvedimento, quale misure volte a evitare prevenire o ridurre o compensare gli impatti ambientali significativi (art. 5, lett. 0, d.lgs. n. 152/2006).

Invero, seppure l'art. 10 *bis* non prevede espressamente la possibilità che il destinatario del provvedimento possa avanzare proposte modificative del progetto, un'interpretazione teleologicamente orientata sui principi di buona fede e collaborazione nei rapporti tra privati (v. art. 1, comma 2 *bis*, l n. 241/1990) induce a ritenere che proprio tale richiesta consentirebbe di sviluppare al massimo la natura conciliativa o precontenziosa in senso lato dell'istituto del preavviso di rigetto[48].

Resta chiaramente il limite che le proposte avanzate non siano tali da snaturare l'impianto originario del progetto, non siano cioè rilevanti e sostanziali, perché ciò implicherebbe l'elusione delle garanzie partecipative di altri soggetti che sono esclusi dal contraddittorio ex art. 10 *bis* e l'apertura di un supplemento d'istruttoria

---

[45] Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *L'istruttoria procedimentale dopo l'articolo 10-bis della legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 354.

[46] Sulla disciplina del preavviso di diniego dopo le modifiche apportate dal decreto semplificazione e sugli effetti di "sistema" che da essa potrebbero scaturire si rinvia a S. BOCCHINI, *Il preavviso di rigetto, effetto preclusivo e giudicato di annullamento*, in *Dir e proc. amm.*, 2022 in *corso di pubblicazione*.

[47] L'art. 24, comma 4, del d.lgs. n. 152/2006 prevede che le modifiche e integrazione del progetto possa essere chiesta all'esito della consultazione o delle presentazioni delle controdeduzioni esclusivamente dall'Amministrazione, le quali però se sostanziali e rilevanti necessitano di un ulteriore fase di consultazione del pubblico e di attività consultiva delle amministrazioni interessate con conseguente facoltà del proponente di presentare le controdeduzioni (art. 24 comma 4).

[48] In tal senso cfr. M. BROCCA, *Interessi ambientali*, cit., p. 293. Tale opzione ermeneutica ha trovato conferma in alcuni recenti arresti giurisprudenziali v. TAR Campania, Salerno, sez. I, 9 marzo 2016, *in* www.giustizia *amministrativa.it;* TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 23 luglio 2014, n. 2003; TAR Campania, Napoli, sez. VI, 9 dicembre 2013, in 5640, tutte in www.giustizia *amministrativa.it.*

ISSN 2036-7821

incompatibile con gli ordinari termini di conclusione del procedimento, In quest'ottica la comunicazione del *preavviso di rigetto potrebbe svolgere una funzione fondamentale nella direzione della costruzione dialogica e condivisa della decisione amministrativa*[49]. È parere di chi scrive, quindi, che i pur rilevanti momenti di confronto previsti del legislatore non possano in alcun modo sostituire il contraddittorio instaurato a seguito comunicazione del preavviso di diniego, dato che l'art. 10 *bis* apre lo spazio ad un dialogo più concreto e avanzato che non riguarda più il progetto, ma la decisione maturata dall'Amministrazione[50].

Il meccanismo delle controdeduzioni del proponente previsto dall'art. 24 del Codice dell'ambiente ha, del resto, ad oggetto le sole osservazioni presentate dal pubblico o da altre P.a. e non la decisione maturata dalla P.a., tuttavia è solo il confronto paritario e bidirezionali tra P.a e privato sulla "predecisione" che può fungere da strumento *latu sensu* conciliativo e di deflazione del contezioso amministrativo. Sotto quest'aspetto mi sembra che sia piuttosto il meccanismo delle controdeduzioni che rischi di profilarsi come un inutile appesantimento della procedura data l'assenza in questa fase di un ruolo attivo da parte dell'Amministrazione nella anticipazione della decisione.

L'art. 24, comma 4, prevede, peraltro, che dopo la posizione delle controdeduzioni venga attivato un ulteriore momento di "soccorso" per proponete attraverso il riconoscimento della possibilità di apportare le modifiche e integrazione al progetto "necessarie", ma l'individuazione delle stesse appare rimessa ad una decisione "unidirezionale" dell'Amministrazione non aperta al dialogo al confronto con il privato.

Piuttosto che negare l'applicabilità dell'istituto del preavviso di rigetto alla procedura di impatto ambientale si sarebbe allora potuto sostituire il meccanismo

[49] Cfr. F. FRACCHIA - F. MATTASOGLIO, *Lo sviluppo sostenibile alla prova: la disciplina della via e vas alla luce del d.lgs. n. 152/2006*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, p. 132, ove si pone in luce che nel procedimento di valutazione di impatto ambientale sussistono diversi momenti che evidenziano l'importanza della negoziazione tra proponente e Amministrazione a riprova del fatto che il giudizio finale non si configura affatto nella secca alternativa binaria tra valutazione positiva e negativa, ma ha ad oggetto un intervento su cui si è svolto un dialogo continuo.

[50] Sulla rilevanza del preavviso di rigetto cfr. Cfr. E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al "preavviso di rigetto"*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 1004 ss., il quale evidenzia il modello comunicativo delineato dall'art. 10 l. n. 241/1990 ha, invece, carattere "eventuale", in quanto rimesso alla volontà del singolo e "monodirezionale", in quanto mentre il soggetto partecipante manifesta la propria volontà in ordine al contenuto del provvedimento mediante il deposito di memorie e documenti, non è prevista alcuna comunicazione sul contenuto del provvedimento da parte dell'Amministrazione procedente, sicché tale modello non è in grado di realizzare un dialogo effettivo, continuo e paritario tra Amministrazione e cittadini e appare ben lontano dal realizzare un modello di "amministrazione condivisa". Diversamente la partecipazione prevista dall'art. 10 *bis* delinea un modello di comunicazione "necessario" e "bidirezionale", giacché a una manifestazione di volontà in ordine al contenuto del provvedimento proveniente dall'istante segue un'eguale e contraria manifestazione di volontà da parte dell'amministrazione procedente.

ISSN 2036-7821

delle controdeduzioni con la comunicazione del preavviso di diniego[51]. Invero è in sede di comunicazione del preavviso di diniego che l'Amministrazione dovrebbe comunicare le soluzioni modificative reputate necessarie per l'accoglimento dell'istanza[52], sì da consentire al proponente attraverso la proposizione delle osservazioni di essere coinvolto nella costruzione della decisione amministrativa anche attraverso *e mediante la ricerca di soluzione alternative*[53].

Infine, può osservarsi che gli obiettivi di semplificazione e accelerazione che hanno indotto il legislatore ad intervenire sulla valutazione di impatto ambientale non si pongono in contrasto con l'applicazione della comunicazione del preavviso di diniego così come disciplinato oggi dall'art. 10 *bis* della l. n 241/1990 a seguito delle modifiche apportate dal d.l. n. 76/2020, conv. dalla l. n. 120/2020.

Infatti, da un lato, l'istituto del preavviso non determina più un consistente allungamento dei termini del procedimento in contrasto con le esigenze di accelerazione dei procedimenti di V.I.A. in cui termini "perentori" sono stato ridotti, giacché si è previsto che il contraddittorio successivo alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza determina una situazione di sospensione - non più di interruzione - dei termini per la conclusione del procedimento. D'altro canto, l'art. 10 *bis* prevede ora che dopo l'annullamento in giudizio di un provvedimento negativo preceduto dalla comunicazione del preavviso di rigetto, *la P.a. nel riesercitare il potere non possa addurre per la prima volta motivi ostativi emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato*[54]. In tal modo è facile osservare che la norma consegue proprio l'obiettivo di garantire il conseguimento del provvedimento necessario per svolgere un'attività privata *in tempi rapidi* attraverso *la stabilizzazione del giudicato* amministrativo, evitando il noto fenomeno per cui l'Amministrazione in sede di riesercizio del potere dopo un annullamento giurisdizionale di un atto di diniego può nuovamente negare il provvedimento per motivi diversi da quelli censurati dal giudice[55] .

---

[51] Sulla necessità di coinvolgere i terzi sul contraddittorio instaurato a seguito della comunicazione del preavviso cfr. Cfr. M. LUCCA, *Il c.d. preavviso di rigetto tra buona fede e legittima aspettativa del privato*, in www.lexitalia.it, 2005, il quale propende per un'interpretazione estensiva della comunicazione del preavviso tale da includervi tra i destinatari anche tutti coloro che hanno partecipato al procedimento ex artt. 7 ss. l. n. 241/1990.

[52] Sulla possibilità di "addossare all'amministrazione l'onere di individuare e proporre le soluzioni modificative dell'istanza ovvero quelle alternative" in sede di comunicazione del preavviso di diniego in applicazione dei principi di buona fede e collaborazione cfr. L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto di giustizia*, in *Dir. amm.*,2021, p. 573.

[53] Nel senso che il contraddittorio sulla decisione rappresenta *il quid pluris* che caratterizza il procedimento rispetto al processo propriamente detto cfr. F. MERUSI, *Diritti fondamentali e amministrazione* (o della demarchia secondo Feliciano Benvenuti), in *Dir. amm.*, 2006, p. 550.

[54] Cfr. L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego. Alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, *in Dir. amm*., 2021, p. 573 ss.

[55] E' noto che il tema della tutela giurisdizionale degli interessi pretensivi sia al centro di un dibattito dottrinale e giurisprudenziale teso a favorire l'effettività della tutela giurisdizionale del privato (art. 24 Cost.) colmando quale vuoto di tutela causato da un giudizio amministrativo impugnatorio incentrato su sindacato di legittimità

ISSN 2036-7821

Inoltre, può notarsi che nella direzione del conseguimento in tempi celeri del provvedimento di V.I.A. dopo un annullamento giurisdizionale, il legislatore del 2020 (v. d.l. n. 76/2020 conv. dalla l. 108/2020) ha introdotto, all'interno della l. n. 241/1990, l'art. 21 *decies* che dispone che in caso di annullamento con sentenza passata in giudicato del provvedimento "positivo" il proponente può richiedere una procedura accelerata e semplificata per il riconseguimento dello stesso[56]. Il meccanismo di riattivazione del procedimento volto alla "reimissione" del provvedimento di V.I.A[57]. introdotto da legislatore prevede, in particolare, che, salvo le ipotesi in cui sia necessarie modifiche del progetto, siano fatti salvi tutti gli atti emanati dall'Amministrazione nel procedimento, ma non censurati dal giudice. In tal modo il legislatore configura una riemersione degli atti endoprocedimenati, sì da *spegnere "i focalai discrezionali"*[58] originariamente esistenti all'interno del procedimento nel segno della rapidità del conseguimento del provvedimento, evitando inutili dispersioni di risorse temporali e procedurali.
Desta, quindi, particolare la perplessità, a distanza di un meno di un anno dal suddetto intervento legislativo, l'esclusione dell'applicabilità alla valutazione d'impatto ambientale della disciplina del preavviso di rigetto, che persegue lo stesso obiettivo dell'art. 21 *decies* di conseguimento in tempi celeri del provvedimento dopo

---

dell'atto amministrativo che fa salvo in ossequio al principio di inesauribilità del potere *a fronte di una sentenza di annullamento dell'atto il "riesercizio" del potere amministrativo.* In una visione tradizionale del processo amministrativo come giudizio basato sull'atto che "scivola sul rapporto, senza inciderlo e senza lasciargli tracce sensibili", si è, infatti, consolidata l'idea che il riesercizio del potere amministrativo dopo la *sentenza di annullamento non precluda* all'amministrazione di denegare nuovamente il provvedimento sulla base di fatti e ragioni nuove diverse da quelle censurate dal giudice rispetto al provvedimento annullato con un meccanismo che potrebbe non avere mai fine. Per un approfondimento del dibattito si rinvia a S. BOCCHINI, *Preavviso di rigetto, effetto preclusivo e giudicato di annullamento* cit. e alla dottrina e giurisprudenza ivi richiamata.

[56] L'art. 21 *decies* dispone che "in caso di annullamento di un provvedimento finale in virtù di una sentenza passata in giudicato, derivante da vizi inerenti ad uno o più atti emessi nel corso del procedimento di autorizzazione o di valutazione di impatto ambientale, il proponente può richiedere all'amministrazione procedente e, in caso di progetto sottoposto a valutazione di impatto ambientale, all'autorità competente ai sensi del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, l'attivazione di un procedimento semplificato, ai fini della riadozione degli atti annullati. Qualora non si rendano necessarie modifiche al progetto e fermi restando tutti gli atti e i provvedimenti delle amministrazioni interessate resi nel suddetto procedimento, l'amministrazione o l'ente che abbia adottato l'atto ritenuto viziato si esprime provvedendo alle integrazioni necessarie per superare i rilievi indicati dalla sentenza. A tal fine, entro quindici giorni dalla ricezione dell'istanza del proponente, l'amministrazione procedente trasmette l'istanza all'amministrazione o all'ente che ha emanato l'atto da riemettere, che vi provvede entro trenta giorni. Ricevuto l'atto ai sensi del presente comma, o decorso il termine per l'adozione dell'atto stesso, l'amministrazione riemette entro i successivi trenta giorni il provvedimento di autorizzazione o di valutazione di impatto ambientale in attuazione, ove necessario, degli artt. 14-*quater* 14-*quinquies* della presente legge e dell'art. 25, commi 1 e 2 *bis*, d.lgs. n. 152/2006".

[57] Sulla riemissione del provvedimento cfr. C. E. GALLO, *La riemissione del provvedimento amministrativo*, in *www.giustiziainsieme*, 2020.

[58] Così F. FRACCHIA - P. PANTALEONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabili, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in *www federalism.it* ,2020.

ISSN 2036-7821

un giudicato di annullamento, ma nel caso *simmetrico* di annullamento giurisdizionale di un provvedimento negativo. *Tale aporia è dovuta probabilmente alle modalità d'intervento del nostro legislatore che ormai d'uso ricorre a interventi di inserimento/eliminazione di specifiche disposizioni, in luogo di riforme organiche.* Tale intervento peraltro risulta ancora più criticabile laddove introduce modifiche relative ad istituti inerenti il settore ambientale che più coerentemente avrebbero dovuto essere inserite all'interno del Codice dell'ambiente e non all'interno di della l. n. 241/1990 che disciplina istituti generali,

In conclusione l'istituto del preavviso di rigetto è funzionale sia ad una *migliore costruzione della decisone ambientale* attraverso il dialogo collaborativo con il destinatario del provvedimento, sia al conseguimento in tempi rapidi di un provvedimento necessario per lo svolgimento di un'attività economica[59], consacrando la regola della consumazione del potere all'interno del procedimento dopo una sentenza di annullamento di una valutazione negativa, fungendo al contempo da strumento di deflazione del contenzioso amministrativo.

[59] Più in generale sul difficile equilibrio tra garanzie partecipative e esigenze di celerità ed efficienza dell'azione amministrativa cfr. M.R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione all'esercizio* del potere*: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2002, p.283.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il caso "bonus Covid" in favore dei titolari di cariche pubbliche: i rilievi sollevati all'INPS dal Garante per la protezione dati personali

di Filippo Lorè

(Docente a contratto per l'insegnamento - "Trattamento dei dati sensibili" presso l'Università degli studi di Bari "A. Moro")

Sommario

1. Introduzione. — 2. L'istruttoria del Garante per la protezione dati personali. — 3. Conclusioni.

Abstract

This work traces the arguments produced by the Italian Data Protection Authority in the injunction measure issued to INPS, in the context of the "Covid bonus" case paid to subjects with VAT numbers. The Authority's investigation activity mainly focuses on the analysis of the methods through which the anti-fraud assessment work carried out by the Institute was carried out, aimed at ascertaining that, among the applicants for the economic measure, subjects vested with offices were found policies. It is highlighted that for the process of raising awareness of the privacy issue, decisive and further impulses are required, with the primary purpose of guaranteeing the fundamental rights and freedoms of the data subjects.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

Come noto, fin dall'entrata in vigore della Direttiva 95/46/CE[1], in ogni Stato dell'Unione risiede una o più autorità pubbliche indipendenti, oggi incaricate, ai sensi dell'art. 51, par. 1, del Regolamento UE 2016/679[2], di sorvegliare l'applicazione della normativa *privacy*, al fine di tutelare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, e di agevolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione. Tali «autorità di controllo», indipendenti, dispongono di poteri di indagine, correttivi, autorizzativi e consultivi[3]. Di tal che, in Italia, ai sensi dell'art. 2-*bis* del D.lgs. n. 196/2003, come modificato dal D.lgs. n. 101/2018, a rivestire questo ruolo è il Garante per la protezione dei dati personali, competente ad adottare provvedimenti correttivi e ad irrogare le sanzioni amministrative pecuniarie, ai sensi dell'articolo 83 del medesimo Regolamento[4].

Di recente, suscitando non poco clamore mediatico, il Garante italiano ha dichiarato illecito il trattamento di dati personali effettuato dall'Istituto Nazionale di Previdenza Sociale (INPS) e, di conseguenza, ha ingiunto allo stesso Istituto, a titolo di sanzione, di pagare la somma di trecentomila euro, nonché di cancellare i dati non necessari, trattati in violazione del principio di minimizzazione, e implementare un'adeguata valutazione di impatto sulla protezione dei dati personali. La sanzione è conseguente ad alcune violazioni dell'INPS, commesse nell'ambito degli accertamenti effettuati per verificare la reale spettanza della misura economica, relativa al bonus Covid[5], erogato per i mesi di marzo e aprile 2020 (per i titolari di partita IVA), a favore di soggetti titolari di cariche politiche[6]. Nelle settimane successive all'erogazione di siffatto bonus era, difatti, emerso, da articoli di organi di stampa, che tale misura assistenziale era stata percepita da alcuni deputati e da migliaia di amministratori di Enti locali, inducendo così l'Ufficio dell'Autorità garante ad avviare un'istruttoria sulle attività di monitoraggio, vigilanza e controllo attivate dall'INPS, con il precipuo scopo di accertare che tali operazioni si fossero

[1] DIRETTIVA 95/46/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati

[2] REGOLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)

[3] Cfr. art. 58, Reg. UE 2016/679

[4] Cfr. art. 153, c.1, D.lgs. n. 196/2003

[5] D.l. 17 marzo 2020, n. 18 (convertito, con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27) e D.l. 19 maggio 2020, n. 34 (convertito, con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77)

[6] GARANTE, Provvedimento del 25 febbraio 2021, docweb n. 9556958, disponibile all'indirizzo https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9556958

ISSN 2036-7821

espletate in adesione alla rilevante normativa in materia di protezione dei dati personali[7].

Le principali criticità rilevate dall'Autorità di controllo attengono al presunto mancato rispetto dei quattro elementi fondamentali che costituiscono l'architrave del sistema normativo del Reg. UE 2016/679, ovvero i principi di liceità, correttezza e trasparenza del trattamento, di minimizzazione dei dati, nonché di *privacy by design e by default* e di *accountability*.

È utile ricordare che il legislatore europeo, nel 2016, la normativa italiana, poi, con il D.Lgs n. 101/2018, introducono talune novità in materia, al fine, tra gli altri, di tutelare i diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche. Il predetto Regolamento, risulta essere strumento imprescindibile per garantire che le persone dispongano di un migliore controllo sulle proprie informazioni personali[8] e che tali dati siano trattati per una finalità legittima, lecita, corretta e trasparente[9]. Allo stesso tempo, il legislatore eurounitario spinge per l'affermazione di un cambio di paradigma, basato sul meccanismo di fiducia tra gli *stakeholders*, mediante un approccio basato sul rischio, e sostiene l'adesione ai principi fondamentali, quali, tra gli altri, la tutela della vita privata, fin dalla progettazione e per impostazione predefinita[10]. Si tratta del principio di *privacy by design e by default*, sancito dall'art. 25 del Regolamento[11].

La presente trattazione, mediante i rilievi posti dal Garante per la protezione dei dati personali, si ripropone di scandagliare un principio cardine della legislazione in materia di protezione dei dati personali: l'*accountability* del titolare del trattamento, ossia il soggetto che determina le finalità e i mezzi dello stesso trattamento[12]. L'*accountability*, che si sostanzia nella responsabilizzazione del titolare, affinché quest'ultimo "sia in grado" (*to be able to*) di "rendicontare" (*account*) il rispetto dei

[7] F. ANGELI, *Emergenza Covid-19 e protezione dei dati personali*, in ECONOMIA E SOCIETÀ REGIONALE, 2, 2020, Permalink: http://digital.casalini.it/10.3280/ES2020-002014

[8] Per la definizione del diritto alla riservatezza nella giurisprudenza della Corte di Cassazione si rinvia, fra le tante pronunce, a: Cass. Civ., Sez. 1, sentenza 27 maggio 1975, n. 2129; Cass. Civ., Sez. 3, sentenza 9 giugno 1998, n. 5658; Cass. Civ., Sez. 1, sentenza 30 giugno 2001, n. 8889. Sulla tutela dei dati personali, cfr. C. CHIARIELLO, *Il valore costituzionale della Carta di Nizza: un problema ancora aperto anche alla luce della sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale*, in Giurcost.org, fasc. n. 2/2018, 7 marzo 2018, p. 378; CGUE, Sentenza Stauder, 12 novembre 1969 (C-29/69); M. PARPAGLIONI, *La tutela dei dati personali come presupposto logico-giuridico del divieto di discriminazione*, nota a Cass. 11 agosto 2014, n. 17859, RGL, 2015, II, 78.

[9] COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, La protezione dei dati come pilastro dell'autonomia dei cittadini e dell'approccio dell'UE alla transizione digitale: due anni di applicazione del regolamento generale sulla protezione dei dati*, 25 febbraio 2020

[10] *Ibidem*

[11] F. LORÈ - P. MUSACCHIO, *Cybersecurity* e protezione dei dati personali ai tempi dell'*accountability*: verso un cambio di prospettiva? in *Amministrativ@mente*, n. 1, 2021

[12] R. CELELLA, *Il principio di responsabilizzazione: la vera novità del GDPR*, in Ciberspazio e diritto: rivista internazionale di informatica giuridica, 1/2, 2018, Permalink: http://digital.casalini.it/10.1400/263843 - Permalink: https://doi.org/10.1400/263843

ISSN 2036-7821

principi della normativa rilevante in materia, impone al titolare l'adozione di misure tecniche e organizzative adeguate per rispettare (ed essere in grado di dimostrarlo) la normativa europea[13], tenuto conto della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, nonché dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone stanziate nello Spazio Economico Europeo[14].

Di recente, a seguito del ricorso dell'INPS, è intervenuta la sentenza n. 4735 / 2022 della XVIII sezione civile del Tribunale di Roma. In essa si afferma che non sarebbe stato violato il principio di *privacy by design e by default* poiché i dati personali trattati sono stati acquisiti da banche dati pubbliche, dunque, l'uso dei dati per finalità di controllo era prevedibile da parte degli interessati, anche alla luce del considerando 47, Regolamento UE 2016/679, secondo cui «[…] l'interessato, al momento e nell'ambito della raccolta dei dati, possa ragionevolmente attendersi che abbia luogo un trattamento a tal fine». Inoltre, secondo il Tribunale non sussisteva, per il trattamento eseguito dall'INPS, l'obbligo di svolgere una DPIA.

2. L'istruttoria del Garante per la protezione dati personali.

Ciò evidenziato, è opportuno ricostruire i fatti, con riguardo all'istruttoria avviata dal Garante, nel procedimento *de quo*, dalla quale è emerso che l'Istituto Nazionale Previdenza Sociale, in attuazione del disposto normativo, aveva provveduto ad erogare il "bonus Covid" a favore di tutti i richiedenti, ritenuti in possesso dei requisiti, individuati sulla base di riscontri automatizzati delle informazioni dichiarate dai richiedenti, incrociati con le banche dati detenute dallo stesso Istituto (cc.dd. "controlli di primo livello")[15]. Successivamente, anche a seguito di notizie diramate dagli organi di stampa, la Direzione centrale antifrode, anticorruzione e trasparenza dell'INPS ha avviato dei "controlli di secondo livello", nell'ambito dei quali, «si sono rese necessarie verifiche non realizzabili sulla base dei dati presenti nei soli archivi dell'Istituto per quanto riguarda la posizione dei parlamentari e dei titolari di cariche presso le amministrazioni locali e regionali che percepiscono indennità di mandato, in considerazione della sua natura di reddito assimilato al lavoro dipendente, nonché in ragione della loro peculiare posizione previdenziale»[16]. Mediante l'acquisizione dei dati anagrafici di deputati, amministratori regionali e locali, desumibili dalla lettura degli *open data* presenti nelle pagine *web* della Camera

[13] F. LORÈ - P. MUSACCHIO, *Ibidem*

[14] Cfr. art. 25, Reg. UE 2016/679.

[15] Sul *web scraping*, le banche dati e il riuso delle informazioni, cfr. Cass. Civ., Sez. 1, sentenza 4 febbraio 2016, n. 2196.

[16] GARANTE, Provvedimento del 25 febbraio 2021, docweb n. 9556958, disponibile all'indirizzo https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9556958

ISSN 2036-7821

dei deputati[17] e del Ministero dell'interno[18], l'INPS ha calcolato, in maniera automatizzata, il presunto codice fiscale di tali soggetti[19], ponendolo in raffronto con il codice fiscale effettivo indicato nelle domande presentate dai richiedenti il "bonus Covid", al fine di stabilire se tra i predetti richiedenti vi fossero anche deputati, senatori e soggetti titolari dell'incarico di amministratore regionale o locale. Soltanto successivamente a quanto narrato, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ha reso, all'INPS, un parere in cui confermava che l'erogazione del bonus dovrebbe essere ritenuta incompatibile con le indennità percepite da parlamentari, consiglieri regionali e soggetti con mandati elettorali o incarichi politici. Di tal guisa, l'INPS, come risulta dalle stesse dichiarazioni dell'Istituto, ha operato il raffronto dei dati personali, anteriormente alla fine del mese di maggio 2020, dunque senza aver prima determinato se gli incarichi di parlamentare e di amministratore regionale o locale costituissero una condizione ostativa alla spettanza del "bonus Covid". Lo stesso Istituto, come riferito, ha proceduto alla raccolta di dati personali, attingendo da un *set* di banche dati esterne, detenute e rese fruibili dalla Camera dei deputati e dal Dipartimento per gli affari interni e territoriali del Ministero dell'interno, dalla cui analisi si deduceva l'assenza del codice fiscale degli interessati, ossia tutto ciò che consente di identificare univocamente una persona fisica. Ulteriormente, allo scopo di operare il raffronto con le domande dei richiedenti il bonus, l'INPS ha impiegato nome, cognome, data e luogo di nascita dei soggetti interessati, per ricavarne, in maniera automatizzata, i presunti codici fiscali di ciascuno, in base ai parametri contenuti nel D.M. 12 marzo 1974, n. 2227[20]. Di tal che, l'Istituto eseguiva un lavoro di raffronto dei codici fiscali ricavati con quelli riportati dagli interessati nelle domande presentate per l'erogazione del bonus, potendo, dunque, individuare chi, tra i parlamentari e gli amministratori locali, aveva inoltrato la relativa domanda[21]. Inoltre, dall'istruttoria dell'Autorità garante è emerso, altresì, in violazione dei principi applicabili alle operazioni di trattamento, che «i controlli in argomento

[17] Sito istituzionale della Camera dei Deputati, Camera dei deputati, rivenibile al seguente link: http://dati.camera.it/sparql

[18] Sito istituzionale del Dipartimento per gli affari interni e territoriali del Ministero dell'interno, rinvenibile al seguente link: https://dait.interno.gov.it/elezioni/open-data/amministratori-locali-in-carica

[19] Come prescritto dal Decreto del Ministero delle finanze del 12 marzo 1974, n. 2227.

[20] Pagnanelli, V. 2021. Conservazione dei dati e sovranità digitale. Una rilettura della (big) data governance pubblica alla luce delle nuove sfide globali, Rivista italiana di informatica e diritto, 1, 2021, pp. 11-26.

[21] R. PINARDI, S. SCAGLIARINI, *Il 'bonus Covid' in favore dei titolari di cariche pubbliche: quale bilanciamento tra privacy e trasparenza?*, in *Federalismi.it*, 14, 2021, pp. 138-163. Seppur in un momento successivo ai fatti, nota degna di rilievo in ottica di semplificazione dei processi, è il "nuovo" art. 2-ter, comma 1-bis, del novellato Codice privacy, che meglio regolamenta le operazioni di comunicazione e diffusione dei dati personali tra Pubbliche Amministrazioni, "in coerenza al compito svolto o al potere esercitato" dalle stesse, mediante la creazione e la gestione di grandi banche dati e App governative, passando per la digitalizzazione di molti servizi pubblici e assecondando il principio dell'interoperabilità dei sistemi e delle informazioni possedute dalle amministrazioni pubbliche.

ISSN 2036-7821

hanno avuto a oggetto, non solo i dati personali di coloro che hanno effettivamente percepito il bonus Covid, ma anche dei soggetti richiedenti che, a seguito di presentazione della relativa domanda, sono stati esclusi dal riconoscimento dell'indennità, già all'esito dei controlli di primo livello». L'Autorità, nel Provvedimento in commento, statuisce che, se lo scopo dei suddetti controlli, risiedeva nello scongiurare indebite percezioni delle indennità da parte di parlamentari e amministratori locali, allora il trattamento dei dati personali dei richiedenti che erano stati esclusi dall'erogazione del bonus risultava ultroneo e in discontinuità con il principio di limitazione delle finalità[22].

La mancanza di un'adeguata progettazione del trattamento, ad avviso del Garante, è rinvenibile «nell'omissione di idonee misure volte ad attuare, in modo efficace, il Regolamento, e di garantire che, per impostazione predefinita, fossero trattati i soli dati necessari per ogni specifica finalità del trattamento, eliminando così i molteplici profili di rischio probabile per i diritti e le libertà fondamentali degli interessati»[23].

Un primo profilo di violazione contestato all'INPS dal Garante, *de jure condito*, è individuabile nel mancato rispetto del principio di esattezza del dato personale, prescritto nell'art. 5, par. 1, lett. d), Reg. UE 2016/679[24]. A tenore di tale disposizione, i dati personali devono essere esatti e, se necessario, aggiornati, vincolando il titolare del trattamento a porre in essere tutte le misure ragionevoli per cancellare o rettificare, tempestivamente, i dati inesatti, rispetto alle finalità per le quali sono trattati[25]. Nel caso di specie, ad avviso dell'Ufficio dell'Autorità, il calcolo del codice fiscale non era in grado di «assicurare, con assoluta certezza, la qualità dei dati utilizzati per i controlli», poiché esso può comportare errori se attuato sulla base di dati incompleti o non precisi (soggetti con due o più nomi separati o meno da virgola), o in presenza di casi di omocodia, vale a dire fattispecie nelle quali l'Agenzia delle Entrate assegna diversi codici fiscali a interessati che abbiano identico nome, cognome, data e luogo di nascita. L'obbligo di garantire l'esattezza dei dati deve essere colto nel contesto della finalità del trattamento dei dati[26]. Senonché, da

[22] A. CICCIA MESSINA, *Profili di criticità e di invalidità delle norme sanzionatrici del GDPR*, in CIBERSPAZIO E DIRITTO: rivista internazionale di informatica giuridica, 1, 2021, pp. 3-22.

[23] GARANTE, Provvedimento del 25 febbraio 2021, docweb n. 9556958, disponibile all'indirizzo https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9556958

[24] Sul principio di esattezza dei dati cfr. CGUE, C-553/07, College van burgemeester en wethouders van Rotterdam c. M. E. E. Rijkeboer, 7 maggio 2009.

[25] S. SCAGLIARINI, *La tutela della privacy e dell'identità personale nel quadro dell'evoluzione tecnologica*, In CONSULTA ONLINE, 2, 2021, pp. 489-532. A rafforzare tale principio è l'art. 16 dello stesso Regolamento, ancorato alla tutela del *data subjects*, laddove attribuisce all'interessato il diritto di ottenere dal titolare la rettifica dei dati personali inesatti che lo riguardano, senza ingiustificato ritardo, nonché l'integrazione dei dati personali incompleti.

[26] FRA – AGENZIA DELL'UNIONE EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI, CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO (CONSIGLIO D'EUROPA), GARANTE EUROPEO DELLA PROTEZIONE DEI DATI, *Manuale del diritto europeo in materia di protezione dei dati*, 2018, p. 143

ISSN 2036-7821

tali elementi normativi l'INPS ha tracciato la propria strategia difensiva[27] (nelle quali erroneamente avanzava, quale base giuridica del trattamento, il legittimo interesse in luogo dell'interesse pubblico), affermando, invano, che «la esattezza dei dati richiesta non attiene alla correttezza del dato in sé, ma in relazione alle finalità per le quali sono trattati; e, nel caso di specie, il riscontro dell'esattezza è risultato anche dal confronto dei dati ricavati con i codici fiscali già raccolti dall'Istituto, provenienti direttamente dagli interessati, e riportati nella identità di *log in* inserita per la presentazione delle domande per ottenere il beneficio». In tal senso, l'INPS ha osservato che il trattamento dei dati si è svolto attraverso l'elaborazione automatizzata dei dati riportati nell'open data[28], e secondo le regole del DM 12 marzo 1974, pertanto si possono escludere errori nell'acquisizione e nell' elaborazione degli stessi .

In secondo luogo, l'Autorità ha rilevato la violazione del principio di *accountability*. Come già accennato, tra le nuove prescrizioni del Regolamento UE 2016/679 vi è infatti tale principio, che potrebbe essere tradotto in "responsabilizzazione" del titolare del trattamento[29], poiché egli, ai sensi dell'art. 24[30], «mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente al presente regolamento», misure che includono l'attuazione di politiche adeguate in materia di protezione dei dati[31].

D'altronde, l'art. 5 del medesimo Regolamento, dopo aver elencato i principi del trattamento nel primo paragrafo, stabilisce che il titolare del trattamento è competente per il rispetto del paragrafo 1 e, sotto il profilo meramente sostanziale, in grado di comprovarlo («responsabilizzazione»). Nel caso di specie, il trattamento eseguito dall'INPS non è stato supportato da un'adeguata documentazione atta a

[27] L'art. 6, par. 1, Reg. UE 2016/679, così recita: "il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità; b) il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso; c) il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento; d) il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica; e) il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore. La lettera f) del primo comma non si applica al trattamento di dati effettuato dalle autorità pubbliche nell'esecuzione dei loro compiti".

[28] D. URANIA GALETTA, *Open Government, Open Data e azione amministrativa*, Istituzioni del Federalismo, Rivista di studi giuridici e politici, 3/2019, pp. 663-683.

[29] G. RUSSO – M. POLINI, *I principi di accountability e di effettività nel nuovo regolamento*, in M. MAGLIO, M. POLINI, N. TILLI, *Manuale di diritto alla protezione dei dati personali*, 2017, Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna, 2017, p. 131

[30] S. FRANCA, *La semplificazione nelle modalità di trattamento dei dati personali da parte della pubblica amministrazione*, in DIRITTO PUBBLICO, Rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini, 2/2021, pp. 635-665.

[31] G. RUSSO – M. POLINI, *Ibidem*

ISSN 2036-7821

comprovare quali livelli (apicali) decisionali siano stati coinvolti (tra cui il DPO dell'Istituto), quali valutazioni tecniche siano state effettuate, quali siano le ragioni sottese alle determinazioni assunte e, ancora, quali misure siano state adottate in relazione al trattamento dei dati personali in esame (si pensi alla valutazione di impatto *privacy*). L'INPS, a pare del Garante, oltre ad aver fornito una rappresentazione non propriamente esaustiva degli elementi della vicenda, non è stato «in grado di comprovare le ragioni delle decisioni assunte nell'ambito del complesso trattamento di dati personali effettuato, al fine di dimostrare all'Autorità il rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali, in violazione del principio di responsabilizzazione[32].

Corollario del principio di *accountability* del titolare, pertanto, è costituito dai nodali principi di *privacy by design* e *privacy by default* (protezione dei dati personali fin dalla progettazione e per impostazione predefinita), desumibili dalla lettura dell'art. 25 del Reg. UE 2016/679. Come osservato, infatti, vi è molta *privacy by design* nel principio di *accountability*[33], poiché il titolare è tenuto a procedere costantemente alla valutazione dei rischi del trattamento allo scopo di determinare, adeguatamente, le misure di sicurezza da applicare al trattamento, sì da garantire il rispetto del principio di minimizzazione[34]. Sia al momento di determinare i mezzi del trattamento, sia all'atto del trattamento stesso, orbene, il titolare del trattamento è tenuto a mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione[35], volte ad attuare in modo efficace i principi di sicurezza dei dati, la minimizzazione, secondo una evoluzione qualitativa del dato[36], e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di tutelare i diritti fondamentali degli interessati. In questa prospettiva, i principi in esame rivelano la loro utilità, poiché arricchiscono e specificano i caratteri della progettazione del trattamento[37]. Appunto, la valutazione, da parte del Titolare, di questi aspetti in un momento precedente all'avvio delle operazioni di trattamento, fa sì che vengano giustificate le misure adottate (e quelle non adottate), sulla base di una «istruttoria» interna che si snoda dalla progettazione

[32] GARANTE, Provvedimento del 25 febbraio 2021, docweb n. 9556958, disponibile all'indirizzo https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9556958

[33] G. FINOCCHIARO, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in «*Le Nuove Leggi Civili Commentate*», 1/2017, p. 1 ss., spec. par. 5.1.

[34] Sul principio di minimizzazione dei dati cfr. CGUE, cause riunite C-293/12 e C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e a. [GC], 8 aprile 2014.

[35] F. PIZZETTI, Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione, I Diritti nella "rete" della rete, Giappichelli Editore, 2016, pp. 128-132.

[36] G. BELLOMO, *Metodo democratico, partiti politici, nuove tecnologie e basi giuridiche per il trattamento dei dati personali: alcuni spunti di riflessione*, DPCE Online, v. 46, 1, 2021.

[37] B. BORRILLO, *La tutela della privacy e le nuove tecnologie: il principio di accountability e le sanzioni inflitte dalle Autorità di controllo dell'Unione europea dopo l'entrata in vigore del GDPR*, Dirittifondamentali.it, 2, 2020, 1-31.

ISSN 2036-7821

sino alla conclusione del trattamento[38]. Di tal guisa, nel Provvedimento in esame, il Garante ha rilevato, oltre alla mancata predeterminazione delle condizioni ostative alla spettanza (o meno) del bonus e al trattamento di dati non necessari, la mancata considerazione, sempre per l'INPS, dei rischi che il trattamento presentava per i diritti e le libertà degli interessati, tra cui non solo quello derivante da possibili inesattezze delle modalità di calcolo del loro codice fiscale, ma anche le ricadute derivanti dal clamore mediatico suscitato sulla vicenda. Ricadute che, fatalmente, hanno investito non soltanto i soggetti richiedenti la misura *de qua*, bensì l'intera categoria degli interessati, composta da deputati e amministratori regionali e locali, molti dei quelli, ricorda l'Autorità, «senza che potessero essere in grado di capire, al momento della domanda, se fossero effettivamente legittimati a chiederlo».

Senonché, il Garante ha ritenuto violate le prescrizioni dell'art. 35 del Reg. UE 2016/679, che impongono, in taluni casi, lo svolgimento di una valutazione di impatto, invero, non condotta dall'INPS, poiché, secondo quanto dichiarato dall'Istituto, nelle interlocuzioni formali intercorse con l'Autorità, nel «mero incrocio di codici fiscali ai fini dell'individuazione di possibili erogazioni indebite» non risultava ravvisabile «alcun rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche», tale da richiedere l'adozione di misure speciali e diverse rispetto a quelle ordinariamente adottate, che prevedono «l'assoluta riservatezza in ordine all'attività ispettiva svolta e ai destinatari della stessa». L'Istituto, facendo erroneamente leva sulla base giuridica del legittimo interesse (non applicabile al comparto pubblico), ha rimarcato l'assunto secondo il quale non ricorre l'elevato rischio per i diritti e le libertà degli interessati, poiché il trattamento dei dati personali avrebbe interessato un numero di soggetti limitati, le operazioni si sarebbero caratterizzate da volume informativo contenuto di informazioni personali, neanche di carattere particolare, reperibili da chiunque. Ancor più, l'INPS, nelle proprie memorie difensive, ha osservato che il trattamento non impedisce agli interessati di esercitare un diritto, ma è soltanto finalizzato alla verifica della sussistenza del requisito per l'erogazione del bonus.

Tuttavia, alla luce dei criteri rivenienti dallo studio delle Linee guida in materia di valutazione d'impatto sulla protezione dei dati[39], il raffronto ha coinvolto "tutti i richiedenti" il bonus Covid, dunque alcuni milioni di persone, venendo così soddisfatto il criterio, tanto discusso, del "trattamento di dati su larga scala"[40].

[38] S. CALZOLAIO, *Privacy by design. Principi, dinamiche, ambizioni del nuovo Reg. Ue 2016/679*, in *Federalismi.it*, n. 24, 2017.

[39] WP248 rev.01 (adottate dal Gruppo di lavoro articolo 29 per la protezione dei dati il 4 aprile 2017, come modificate e adottate da ultimo il 4 ottobre 2017 e fatte proprie dal Comitato europeo per la protezione dei dati il 25 maggio 2018)

[40] G. ZICCARDI, *Il futuro del GDPR tra profilazione, trattamenti automatizzati, marketing e misure di sicurezza, in Società delle tecnologie esponenziali e General Data Protection Regulation: profili critici nella protezione dei dati*, Milano: Ledizioni, 2018 - Permalink: http://digital.casalini.it/4439284

ISSN 2036-7821

Parimenti, ad avviso del Garante, è soddisfatto il criterio della «creazione di corrispondenze o combinazione di insiemi di dati», operazione che, evidentemente, presenta rilevantissimi rischi per i diritti e le libertà degli interessati - soprattutto se il lavoro di raffronto delle banche dati, finalizzato al calcolo del codice fiscale degli interessati, genera, in output, informazioni non esatte. Secondo l'Autorità, dunque, viene in evidenza come l'Istituto di Previdenza, titolare del trattamento, non abbia messo in atto misure tecniche ed organizzative, così come richiesto dal legislatore eurounitario, secondo logiche di *risk based approach*, traducibili nell'implementazione dell'analisi del rischio, atta ad individuare possibili pregiudizi per i diritti fondamentali degli individui. Di tal che, nel caso di specie, l'INPS ha dunque agito inopinatamente, poiché il trattamento comportava un'operazione di raffronto, su larga scala, di dati personali acquisiti anche da banche dati esterne all'Istituto, con i dati relativi ai richiedenti il bonus[41].

A questa violazione, si aggiunge il mancato coinvolgimento del *Data Protection Officer* (anche Responsabile Protezione Dati, RPD)[42], sin dalla fase di progettazione delle predette attività. Con riguardo a questo aspetto, giova ricordare che il Regolamento generale in materia di *data protection* prescrive, in maniera chiara, al titolare, di coinvolgere la suddetta figura, «tempestivamente e adeguatamente», in tutte le questioni riguardanti la protezione dei dati personali[43]. In tal senso, non lascia adito a dubbi nemmeno il Manuale della Commissione Europea per i Responsabili per la protezione dati, laddove sancisce che «dopo aver creato il registro delle attività di trattamento della sua organizzazione, il passo successivo per il RPD consiste nell'eseguire una revisione approfondita di tutte le attività di trattamento dei dati personali registrate, per verificare se soddisfano i requisiti del Regolamento in tutti gli aspetti rilevanti», così da essere in grado di valutare, alla luce delle conclusioni raggiunte, se il trattamento nel suo insieme può essere considerato conforme al principio imperativo di liceità e correttezza. Questa valutazione della conformità al Regolamento, come specifica il predetto Manuale, è «separata e diversa dalla valutazione del rischio»[44]. Il coinvolgimento, sin dalla fase di progettazione, del Responsabile della protezione dati dell'Istituto, avrebbe certamente prodotto

[41] S. TORREGIANI, *La circolazione dei dati secondo l'ordinamento giuridico europeo. Il rischio dell'ipertrofia normativa. Rivista italiana di informatica e diritto*, 3, 2021, pp. 47-65.

[42] C. CICCIA ROMITO, *Il Data Protection Officer in ambito pubblico: il Garante fa chiarezza*, in Quotidiano Giuridico, Ipsoa, 9, 2021, in riferimento al Provvedimento dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali n. 186/2021.

[43] Cfr. Art. 38, par. 1, Reg. UE 2016/679

[44] D. KORFF, M. GEORGES, CON IL CONTRIBUTO DEL GARANTE ITALIANO PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI & DEI PARTNER DEL PROGETTO, Manuale RPD - Linee guida destinate ai Responsabili della protezione dei dati nei settori pubblici e parapubblici per il rispetto del Regolamento generale sulla protezione dei dati dell'Unione Europea, versione approvata dalla Commissione, luglio 2019, p. 196. Invero, i principi generali del trattamento, come osservato in dottrina, hanno una valenza che copre ogni aspetto della disciplina e devono essere rispettati, by design e by default, in ogni fase dello sviluppo del trattamento dei dati.

ISSN 2036-7821

quantomeno un controllo sull'applicazione delle "idonee misure", la cui implementazione è imposta al titolare del trattamento, a mente dell'art. 32 del Reg. UE 2016/679, sulla base del contesto e delle finalità del trattamento, come anche del rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche, con la conseguente, fisiologica, garanzia di un livello di sicurezza, proporzionato al rischio.

Nondimeno, nell'ambito del procedimento *de quo*, l'Autorità, sempre a tutela dei soggetti che ricoprono incarichi di carattere politico, rileva la violazione dei principi di liceità, correttezza e trasparenza, sanciti dall'art. 5, par. 1, lett. a), del Regolamento[45], poiché, secondo i rilievi prodotti dall'Ufficio del Garante, le operazioni di trattamento, componendosi dall'incrocio delle informazioni, rivenienti, come riferito, da fonti differenti e per tutti i richiedenti la misura assistenziale, si sarebbero dovute, proprio in virtù delle diverse cariche ricoperte nello scenario politico italiano, eseguire all'esito della determinazione di regole riferite alla verifica dei criteri di spettanza della misura economica agli interessati, sulla cui sfera giuridica si è inciso mediante l'impossibilità di conoscere, in maniera trasparente, i presupposti della misura assistenziale. L'Istituto, infatti, trasmetteva una richiesta di parere al Ministero del lavoro e delle politiche sociali, in un momento successivo al trattamento, quando ormai l'incrocio dei dati personali era stato già posto in essere[46].

Invero, il principio di correttezza, disciplinando principalmente la relazione tra l'interessato e il titolare del trattamento, impone a quest'ultimo il rispetto di norme etiche o deontologiche, anche non codificate, o l'attuazione di accorgimenti in grado di rendere equilibrate le singole posizioni. Così facendo, il trattamento sarà adeguato alle esigenze degli interessati, oltre lo «stretto dato normativo»[47], e i medesimi saranno «consapevoli». Nondimeno, il principio di correttezza influisce sulla comprensibilità delle operazioni di trattamento (in relazione alle finalità dello stesso), che devono essere conosciute dall'interessato già al momento della raccolta dei suoi dati personali.

Analoghe riflessioni possono essere condotte con riferimento alla violazione del principio di minimizzazione dei dati personali. Infatti, ai sensi dell'art. 5, par. 1, lett. c), del Regolamento, i dati devono essere adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati. Siffatto principio si riflette sull'esigenza di ridurre al minimo il numero dei dati trattati, le tipologie di trattamento, i tempi di conservazione dei dati e, non da ultimo, il numero di interessati coinvolti.

---

[45] Sul principio di autodeterminazione informativa cfr. BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, sentenza n. 209, del 15 dicembre 1983. Sul principio di trasparenza del trattamento cfr. Corte EDU, K.H. e a. c. Slovacchia, n. 32881/04, 28 aprile 2009; Corte EDU, Haralambie c. Romania, n. 21737/03, 27 ottobre 2009; CGUE, C-201/14, Smaranda Bara e a. c. Casa Națională de Asigurări de Sănătate e a., 1° ottobre 2015.

[46] N. BERNARDI (a cura di), *Privacy – Protezione e trattamento dei dati*, IPSOA, Milano, 2020, p. 79.

[47] N. BERNARDI (a cura di), *Ibidem*

ISSN 2036-7821

Nel caso di specie, invece, il Garante ha correttamente fatto emergere come le operazioni di trattamento dati, «deragliate» dai binari della funzione istituzionale, non risultavano mirate ai soli "politici" beneficiari del bonus, bensì a tutti coloro i quali avevano presentato la relativa domanda, frustrando, in tal modo, il principio finalistico, vale a dire accertare l'indebita percezione del bonus da parte di una individuata categoria di interessati.

Ulteriore aspetto, meritevole di riflessione, attiene, invero, alla ripetizione della misura di sostegno al reddito (come riferito, prima con il decreto Cura Italia, poi con il successivo decreto Rilancio), stimabile, in un ammontare complessivo, in una somma maggiore di mille euro, e alla sua collocazione tra gli obblighi di pubblicità, a memoria dell'art. 26, d.lgs n. 33/2013, dalla cui lettura, al comma 4, si evince, nella ricerca del bilanciamento tra esigenze di trasparenza amministrativa e protezione delle informazioni personali, che «è esclusa la pubblicazione dei dati identificativi delle persone fisiche destinatarie dei provvedimenti di cui al presente articolo, qualora da tali dati sia possibile ricavare informazioni relative allo stato di salute ovvero alla situazione di disagio economico-sociale degli interessati»[48].

Senonché, occorre evidenziare anche che, durante l'attività ispettiva, il Garante, verificate le richieste, pervenute all'Istituto, mirate all'«ostensione dei documenti e degli elenchi dei dati dei soggetti richiedenti o beneficiari del bonus Covid che rivestono la carica di parlamentare nonché di amministratore regionale o locale», ha diramato puntuali raccomandazioni, invitando gli Uffici dell'INPS a distinguere, preliminarmente, i soggetti titolari di cariche politiche che, seppur a fronte di una richiesta, avevano ottenuto espresso diniego al godimento dell'indennità, da quelli, invece, risultati beneficiari del "bonus Covid". Quanto ai primi, sulla base delle motivazioni suesposte, il Garante evidenziava che tale trattamento, a cura dell'Istituto, si era concretizzato in violazione del principio di minimizzazione del dato, secondo quanto sancito dall'art. 5, par. 1, lett. c, Regolamento, e che, perciò, «i predetti dati – essendo stati trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati – "non possono essere utilizzati" (art. 2-decies del Codice). Inoltre, come conseguenza della rilevata illiceità è stato ingiunto all'INPS di

[48] A. CORRADO, La "trasparenza" nella legislazione italiana, in M. A. SANDULLI, (a cura di), Codice dell'azione amministrativa, Giuffrè, Milano, 2017, p.1414. La difesa del sistema democratico, in questi ultimi anni, è passata (e questo è un processo in continuo divenire) attraverso una profonda elaborazione giurisprudenziale di leggi, decreti e linee guida che, se da un lato impongono e regolamentano la nitidezza degli atti amministrativi, dall'altro si ergono a baluardo delle libertà fondamentali degli individui. L'accesso del pubblico ai documenti ufficiali, confortato al Considerando 154 al reg. UE 2016/679, e il diritto alla protezione dei dati personali sono due imperativi che, nella loro attuazione, si trasformano in due mere esigenze derivanti dalla tutela della privacy e dall'obbligo della trasparenza della pubblica amministrazione. Il principio di trasparenza dell'azione amministrativa, accanto all'azione consultiva del Garante, rafforzata negli ultimi anni, ha trovato nella recente normativa una concreta ed efficace applicabilità, producendo due effetti benefici, ossia, l'avvicinamento del cittadino alle istituzioni e la creazione di un sistema di prevenzione del fenomeno corruttivo, sempre più incisivo e rigoroso.

ISSN 2036-7821

cancellare i dati personali trattati in violazione del principio di minimizzazione […]. Pertanto, nessuna richiesta di pubblicazione o accesso è possibile per i dati personali riferiti a tali categorie di soggetti».

Quanto alla seconda categoria di soggetti, in ordine agli obblighi di pubblicazione invocati dagli istanti, l'Ufficio dell'Autorità, muovendo i passi dall'art. 2-*ter*, Codice *privacy* novellato, ha rammentato che la disciplina in materia di trasparenza amministrativa non prevede la pubblicazione delle informazioni[49] riferite a soggetti tenuti a restituire somme, indebitamente percepite. Ove, invece, l'Istituto si trovi ad esaminare le richieste di accesso civico generalizzato «riguardo ai dati dei titolari di incarichi politici beneficiari del bonus Covid, anche eventualmente oggetto di restituzione», gli Uffici deputati dovranno operare una valutazione[50], caso per caso (interpellando, ove ne ricorrano i presupposti, l'Autorità, nella prevista funzione consultiva[51]), in conformità con la normativa di settore, le Linee guida ANAC in materia di accesso civico (ove, tra i limiti, espresso è il riferimento al «ruolo ricoperto nella vita pubblica, la funzione pubblica esercitata o l'attività di pubblico interesse svolta dalla persona cui si riferiscono i predetti dati»), i Provvedimenti, *ratione materiae*, del Garante[52], tenendo, altresì, adeguatamente conto della differente posizione ricoperta dai titolari di cariche politiche di livello nazionale e dagli amministratori di livello locale, per i quali, evidentemente, la fonte di reddito non attiene tanto all'attività politico-amministrativa esercitata, piuttosto dalla principale occupazione lavorativa svolta in una specifica comunità[53].

---

[49] F. PIZZETTI, *Sentenza n. 20/2019 della Consulta e riordino degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni della PA: il legislatore non trascuri il "riuso" delle fonti pubbliche*, in MediaLaws, n. 2, 2019.

[50] Risulta, infatti, necessario garantire che il bilanciamento dei diritti rilevanti, oggetto di commento, venga perseguito, caso per caso, mediante una ponderazione reale tra diritti opposti e di uguale rilevante valore, posto che i dati e i documenti forniti al richiedente tramite l'accesso generalizzato sono considerati <<pubblici>> e che ogni ulteriore attività di trattamento deve svolgersi nel rispetto dei limiti espressi dalla normativa in materia di protezione dei dati personali (Garante, 15.12.16., n. 521, doc. web. n. 5860807).

[51] GARANTE, Bonus Covid: Garante privacy invia chiarimenti all'Inps, comunicato stampa, 17 agosto 2020, doc. web.9448663.

[52] Il soggetto destinatario dell'istanza (laddove la stessa non risulti meramente esplorativa e finalizzata a paralizzare il buon andamento dell'amministrazione), nel dare riscontro alla richiesta di accesso generalizzato, in ossequio a quanto disposto dalla normativa privacy, nonché nel rispetto delle libertà fondamentali, dovrebbe privilegiare le modalità meno pregiudizievoli al libero godimento dei diritti degli individui coinvolti, optando per l'ostensione di documenti mediante l'oscuramento dei dati personali presenti, allorquando l'esigenza conoscitiva dell'istante possa essere soddisfatta senza alcun rilascio di informazioni riferite agli interessati.

[53] M. PLUTINO, *Tutela della riservatezza e "diritto" alla trasparenza nella nuova normativa del finanziamento ai partiti. Un compromesso insoddisfacente?* in Dirittifondamentali.it, 1, 2016, pp. 1-30, C. COLAPIETRO, *Il complesso bilanciamento tra il principio di trasparenza e il diritto alla privacy*, in Federalismi.it, 14, 2020. Sulla prevalenza della tutela dei dati sensibili sulla generica esigenza della trasparenza amministrativa cfr. Cass. Civ., Sez. 2, sentenza 4 aprile 2019, n. 9382. In relazione alla recente sentenza n. 20/2019 cfr. A. CORRADO, *Gli obblighi di pubblicazione dei dati patrimoniali dei dirigenti alla luce delle indicazioni della Corte Costituzionale*, in Federalismi.it, 27 febbraio 2019; G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in QuestioneGiustizia.it, 4 marzo 2019.

ISSN 2036-7821

3. Conclusioni.

In conclusione, dalle risultanze della vicenda in commento, emergono con forza alcune riflessioni, al netto delle motivazioni che fornirà la XVIII Sezione Civile del Tribunale di Roma a corredo della Sentenza n. 4735 / 2022, e degli ulteriori sviluppi giurisprudenziali che interverranno. La prima riguarda, in generale, il ruolo di tutela della riservatezza rivestito dal Garante *Privacy*, nel contesto pubblico. L'Istituto di Previdenza, nel caso di specie, ha reputato «eccessivo l'impianto di giudizio complessivo» dell'Autorità[54], pur mostrando collaborazione, giacché «non sono stati utilizzati dati sensibili o anche dati che non fossero visibili al pubblico». In tal senso, secondo l'INPS, «l'applicazione della privacy by design e by default può, per un Istituto che gestisce decine di milioni di prestazioni per lo Stato e i cittadini nella previdenza e nell'assistenza, creare nella pratica molte incertezze nel funzionamento dell'amministrazione, che tende sempre più a gestioni automatizzate e digitali, e nelle sue legittime azioni di controllo massivo e di antifrode in tempi rapidi che uno Stato equo, efficiente ed agile richiede». Con riferimento ai rischi per gli interessati, invece, l'INPS ha sostenuto che «è coerente e legittimo escludere l'obbligo di valutazione d'impatto, in considerazione del limitato e contenuto criterio di trattamento dei dati».

Simili argomentazioni dimostrano, da un lato, che è il percorso di sensibilizzazione e di diffusione della cultura della *privacy* nel contesto pubblico[55] richiede, ancor oggi, un forte impulso, e, dall'altro, che, in virtù della funzione deterrente della normativa in materia di protezione dei dati personali, solo nel momento in cui interviene l'Autorità, preposta al controllo del rispetto della normativa di settore, attraverso gli strumenti sanzionatori ad essa attribuiti dalla legge (resistenti, nonostante interventi normativi, quali il c.d. "Decreto aperture") [56], il dibattito sui temi dei diritti fondamentali degli interessati si pone all'attenzione dell'opinione pubblica, come dimostrano, d'altronde, i recenti Provvedimenti del Garante sull'uso delle certificazioni verdi Covid-19, da parte della Regione Campania[57], e sulla questione dei dati personali detenuti dall'Associazione Rousseau[58].

[54] INPS, Comunicato stampa del 9 marzo 2021, reperibile in www.inps.it.

[55] C. D'ORAZI, *I trattamenti di dati personali effettuati dalla P.A. Alla luce del Regolamento UE 679/2016*, in Rivista semestrale di diritto, 1/2020, pagg. 302 e seguenti, qui reperibile: https://www.iusinitinere.it/i-trattamenti-di-dati-personali-effettuati-dalla-p-a-alla-luce-del-regolamento-ue-679-2016-33413.

[56] Si pensi Dl. 8 ottobre 2021, n. 139, contiene disposizioni urgenti "per l'accesso alle attività culturali, sportive e ricreative, nonché per l'organizzazione di Pubbliche Amministrazioni e in materia di protezione dei dati personali". Il "Decreto Aperture", così come ribattezzato. Evidente è la collocazione dei soggetti che possono essere considerati "poteri pubblici", ai sensi del Gdpr, riconducendoli una volta per tutte entro i controlli ordinari del Garante per la protezione dei dati personali (viene abrogato, cioè, la normativa dell'art. 2-quinquiesdecies del "Codice Privacy").

[57] GARANTE, Provv. 25 maggio 2021, n. 207, doc. web n. 9590466.

[58] GARANTE, Provv. 1° giugno 2021, n. 223, doc. web n. 9592011.

ISSN 2036-7821

Nel contempo, con riferimento allo stato dell'arte dell'applicazione della normativa *privacy* nella Pubblica Amministrazione italiana, va segnalato che, se fino a qualche tempo fa, le preoccupazioni delle figure apicali dei soggetti pubblici erano, seppur normativamente, definite[59], oggi, a mente, altresì dei Consideranda 6 e 7 al Reg. UE 2016/679, l'accelerazione del progresso tecnologico e la conseguente digitalizzazione dei rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni ha consentito che irrompessero, nelle medesime P.A., nuove esigenze di tutela, spesso non accompagnate dalle più ampie ed essenziali garanzie. Sia emblematica, in tal senso, la circostanza che dopo tre anni dall'entrata in vigore del reg. UE 2016/679, diversi "soggetti pubblici" non hanno provveduto alla nomina del *Data Protection Officer*, figura strategica che si pone quale elemento di assoluto rilievo, fondamentale per la corretta gestione delle *privacy policy*, a presidio di un miglioramento dell'organizzazione interna e di un adeguato livello di tutela dei cittadini[60].
In tale prospettiva, primario diviene il ruolo svolto dal Garante *Privacy* in ambito pubblico (così come in ambito privato), poiché, come affermato anche dalla recente giurisprudenza della Corte di giustizia UE, l'Autorità rappresenta il custode dei principi che regolano il governo della *privacy* e dunque il controllore della conformità dei trattamenti[61]. Grazie al *know-how* e all'esperienza di cui dispone, è auspicabile che il Garante renda possibile un allineamento tra quadro normativo e realtà empirica[62]. Ciò, in special modo, tornerà indispensabile, qualora, in un futuro (non molto lontano) si affermerà, nelle amministrazioni pubbliche, l'utilizzo degli algoritmi[63], come ausilio nelle decisioni amministrative, come da tempo già avviene in altre nazioni[64].

[59] S. CALZOLAIO, *Digital (and privacy) by default: l'identità costituzionale della amministrazione digitale*, in Giornale di storia costituzionale, 31, I, 2016, Macerata: EUM-Edizioni Università di Macerata, - Permalink: http://digital.casalini.it/10.1400/243267 - Permalink: https://doi.org/10.1400/243267.

[60] F. LORÈ, *Il ruolo del Responsabile della protezione dei dati personali nella pubblica amministrazione alla luce del Regolamento generale sulla protezione dei dati personali UE 2016/679*, in Amministrativ@mente, n. 7-8/2018.

[61] L. CALIFANO, *La protezione dei dati personali e il ruolo del Garante in ambito pubblico*, in MediaLaws - Rivista di diritto dei media, n. 1, 2018.

[62] L. CALIFANO, *Ibidem*

[63] L. AMMANNATI, *I 'signori' nell'era dell'algoritmo*, in Diritto pubblico, Rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini, 2/2021, pp. 381-413.

[64] R. SHOKRI, *On the Privacy Risks of Model Explanations*, AIES '21: Proceedings of the 2021 AAAI/ACM Conference on AI, Ethics, and SocietyJuly, 2021, pp. 231–241.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Blockchain e Smart Contracts nella Pubblica Amministrazione: aspetti di un tentativo di digitalizzazione del settore pubblico.

di Pasquale La Selva

(Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università degli Studi di Perugia)

Sommario

1. Informatizzazione e digitalizzazione: questioni interpretative; 2. Definizione e funzionamento della tecnologia blockchain; 2.1 Il token ossia la manifestazione algoritmica del consenso; 2.2 Il concetto di "assenza di fiducia" nella tecnologia blockchain; 3. Smart contracts a partire dalla blockchain; 4. Il quadro europeo e la disciplina nazionale della blockchain e degli smart contracts; 5. Blockchain nella Pubblica Amministrazione: alcune notazioni in tema di attività autoritativa o negoziale; 6. Predeterminazione algoritmica e procedimenti vincolati; 7. Sull'applicabilità della blockchain nelle valutazioni tecniche; 8. Ipotesi di possibile applicazione della blockchain nell'attività della pubblica amministrazione; 9 Scenari di futura applicazione della blockchain nei procedimenti amministrativi complessi; 10. Riflessioni conclusive intorno alla "nuova" amministrazione digitale nella dimensione consensuale.

Abstract

The digitization and automation of the public administration activities in a simplifying key is a topic now widely discussed both in doctrine and in jurisprudence. The impact of European policies and domestic legislation aimed at post-pandemic recovery offer an opportunity to reason, in particular, on the application of blockchain technology in the public sector, given the high potential that this tool guarantees in terms of security and transparency in data storage and interoperability (a term much appreciated by the National Recovery and Resilience Plan) between public administrations.

But if, on the one hand, blockchain technology offers undisputed advantages, on the other hand it creates several drawbacks when applied to the ordinary authoritative activities of public administration. Hence the need to carry out an investigation about the applicability of blockchain with reference to the authoritative, negotiation and binding activities of the administration.

This work is divided into two parts: in the first part we will make a systematic analysis of the functioning of blockchain technology, useful to understand the logical-legal arguments that will be then formulated in the second part of the work, where we will investigate the applicability of this tool in the binomial authority-freedom.

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

ISSN 2036-7821

1. Informatizzazione e digitalizzazione: questioni interpretative.

L'informatizzazione e la digitalizzazione sono due concetti che, seppur comunemente ricondotti al medesimo ambito, bisogna che siano tenuti ben distinti.

Per informatizzazione deve intendersi l'applicazione di sistemi di computer e reti informatiche ad una certa attività, mentre per digitalizzazione deve intendersi il processo di conversione dall'analogico al digitale, ossia il processo di trasformazione di una immagine o un documento da un supporto cartaceo ad un supporto digitale, che consentirà ad un computer di leggere, interpretare e decifrare le informazioni codificate al suo interno.

Per comprendere appieno quanto appena sommariamente illustrato, sembra utile riportare un esempio che può rendere meglio l'idea. Nel settore pubblico, il funzionario che redige un atto dell'amministrazione attraverso un *software* installato su di un *computer*, che verrà stampato e firmato da un dirigente o da un responsabile del procedimento per poi essere trasmesso al suo destinatario o affisso in una bacheca, non farà in ogni caso ricorso agli strumenti digitali, malgrado sia stato utilizzato uno strumento informatico come un computer, essendo il suddetto atto finale su supporto cartaceo e non dematerializzato.

L'utilizzo degli strumenti informatici, come è possibile dedurre, non necessariamente presuppone, pertanto, l'utilizzo della digitalizzazione[1].

Gli studiosi del diritto amministrativo, nondimeno, si sono concentrati principalmente sul tema dell'informatizzazione, piuttosto che della digitalizzazione della pubblica amministrazione, senza tenere conto della distinzione sopra delineata[2], ma, piuttosto, attribuendogli sovente un significato speculare[3].

---

[1] Già G. DUNI, *L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunto per una teoria dell'atto emanato nella forma elettronica*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, n. 6/1978, 410, osservava che il documento scritto e firmato costituiva ancora l'atto ufficiale e che l'apparecchiatura elettronica poteva solo fornire i dati che il funzionario recepiva, introducendoli nel documento che avrebbe poi firmato. Da qui si ravvisava la (ancora attuale) necessità di "*dare valore legale all'operato della macchina, nella misura più ampia possibile*".

[2] Del medesimo avviso è G. GALLONE, *Blockchain, procedimenti amministrativi e prevenzione della corruzione*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3/2019, 188, il quale osserva che "*l'informatizzazione è stata, così, a lungo ridotta, salvo alcune eccezioni, a semplice "digitalizzazione" e, quindi, ad abbandono del cartaceo e dell'analogico in favore della forma elettronica*". Sembrerebbe tuttavia più corretto parlare di informatizzazione o di elettronica piuttosto che di digitalizzazione, come dimostrano numerosi scritti degli anni '90 e '00 di cui a breve si dirà.

[3] La letteratura giuridica classica sui temi dell'informatizzazione è vasta. I contributi più significativi sono di G. DUNI, *L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunto per una teoria dell'atto emanato nella forma elettronica*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, n. 6/1978; G. CARIDI, *Informatica giuridica e procedimenti amministrativi*, Milano, 1983; I. D'ELIA CIAMPI, *Problemi e prospettive dell'impiego dell'informatica nella pubblica amministrazione*, in *Atti del IV Congresso Internazionale sul tema Informatica e regolamentazioni giuridiche*, tenutosi a Roma dal 16 al 21 maggio 1988; G. SARTOR, *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, Bologna, 1990; A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico, primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1993. Con riferimento, invece, ai più recenti temi della digitalizzazione si rinvia a R. CAVALLO PERIN, *Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica alla necessità di amministrare le riforme*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2021, 74-75, che parla di "*Rivoluzione digitale dell'amministrazione pubblica*".

ISSN 2036-7821

Parte della dottrina dei primi anni duemila del terzo millennio aveva tuttavia già rilevato come l'attività informatica delle pubbliche amministrazioni avesse solamente una funzione di affiancamento a quella cartacea, in quanto il dato del computer necessitava di essere trasformato in supporto cartaceo per essere ritenuto valido[4]. Si è a lungo parlato, così, di "informatica parallela", superata poi dal concetto di "teleamministrazione"[5], fondato essenzialmente sul riconoscimento della validità del provvedimento in forma elettronica.

Anche il Legislatore del 2005 con la l. n. 15, intervenendo sulla legge n. 241/1990, aveva introdotto l'art. 3-*bis*, recante "*uso della telematica*", da ultimo riformulato in ottica semplificativa (almeno così dichiarata) dalla l. n. 120/2020, a mente del quale le pubbliche amministrazioni, per conseguire una maggiore efficienza nella loro attività, agiscono mediante strumenti informatici e telematici nei rapporti interni, tra amministrazioni e con i privati.

Il dibattito scientifico circa i temi dell'informatizzazione (o forse oggi sarebbe meglio dire della digitalizzazione[6]) della pubblica amministrazione ha ritrovato, da ultimo, nuova linfa nella trasformazione del settore pubblico, voluta soprattutto dagli interventi economici dell'Unione Europea per contrastare la crisi causata dalla pandemia da Covid-19 che non solo ha messo in risalto la necessità di risollevare l'economia, ma anche di adattare l'attuale modello economico verso una maggiore sostenibilità ambientale e sociale.

Proprio prendendo slancio dalle risorse messe in campo dall'UE attraverso il *Next Generation EU* (che ammontano a 750 miliardi di euro), l'Italia ha adottato il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, composto di sei obiettivi (denominati anche "missioni"), tra i quali emerge, senz'altro, la Missione 1, recante "*Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo*". Nell'ambito di queste missioni, per quanto d'interesse in questo scritto, la Componente 1 del PNRR destina 9,75 miliardi di euro alla "*Digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella PA*", con l'obiettivo di

[4] Particolare attenzione al tema è stata dedicata da A. CONTALDO, L. MAROTTA, *L'informatizzazione dell'atto amministrativo: cenni sulle problematiche in campo*, in *Dir. Informatica*, n. 3/2002, 572, i quali osservano che seppur sia ipotizzabile un procedimento amministrativo informatizzato che si conclude con un provvedimento amministrativo elettronico racchiuso in un computer non collegato ad una rete, "*non appena quell'atto occorre ad ufficio di altra amministrazione, ecco che il documento elettronico non è più in grado di ottemperare alla sua funzione se non attraverso il trasferimento su carta (o su altro supporto) dello stesso, in tal modo perdendosi l'utilità iniziale sottesa alla trasformazione del documento in un bit*".

[5] G. DUNI, voce *Teleamministrazione*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1994.

[6] In dottrina oggi si parla infatti di digitalizzazione o, secondo una ulteriore visione, di "tecnologizzazione". L'espressione è utilizzata da S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione dell'amministrazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016, 9; più di recente si veda C. ACOCELLA, *Innovazione tecnologica e innovazione amministrativa*, in F. LIGUORI (a cura di), *Il problema amministrativo, aspetti di una trasformazione tentata*, Napoli, 2021, 194.

ISSN 2036-7821

compiere una migrazione al *cloud* delle amministrazioni centrali e periferiche[7], garantire l'interoperabilità tra dati delle amministrazioni[8], digitalizzare le procedure ed i processi interni e offrire servizi digitali ai cittadini.
Proprio su questi temi, per il perseguimento e sviluppo degli obiettivi di digitalizzazione, il PNRR si ispira al principio "*once only*", in virtù del quale le pubbliche amministrazioni chiedono una sola volta ed ottengono "una volta per tutte" le informazioni sui cittadini, che verranno definitivamente conservate in una "Piattaforma Nazionale Dati".
Con specifico riferimento all'interoperabilità tra dati, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza accenna alle tecnologie API (*Application Programming Interface*), ossia un "connettore automatico" che permette alle pubbliche amministrazioni di accedere alle informazioni immagazzinate nella suddetta piattaforma.
Coniando un'espressione tecnica, le tecnologie API possono "interrogare" un *ledger*, ossia prendere informazioni da un registro distribuito, detto anche *distributed ledger technology*, di cui la tecnologia *blockchain* è, ormai, il più noto esempio.
Pertanto le tecnologie API sono, in un certo qual modo, collegate prima di tutto alla *blockchain*, di cui ormai appare più che necessario comprenderne il funzionamento.
Sembrerebbe dunque essersi presentata l'occasione per riprendere un dibattito lasciato – almeno in Italia – proprio dove è iniziato, nel 2018, ove già l'Unione Europea con una Risoluzione del Parlamento europeo, e poi il nostro Paese con il primo decreto Semplificazioni, avevano dettato una prima disciplina delle *Distributed Ledger Technologies* e degli *smart contracts*.
Proprio con specifico riferimento a questi due strumenti tecnologici, il presente contributo prova a compiere talune brevi osservazioni circa l'opportunità per le pubbliche amministrazioni di ricorrere o meno alle nuove tecnologie ed in che misura, partendo dell'analisi del presumibile impatto dell'utilizzo della *blockchain* sull'ordinaria attività autoritativa della pubblica amministrazione.

2. Definizione e funzionamento della tecnologia blockchain.

Il termine *blockchain* è stato coniato per la prima volta per indicare l'invenzione di uno sviluppatore anonimo, personificato poi dalla letteratura con lo pseudonimo di Satoshi Nakamoto, che sviluppò un sistema di scambio *peer-to-peer* (P2P) di moneta elettronica.
La tecnologia *blockchain* funziona come un "libro mastro" – o, se si vuole, un *database* condiviso – decentralizzato (nella terminologia anglosassone *distributed ledger technology*, o anche DLT) che viene utilizzato per registrare ed immagazzinare la

[7] Per una trattazione più estesa si rinvia a B. CAROTTI, *Il settore pubblico e il* cloud computing, in V. BONTEMPI (a cura di), *Lo stato digitale nel piano nazionale di ripresa e resilienza*, Roma, 2022, 147 e ss.
[8] Sul tema si rinvia a G. BUTTARELLI, *L'interoperabilità dei dati nella Pubblica Amministrazione*, in V. BONTEMPI (a cura di), *Lo stato digitale*, cit., 141 e ss..

ISSN 2036-7821

stessa informazione contenuta in un blocco (*block*) condiviso contemporaneamente presso più computer.

Nel contesto europeo, la Commissione Europea ha definito la tecnologia *blockchain* e le DLT come tecnologie che permettono diverse parti che sono geograficamente distanti tra loro e che non si conoscono, di scambiare qualsiasi tipo di dato digitale con un sistema *peer-to-peer* (ossia, tra pari), facendo a meno di terze parti o di intermediari[9].

La dottrina straniera che, invece, più si è concentrata sul dato tecnico della tecnologia in esame, ha definito la *blockchain* come una serie di informazioni raccolte in una catena di pacchetti di dati, in cui un blocco comprende transazioni multiple[10].

La catena *blockchain* è composta infatti da blocchi, e ogni blocco aggiuntivo funziona come un registro completo contenente lo storico di tutte le transazioni precedentemente eseguite. Ebbene, ogni blocco contiene il momento della sua registrazione alla catena, il valore dell'*hash*[11] (che è un valore unico, che può anche essere un algoritmo[12]) del precedente blocco "genitore" ed un numero casuale di verifica dell'*hash*. I blocchi, per essere aggiunti alla *blockchain*, devono essere validati dal *network* (ossia dai partecipanti, detti anche "nodi") utilizzando strumenti crittografici.

Se la maggioranza dei nodi del *network* manifesta il proprio consenso attraverso un sistema meccanizzato circa la validità delle transazioni in un blocco e sulla validità dello stesso, il blocco può essere aggiunto alla catena.

Il meccanismo sopra descritto è stato definito "meccanismo del consenso"[13], ossia il processo in cui una maggioranza di validatori del *network* giungono ad un accordo sullo stato del registro. Il processo di formazione del consenso assicura che le transazioni, attraverso cui avviene lo scambio di dati, siano immagazzinate in un blocco per un certo periodo di tempo prima di essere trasferite al registro. Successivamente, l'informazione contenuta nella *blockchain* non può essere più modificata, a meno che almeno la metà dei nodi del *network* non intenda farlo.

---

[9] S. NASCIMENTO, A. PÓLVORA, J. SOUSA LOURENÇO, *Blockchain4EU: Blockchain for Industrial Transformations*, Publications Office of the European Union, Lussemburgo, 2018, 13, la cui definizione in lingua inglese così recita: "*Blockchain and other Distributed Ledger Technologies (DLTs) are technologies enabling parties who are geographically distant or have no particular confidence in each other to exchange any type of digital data on a peer-to-peer basis with fewer to non-existent third parties or intermediaries*".

[10] M. NOFER, P. GOMBER, O. HINZ, D. SCHIERECK, *Blockchain*, in *Bus Inf Syst Eng*, n. 3/2017, 183-187 spiegano che "*a blockchain consists of data sets which are composed of a chain data of packages (blocks) where a block comprises multiple transactions*".

[11] Dato un *input*, un *hash* è una funzione matematica unidirezionale, dalla quale deriva un valore unico.

[12] S. HIRSH, S. ALMAN, *Blockchain*, 2019, 1.

[13] T. SWANSON, *Consensus-as-a-service: a brief report on the emergence of permissioned, distributed ledger systems*, in *ofnumbers.com*, 06.04.2015.

ISSN 2036-7821

Ed infatti, se i nodi della catena provano a modificare un blocco, il suo valore unico determinato nell'*hash* cambierà, e ciò provocherà, di conseguenza, la "rottura" di un anello della catena, e quindi della *blockchain*.
A differenza degli attuali sistemi centralizzati, basati sul controllo di un'autorità di gestione, la funzionalità del *network* continua ad operare anche se alcuni nodi smettono di funzionare. Ciò aumenta il livello di fiducia dello scambio di informazioni tra nodi, atteso che chi utilizza tale tecnologia non dovrà valutare l'affidabilità dell'intermediario o degli altri partecipanti al *network*, in quanto la fiducia viene riposta interamente nello strumento tecnologico[14].
Le *blockchain*, se si vuole provare a classificarle, possono essere *public*, *private* o *permissioned*, a seconda di chi sia titolare della possibilità di utilizzarla o di mettere in funzione i nodi del *network*[15].
Le *public blockchain* permettono a tutti i nodi del *network* di condurre transazioni e partecipare al procedimento volto a raggiungere il consenso. Le *private blockchain*, invece, permettono ad un limitato numero di nodi autorizzati di partecipare al procedimento di formazione del consenso. Infine, le *permissioned blockchain* rappresentano un ibrido delle prime due *blockchain*, in cui è permesso a chiunque di partecipare al *network* dopo aver verificato le identità. Quest'ultima tipologia di *blockchain* può anche solo autorizzare alcuni partecipanti a compiere solo specifiche attività nel *network*[16].

2.1 Il token ossia la manifestazione algoritmica del consenso.
All'interno del sistema *blockchain* la manifestazione del *consensus* avviene mediante dei *token*. I *token* sono variabili di stato[17] definiti all'interno della *blockchain* che possono essere trasferiti tra diversi indirizzi, ma l'ammontare complessivo dei *token* all'interno di una catena rimane invariato. Il trasferimento di un *token* tra due indirizzi avviene, infatti, simultaneamente: se l'indirizzo trasferente trasferisce un *token*, l'indirizzo ricevente guadagnerà, nel medesimo istante, un *token*.
Parte della dottrina[18] si è anche occupata di classificare tre principali categorie di consenso: il *machine consensus*, il *governance consensus*, ed il *market consensus*.
Partendo dal primo, il *machine consensus* ha lo scopo di assicurare che i nodi del *peer-to-peer network* condividano la stessa copia dello stesso libro mastro in modalità asincrona ed in assenza di un coordinamento centrale. Tale categoria di consenso,

[14] *Cfr.* M. NOFER, P. GOMBER, O. HINZ, D. SCHIERECK, *Blockchain*, cit., 184.
[15] Come rilevano Y. CHANG, E. IAKOVOU, W. SHI, *Blockchain in global supply chains and cross border trade: a critical syntesis of the state-of-the-art, challenges, and opportunities*, in *International Journal of Production Research*, n. 7/2020, 2082.
[16] M. GUPTA, *Blockchain for Dummies*, 2018, 10.
[17] Così vengono definiti da Z. XU, C. ZOU, *What can blockchain do and cannot do?*, in *China Economic Journal*, n. 1/2021, 6.
[18] *Cfr.* Z. XU, C. ZOU, *What can blockchain do and cannot do?*, cit., 7.

ISSN 2036-7821

quindi, registra le informazioni riferite allo stato dei *token* ed alle loro transazioni. Atteso che gli algoritmi di questa tecnologia dettano protocolli stringenti per le operazioni che i nodi del *network* eseguono sul libro mastro, viene assicurata la attendibilità, stabilità e sicurezza del *machine consensus*.
Quanto invece al *governance consensus*, i membri del gruppo di una *blockchain* sviluppano ed approvano le decisioni che rendono il maggior beneficio per la comunità nella sua interezza. La dottrina che si è occupata di definire tale categoria di consenso ha osservato che gli elementi chiave del *governance consensus* includono: *i)* la presenza di sotto-gruppi con interessi differenti; *ii)* procedure di *governance* per soddisfare i diversi interessi e pervenire a decisioni di gruppo; *iii)* decisioni di gruppo vincolanti per i membri di tutti i differenti gruppi. Qualora i diversi gruppi non dovessero pervenire ad una decisione oppure le decisioni prese dalla maggioranza dovessero risultare carenti del loro potere di vincolare la minoranza, il *governance consensus* si "romperebbe" e non produrrebbe i suoi effetti.
Infine, il *market consensus* si riflette nell'equilibrio dei prezzi di mercato.

2.2 Il concetto di "assenza di fiducia" nella tecnologia blockchain.
Come osserva parte della dottrina, le regole della *blockchain* sono imposte da codici computerizzati che, essendo univoci, non possono presentare ambiguità nel loro significato e non possono essere soggetti, pertanto, all'interpretazione dell'uomo[19].
La tecnologia *blockchain*, inoltre, resiste ad eventuali attacchi esterni. Qualsiasi transazione che segue regole predeterminate è garantita ed in quanto tale può essere registrata nel libro mastro. Da ciò deriva che non vi sono nemmeno rischi nelle singole transazioni in quanto l'aggiornamento dello stato di un *token* e la conferma della transazione dello stesso si verificano simultaneamente; l'informazione, inoltre, è registrata nel libro mastro ed è visibile a tutti come prova tangibile.
Tuttavia, per comprendere come la tecnologia *blockchain* possa superare l'ostacolo dell'assenza di fiducia tra le parti sembra opportuno riportare il seguente esempio: si immagini che Tizio spenda un certo numero di Bitcoin[20] per acquistare dei beni da Caio. Il pagamento di Tizio in favore di Caio non richiede né fiducia, né presenza di intermediari o terze parti, in quanto le transazioni vengono eseguite in "circuiti", ossia luoghi dematerializzati equiparabili ai mercati. In questi circuiti Tizio deposita la somma di Bitcoin in un apposito conto fiduciario che tiene il pagamento sospeso nei confronti di Caio. Solo quando Tizio avrà ricevuto i beni e avrà confermato la corretta ricezione degli stessi, la somma di Bitcoin verrà rilasciata a Caio.

[19] Si veda ancora Z. XU, C. ZOU, *What can blockchain do and cannot do?*, cit., 7, i quali affermano che "*computer codes, without any ambiguity in their meaning, are not subject to human discretion or interference*".
[20] Che è una criptovaluta che si fonda sulla tecnologia *blockchain*.

ISSN 2036-7821

In buona sostanza, gli intermediari non sono necessari in quanto è la stessa tecnologia *blockchain* a svolgere tale funzione di garanzia.

3. Smart contracts a partire dalla blockchain.

Il concetto di *smart contract* è stato introdotto per la prima volta, nel 1997, da Szabo[21].
Lo *smart contract* combina protocolli computerizzati con interfacce utenti per dare esecuzione ad un contratto. Il più diffuso esempio di tecnologia *blockchain* applicata agli *smart contracts* è Ethereum, un sistema decentralizzato[22].
Sotto il profilo prettamente civilistico, lo *smart contract* è da considerarsi un mero strumento tecnologico per l'esercizio di attività negoziale, e non una forma contrattuale tipica, atipica *ex* art. 1322, o addirittura una formula contrattuale derivante da prassi commerciali[23].
La tecnologia *blockchain*, applicata agli *smart contracts*, permette di stipulare contratti utilizzando la crittografia, estromettendo del tutto terze parti (come ad esempio un notaio) che sarebbero state necessarie per fondare un rapporto di fiducia tra le parti.
La tecnologia *blockchain*, dunque, potrebbe intervenire sul processo di transazione dando automatica esecuzione ai contratti in modo economico, trasparente e sicuro[24].
L'utilizzo di un linguaggio formalizzato, inoltre, esclude il rischio dell'insorgere di conflitti interpretativi del contratto[25] ed il rischio di inadempimento, atteso che l'esecuzione delle prestazioni in esso pattuite non dipenderà dall'adempimento delle prestazioni da parte dei singoli contraenti, ma dal mero processo automatizzato previsto dal codice algoritmico[26].
Aspetto non trascurabile degli *smart contracts* è la necessaria predeterminazione delle clausole contrattuali e, quindi, la sottesa rigidità dei codici algoritmici che lo compongono[27].

---

[21] N. SZABO, *Smart contracts: formalizing and securing relationships on public networks*, in *First Monday*, n. 9/1997.

[22] V. BUTERIN, *A next generation smart contract and decentralized application platform*, in *ethereum.org*, 2014. Per una disamina in chiave critica delle relazioni tra *smart contracts* e tecnologia *blockchain* si rinvia a B. CAPPIELLO, *Dallo "smart contract" computer code allo smart (legal) contract. I nuovi strumenti (para) giuridici alla luce della normativa nazionale e del diritto internazionale privato europeo: prospettive* de jure condendo, in *Diritto del Commercio Internazionale*, n. 2/2020, 477 e ss..

[23] È stato osservato che nessuno degli elementi essenziali che caratterizzano gli *smart contracts* (ossia linguaggio informatico, disintermediazione, automatismo e stabilità) "intercettano" i profili contenutistici, bensì solo quelli formali o funzionali della dinamica negoziale tradizionale. Così S.A. CERRATO, *Appunti su smart contract e diritto dei contratti*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 3/2020, 375.

[24] J. FAIRFIELD, *Smart contracts, Bitcoin bots and costumer protection*, in *Wash Lee Rev Online*, n. 71/2014, 23-299.

[25] Così C. AMATO, *La 'computerizzazione del contratto' (Smart, data oriented, computable e self-driving contratcs. Una panoramica)*, in *Europa e Diritto Privato*, n. 4/2020, 1260, al quale si rimanda anche per una completa analisi delle diverse forme della "contrattazione intelligente".

[26] E. BATTELLI, *Le nuove frontiere dell'automatizzazione contrattuale tra codici algoritmici e big data: gli smart contracts in ambito assicurativo, bancario e finanziario*, in *Giustizia Civile*, n. 4/2020, 682.

[27] Ancora E. BATTELLI, *Le nuove frontiere*, 682.

ISSN 2036-7821

Per comprendere come funzionano, bisogna partire dall'assunto che gli *smart contract* sono codici computerizzati che funzionano all'interno della *blockchain* per eseguire complesse operazioni sui *token*.
Se si prende, a titolo di esempio, il caso in cui Tizio invia un certo numero di *token* a Caio al verificarsi di determinate condizioni, gli *smart contract*, per funzionare, devono assolvere specifiche funzioni con riferimento: *i)* al trasferimento del diritto di proprietà del *token*; *ii)* al controllo procedurale sulle operazioni di trasferimento[28].
Con riferimento al diritto di proprietà, i *token* associati ad un indirizzo conferiscono allo stesso un diritto di proprietà. Se l'indirizzo di Tizio trasmette all'indirizzo di Caio un certo numero di *token*, questa operazione corrisponde al trasferimento del diritto di proprietà su quei *token*. Se l'indirizzo di Caio non dovesse funzionare, l'operazione di trasferimento del *token* si concluderà con la distruzione del *token* stesso.
Con riferimento al controllo procedurale, per far sì che il trasferimento dei *token* avvenga con successo, chi invia i *token* deve possedere un determinato numero di *token* associati al proprio indirizzo e devono verificarsi le condizioni pattuite per il trasferimento. La transazione avviene automaticamente grazie a formule complesse che all'atto del trasferimento dei *token* attivano all'istante il pagamento del corrispettivo.
In fase di esecuzione, pertanto, gli *smart contract* possono giungere a due soli risultati: successo o fallimento. Se all'indirizzo che trasmette non è associato il numero di *token* pattuito dalle parti, l'esecuzione dello *smart contract* fallirà.
Beninteso, nemmeno gli *smart contract* sono esenti da problemi. In primo luogo, questa tipologia di contratti non può eliminare del tutto il rischio di insolvenza; inoltre, essendo composti da codici computerizzati, gli *smart contracts* non possono concludersi se le informazioni in essi contenute sono incomplete. Ed invero, proprio l'incompletezza o la carenza di talune clausole all'interno del contratto rendono, sovente, necessario l'intervento del giudice al fine di risolvere le controversie[29].

4. Il quadro europeo e la disciplina nazionale della blockchain e degli smart contracts.
A partire dal 2018, anche l'Unione Europea ha cominciato a mostrare interesse nei confronti della tecnologia *blockchain*.
Con la "*Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione*" si è assistito ad un

[28] Anche queste tre *functions* degli *smart contracts* sono state individuate da Z. XU, C. ZOU, *What can blockchain do and cannot do?*, cit., 8.
[29] Osservano infatti Z. XU, C. ZOU, *What can blockchain do and cannot do?*, cit., 9, che "*as computer codes, smart contracts cannot handle situations involved incomplete contracts. We as humans beings have only bounded rationality and cannot foresee all possibles outcomes when drafting contracts. So, the majority of contracts are incomplete in nature. That is why there often are exception terms in contracts, and we need the judicial system to settle disputes*".

ISSN 2036-7821

primo approccio "istituzionalizzato" alle tecnologie DLT in generale. Il Parlamento europeo rileva come la DLT ("*Distributed Ledger Technology*" di cui la *blockchain* è una tipologia) sia in grado di migliorare la trasparenza, la sicurezza, ridurre i costi delle transazioni eliminando gli intermediari e ridurre la corruzione e l'evasione fiscale attraverso la tracciabilità dei pagamenti.

Per quanto di specifico interesse nel presente scritto, il Palamento Europeo osserva come la DLT consenta di garantire l'integrità dei dati e di fornire una pista di audit a prova di manomissione, permettendo così la creazione di nuovi modelli di pubblica amministrazione più sicura e tecnologica.

Il documento suggerisce anche dei macro-settori nei quali potrebbero essere migliorati i servizi pubblici, mediante l'utilizzo della *Distributed Ledger Technology*, tra i quali: *i)* trasporti, per i servizi di immatricolazione, gestione e verifica delle distanze di guida dei veicoli; *ii)* settore sanitario, per lo scambio di dati digitali tra pubbliche amministrazioni e privati; *iii)* catene di approvvigionamento, per la spedizione e monitoraggio di merci, anche al fine di evitare contraffazioni; *iv)* istruzione, per la verifica di titoli accademici; *v)* industrie creative e diritti d'autore, per tracciare e gestire la proprietà intellettuale, facilitare la protezione dei diritti d'autore e dei brevetti; *vi)* settore finanziario[30].

Con la citata Risoluzione del 3 ottobre 2018, il Parlamento Europeo ha dedicato particolare attenzione anche ai contratti intelligenti e all'importanza strategica della DLT per l'ammodernamento delle infrastrutture pubbliche, invitando la Commissione Europea ad esaminare la possibilità di miglioramento dei servizi pubblici tradizionali, tra cui la digitalizzazione e il decentramento dei registri pubblici, del catasto, del rilascio di licenze, delle certificazioni ai cittadini (ad esempio certificati di nascita e di matrimonio), della gestione delle migrazioni, migliorando i processi riguardanti la privacy e la riservatezza degli scambi di dati, nonché l'accesso ai servizi di *e-government* con identità digitale decentralizzata. Un particolare invito rivolto alla Commissione Europea attiene, inoltre, alla possibilità di utilizzare la DLT per creare sistemi di votazione elettronica.

Da qui, la Commissione Europea, dopo aver lanciato il progetto "*Blockchain4EU: Blockchain for Industrial Transformations*", è di recente tornata sul tema in occasione della pubblicazione del Libro Bianco "*sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*", auspicando un miglioramento dell'accesso ai dati e la creazione di un sistema sicuro per la gestione e riutilizzabilità degli stessi.

[30] La Commissione Europea, nel documento pubblicato da S. NASCIMENTO, A. PÓLVORA, J. SOUSA LOURENÇO, *Blockchain4EU*, cit., 20 e ss., al quale si rimanda per una lettura più approfondita, ha catalogato nove settori industriali in cui sarebbe possibile applicare con successo la tecnologia *blockchain*, ossia: spazio e aeronautica; alimenti e processi di controllo; trasporti e logistica; salute e farmaci biologici; industrie creative, energia; tecnologia; manifattura avanzata; risorse naturali.

ISSN 2036-7821

Anche il Legislatore italiano, dal suo canto, ha dettato una prima disciplina in tema di tecnologie basate su registri distribuiti (DLT) e di *smart contract*.
L'art. 8-*ter* del D.L. 14 dicembre 2018, n. 135[31], convertito con modificazioni dalla L. 11 febbraio 2019, n. 12, definisce "tecnologie basate su registri distribuiti" le "tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturalmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili".
Il medesimo articolo definisce "*smart contract*" un "programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli *smart contract* soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto".
Ad oggi, le linee guida dell'AgID sulla *blockchain* non sono ancora state pubblicate[32], ma l'Agenzia, nel marzo 2021 ha avviato un progetto per la creazione dell'infrastruttura italiana IBSI (*Italian Blockchain Service Infrastructure*) che vede la partecipazione di Enti, Università ed operatori economici.

5. Blockchain nella Pubblica Amministrazione: alcune notazioni in tema di attività autoritativa o negoziale.
Si è detto che nella tecnologia *blockchain* le relazioni tra nodi del *network*, ossia gli utenti che concretamente ricorrono all'utilizzo di tale strumento, si fondano sul consenso, che viene manifestato, in termini tecnici, attraverso il *token*.
Il termine *consensus*, così come impiegato nel linguaggio anglosassone, può essere tradotto in italiano come "consenso", ma talvolta, meno diffusamente si fa riferimento ai concetti di "accordo" o di "opinione".
Non è affatto scontato individuare il significato corretto da attribuire al termine "*consensus*" in quanto i concetti di "manifestazione del consenso" e di "manifestazione di volontà", possono assumere implicazioni differenti, se ricondotti al diritto amministrativo.
Provando a volgere uno sguardo alle radici più antiche del termine, e quindi guardando all'etimologia del termine "consenso", si vede come questo derivi dal

[31] Rubricato "*Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione*".
[32] La cui assenza continua a produrre disagi negli interpreti e negli operatori economici, come ravvisa S. RIGAZIO, *Smart contracts e tecnologie basate su registri distribuiti nella l. 12/2019*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2/2021, 374.

ISSN 2036-7821

latino *consensus*, ossia l'accordo, l'armonia, l'unanimità di giudizio. Il termine *consensus*, dunque, è composto dalla preposizione *cum* nel senso di "insieme" e da *sentire* nel senso di "provare sensazioni".
Nella lingua italiana, infatti, il consenso rappresenta la conformità di voleri, ma il termine "volontà", in questa specifica circostanza, non deve indurre in inganno e, con specifico riferimento all'attività contrattuale della P.A., non può di certo essere ricondotto al concetto di discrezionalità.
Quando si parla di conformità di voleri nella tecnologia *blockchain* sembrerebbe utile fare riferimento agli accordi di diritto privato, ma è bene tuttavia precisare che da tali accordi resterebbero esclusi gli accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento amministrativo in quanto ontologicamente differenti dai primi atteso che, questi ultimi, servono a negoziare il potere, restando, tuttavia, nella dimensione autoritativa dell'agire amministrativo[33]. Infatti, è proprio l'accordo di diritto privato che lascia presupporre una posizione di parità delle due o più parti che, in un rapporto giuridicamente apprezzabile, manifestano reciprocamente un determinato volere. D'altro canto, l'attività consensuale condotta dalla pubblica amministrazione costituisce, fatta eccezione per gli accordi integrativi e sostitutivi, attività di diritto privato, per sua natura priva del carattere autoritativo[34].

---

[33] Come plasticamente rappresenta F. LIGUORI, *Amministrazioni pubbliche e diritto privato nel disegno di legge sull'azione amministrativa*, in *Foro amm. TAR*, n. 5/2003, 1832, "*L'art. 11 serve infatti a negoziare quei poteri che, se previsti espressamente, impediscono il ricorso al diritto privato «tout court»*" delineando così una chiara distinzione tra negoziazione del contenuto discrezionale del provvedimento e attività di diritto privato dell'amministrazione. L'Autore, infatti, nell'interrogarsi, a ragione, sulla effettiva sovrapponibilità tra accordi *ex* art. 11, l. n. 241/1990 e attività di diritto privato *ex* art. 1, comma 1-*bis* della medesima legge, conclude ponendo le due norme in termini di non fungibilità e ciò in quanto la disposizione sugli accordi "*non afferma* […] *che il potere è sempre negoziabile direttamente, ma presuppone che esso continui ad essere disponibile con le modalità di cui all'art. 11. Anche perché se fosse sempre disponibile con strumenti di diritto comune «puri», non avrebbe più senso l'art. 11*".

[34] Anche se nota, si riporta la disposizione di cui all'art. 1, comma 1-*bis* della L. n. 241/1990, a mente del quale "*La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*". In dottrina, la prima formale distinzione tra attività amministrativa di diritto pubblico, attività amministrativa di diritto privato ed attività privata si deve ad A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1938, 455-556, secondo il quale l'attività amministrativa di diritto privato sarebbe formalmente privatistica ma sostanzialmente amministrativa, e cioè diretta alla cura dell'interesse pubblico, mentre l'attività privata di diritto privato sarebbe sia formalmente che sostanzialmente privatistica. Secondo l'Autore, tali categorie, dunque "*esauriscono, integrando l'elemento formale con il sostanziale, la totalità dell'agire degli enti pubblici ed in primis dell'amministrazione statale*". Nel pensiero dell'Autore, la possibilità per l'amministra- zione di avvalersi degli strumenti di diritto privato in luogo del provvedimento si fonda sul presupposto della capacità giuridica generale che spetta alla stessa. Se la capacità giuridica generale della pubblica amministrazione ammette la possibilità astratta che questa possa agire nelle forme del diritto privato, la facoltà di usare il contratto in sostituzione del provvedimento è però subordinata, in concreto, alla condizione che la scelta non diminuisca l'efficacia della tutela degli interessi regolati, e dunque, dell'interesse pubblico. Successivamente di fondamentale importanza è il contributo di M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 267, il quale osserva che "*quando l'amministrazione agisce come soggetto di diritto privato non v'è discrezionalità, ma autonomia privata*", superando definitivamente l'idea della tradizionale inconciliabilità tra interesse pubblico e diritto privato.

ISSN 2036-7821

Quanto illustrato sembrerebbe sposare *in toto* la logica della tecnologia *blockchain*, che si fonda su quella che è stata definita l'assenza di "fiducia tra le parti" che vengono poste sul medesimo livello relazionale e sulla non necessità di terze parti o di autorità volte a "controllare" l'operato dei nodi del *network*.
Benvero, nel diritto civile il consenso rappresenta uno degli elementi essenziali del negozio giuridico bilaterale o plurilaterale, consistente nell'incontro delle manifestazioni di volontà di due o più soggetti contrapposti[35].
Chiarito che nei rapporti di natura paritaria (anche quando una di queste sia la Pubblica Amministrazione) i termini "consenso" e "volontà"[36] sono speculari, si deduce che la relazione che si instaura tra i nodi del *network* per la creazione di un blocco da aggiungere alla *blockchain* – sia dal punto di vista etimologico che tecnico – possa configurarsi solo come un rapporto negoziale, prima che contrattuale[37], ma non di certo verticale e quindi autoritativo. Ed invero, per far sì che il "blocco" si aggiunga alla "catena" non basta l'attività unilaterale di uno solo dei nodi del network, ma, secondo le regole di funzionamento dell'ecosistema *blockchain* sopra descritte, è necessario che vi sia una manifestazione di volontà delle altre parti, il cui rapporto si svolge pertanto in una dimensione orizzontale, e quindi consensuale.
È da escludere, inoltre, che la fattispecie giuridicamente rilevante che si instaura tra le parti in ipotesi di ricorso alla menzionata tecnologia possa essere considerata ciò che nella dottrina civilistica è stato definito un "atto giuridico in senso stretto"[38], ossia un comportamento umano che rileva quale semplice presupposto di effetti giuridici[39], e ciò in quanto nella *blockchain* gli effetti sono disposti dal soggetto agente – anche mediante un *input* attraverso un computer – e non da fonti esterne[40].

---

[35] Secondo la dottrina classica "*il negozio giuridico è dichiarazione di volontà. Si dichiara di volere che abbia luogo un effetto giuridico, e l'ordine giuridico fa che questo effetto giuridico abbia luogo per ciò che esso è voluto dall'autore del negozio giuridico*". *Cfr.* A. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, 202, secondo il quale, "*il negozio giuridico è l'attuazione della forza creatrice competente nel campo giuridico alla volontà privata*".

[36] Meritevoli di attenzione sono le riflessioni di M. GIULIANO, *La blockchain e gli smart contracts nell'innovazione del diritto nel terzo millennio*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, n. 6/2018, 1014, secondo il quale "*le tecnologie informatiche e telematiche non sono usate (solo) per veicolare una volontà già formata, ma anche per costituire esse stesse la volontà del soggetto, racchiusa in un algoritmo, scritto (con l'ausilio di tecnici) e voluto dallo stesso soggetto, che auto esegue le istruzioni impartitegli*".

[37] Ma ciò non esclude che il rapporto possa anche essere di natura contrattuale, come dimostrano gli *smart contract* che si fondano sulla tecnologia *blockchain*. Con riferimento alle forme di "contrattazione intelligente", C. AMATO, *La 'computerizzazione' del contratto*, cit., 1261, osserva come ai *data contracts* ed ai contratti computabili trovino applicazione "*le regole tradizionali, senza la necessità di predisporre interventi normativi* ad hoc".

[38] La letteratura sui temi dell'atto e del negozio giuridico è vasta. Su tutte si veda S. ROMANO, *Atti e negozi giuridici*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953; F. SANTORO-PASSARELLI, *Atto giuridico*, in *Enc. dir.*, III; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*; V. PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1966; G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955; V.M. TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940; A. CANDIAN, *Contributo alla teoria generale dell'atto giuridico*, in *Saggi di diritto*, III, Milano, 1949.

[39] S. ROMANO, *Atti e negozi giuridici*, cit., 5, secondo il quale "*l'atto (non negoziale) non è che la condizione necessaria e sufficiente perché gli effetti giuridici si producano: in altri termini, essi non derivano propriamente dall'atto, ma*

ISSN 2036-7821

Se è vero, dunque, che il negozio giuridico è un atto volto al conseguimento di un risultato giuridicamente rilevante ed è fonte di regolazione di interessi attraverso dichiarazioni di volontà[41], allora non vi sarebbe alcun elemento che impedisca di ritenere che l'atto dello scambio del consenso mediante i *token* per la registrazione di un blocco alla *blockchain* sia un negozio giuridico.

Il codice civile non contiene una definizione di negozio[42], né tantomeno di consenso, tuttavia, l'art. 1321 c.c., definisce il contratto come "*l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*", mentre, il termine "consenso" compare per la prima volta nel Libro IV, Titolo II, Capo XII, Sezione II denominata, per l'appunto, "vizi del consenso".

Sembrerebbe pertanto ragionevole supporre che, in assenza di una disposizione di legge di segno contrario, la manifestazione di volontà (*recte*, del consenso) compiuta dalla pubblica amministrazione espressa attraverso il *token* al fine di addivenire ad un accordo con i privati o con altre pubbliche amministrazioni mediante l'utilizzo della *blockchain*, non possa classificarsi quale attività di natura discrezionale, ma piuttosto negoziale[43], stante l'assenza dell'agire autoritativo in capo al soggetto pubblico[44].

Già nel 1978 parte della dottrina cominciò a formare il convincimento secondo il quale, nell'utilizzo degli strumenti elettronici nella pubblica amministrazione,

---

dal fatto che un certo atto è stato compiuto, il quale quindi viene in considerazione come fattispecie prevista dalla legge perché le sue disposizioni trovino applicazione. Nell'ipotesi dell'atto negoziale, al contrario, si hanno degli effetti che, appunto perché il loro regolamento si rinviene, non direttamente nella legge, ma nell'atto che le prevede, le precisa, ne determina le modalità ed eventualmente le sanziona, possono considerarsi come effetti dell'atto".

[40] C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, III, Milano, 17, osserva che "*nell'atto giuridico in senso stretto, precisamente, gli effetti non sono disposti dal soggetto agente, ma da una fonte esterna che è principalmente la legge. Tali effetti possono essere favorevoli o sfavorevoli al soggetto, in relazione al suo risultato di fatto e agli interessi sui quali esso incide*".

[41] In tal senso F. BOCCHINI, E. QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2014, 157-158.

[42] E ciò in quanto, a dire di F. BOCCHINI, E. QUADRI, *Diritto privato*, cit., 158, con lo sviluppo dell'industrializzazione viene valorizzata la funzione di scambio del contratto quale "centro di vita degli affari" e, di conseguenza, il suo carattere patrimoniale.

[43] Per una lettura di dettaglio circa il tema dell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione si rinvia tra molti F. LIGUORI, *Amministrazioni pubbliche e diritto privato nel disegno di legge sull'azione amministrativa*, in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, n. 5/2003, 1825 e ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Diritto amminstrativo*, 2003; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, n. 4/2004, 661 e ss.; F. MERUSI, *Il diritto privato della p.a. alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Diritto amministrativo*, 2004; G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: principi*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, V. CERULLI IRELLI (a cura di), Napoli, 2006.

[44] Dal punto di vista della tecnica di funzionamento della tecnologia *blockchain* è stato condivisibilmente affermato che "*il presupposto della tecnologia in commento è la carenza di fiducia tra le parti; una pubblica amministrazione che eroga un servizio tramite una piattaforma* permissionless, *divenendone un nodo, abdica alla sia posizione di "supremazia speciale" e quindi all'idea di fiducia* ex ante *su di essa riposta dalla comunità governata*". *Cfr.* S. CALDARELLI, *L'uso della tecnologia blockchain nel settore delle pubbliche amministrazioni: tra "mito" e realtà giuridica*, in *Diritto dell'informazione e dell'Informatica*, n. 4/2020, 870.

ISSN 2036-7821

"l'intervento dell'uomo resta sempre ineliminabile in tutte le valutazioni discrezionali ed in tutte quelle operazioni per le quali la macchina non sia stata ancora predisposta"[45]. Circa un decennio dopo, è stato osservato che la formulazione di tipo algoritmico del linguaggio giuridico comporta inevitabilmente una perdita di astrazione (da intendersi quale sostituzione della concreta molteplicità del reale con una formula), e che sovente accade che "la legge si limita ad indicare il comportamento al quale il cittadino è obbligato (il medesimo ragionamento è valevole anche per la pubblica amministrazione n.d.r.), senza specificare come questi debba procedere per determinare il comportamento cui è tenuto e porlo in essere", concludendo così che "una formalizzazione algoritmica più che una riformulazione del diritto è la precisazione di un metodo particolare per adempiere al diritto, o per determinare una qualificazione giuridica"[46]. Ebbene, la precisazione da parte dell'algoritmo del metodo specifico di adempimento del diritto costituisce – nel caso in cui questo si rivolga all'agire amministrativo – o una determinazione di scelte discrezionali già compiute, o una determinazione di attività vincolata[47]. Ed ecco che già in quegli anni andava delineandosi una prima distinzione tra l'attività dell'amministrazione che poteva svolgersi mediante strumenti informatici, e l'attività dalla quale non poteva prescindere l'intervento umano, e segnatamente le attività a contenuto discrezionale.

Più marcatamente, parte della dottrina dei primi anni '90 che si è occupata con grande (e tutt'ora attuale) sensibilità di informatizzazione dell'attività amministrativa, aveva rilevato l'inconveniente che genera l'attività discrezionale della pubblica amministrazione esercitata mediante utilizzo di strumenti informatici, osservando che "se l'essenza del potere discrezionale consiste nel far sì che l'autorità nel perseguire l'interesse pubblico possa *di volta in volta* per ogni specifico caso concreto individuare, fra le tante soluzioni egualmente ammesse dalla norma (che conferisce il potere discrezionale), quella che tiene conto di tutti i possibili interessi (pubblici e privati) inerenti ad una concreta fattispecie e di tutte le interrelazioni che si vengono a stabilire tra questi interessi, allora le finalità che sono alla base del potere discrezionale risultano incompatibili con la *rigida predeterminazione della decisione*, proprie della logica della programmazione del computer. Più concretamente, se nella programmazione del computer il testo della normativa deve essere riformulato in un linguaggio formale dai *significati univoci* e lo stesso processo decisionale deve […] essere *rigidamente predeterminato* una volta per tutte (in modo tale che ne deriva una decisione automatica per un numero indeterminato di casi

[45] G. DUNI, *L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche*, cit., 410.

[46] G. SARTOR, *La rappresentazione della conoscenza nelle applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, Firenze, 1989, 39-40.

[47] F. LIGUORI, *Liberalizzazione*, cit., 95 rileva che "*il diritto privato serve dunque ad eseguire scelte discrezionali già compiute, così come l'attività vincolata a rendere effettive scelte già operate dal legislatore e dalla stessa amministrazione*".

ISSN 2036-7821

futuri), ne consegue che l'esercizio di un potere discrezionale risulta incompatibile con la logica della programmazione del computer"[48].

Tali riflessioni assumono particolare rilievo se si considera che il Legislatore, nell'attività, di normazione, ricorre sovente alla tecnica dei concetti giuridici indeterminati[49] che investono, talvolta, anche la norma attributiva del potere. I concetti giuridici indeterminati – come è noto – non consentono di identificare inequivocabilmente la fattispecie produttiva di effetti giuridici in essa contenuta, sicché la norma sarà oggetto di interpretazione da parte dell'operatore del diritto.

I concetti giuridici indeterminati rappresentano infatti quel fenomeno in virtù del quale la norma definisce i presupposti e i requisiti con formule linguistiche che non consentono di accertare in modo univoco il loro verificarsi in concreto.

Quando i concetti giuridici indeterminati non sono di carattere descrittivo (che si riferiscono cioé al mero modo di essere di un fatto), ma si muovono nel campo dei concetti normativi, l'attività di interpretazione di tali concetti giuridici conferisce alla pubblica amministrazione – come si può immaginare – un ampio potere decisionale in ordine a ciò che può essere o meno interesse pubblico.

Se si ritorna, dunque, alla metodologia di funzionamento del linguaggio univoco della tecnologia *blockchain* come sopra illustrata, e la si relaziona con il potere discrezionale della pubblica amministrazione, che dovrà di volta in volta effettuare una "*ponderazione comparativa dell'interesse primario con gli interessi secondari*"[50] se ne deduce l'impossibilità di predeterminare, attraverso la codificazione algoritmica, ciò che è suscettibile di valutazione in relazione ai presupposti di fatto di ogni singolo caso concreto[51].

---

[48] A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, cit., 33-34, il quale prosegue osservando che non sia possibile automatizzare le valutazioni discrezionali, e ciò in quanto le valutazioni individuali del singolo caso non possono essere soggette ad una generalizzazione delle ipotesi che, invece, dovrebbero essere considerate individualmente. Aggiunge l'Autore che un'automatizzazione dell'applicazione della normativa relativa alle scelte discrezionali entrerebbe in conflitto con i principi generali del diritto e soprattutto con il principio di uguaglianza, sicché, "*il rispetto di questo principio esige non solo che situazioni eguali siano trattate in modo eguale, ma che situazioni diverse siano trattate in modo differente*".

[49] È noto che il dibattito circa i concetti giuridici indeterminati trova origine nelle prime teorizzazioni della dottrina tedesca di fine '800. Si veda E. BERNATZIK, *Rechtsprechung und Materielle Rechtskraft: Verwaltungsrechtliche Studien*, Vienna, 1886. Si veda inoltre L.R. PERFETTI, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amministrativo*, n. 1/1997, 1742 e ss.; E. FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, standards valutativi e principi generali dell'ordinamento*, in *Foro italiano*, n. 1/1999, 3558 e ss.; H. EHMKE, *"Discrezionalità" e "concetto giuridico indeterminato" nel diritto amministrativo*, Napoli, 2011; S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 5/2012, 1197-1213. Per una recente analisi dei punti di contatto tra concetti giuridici indeterminati e attività discrezionale dell'amministrazione si rinvia a E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 3/2014, 759-790.

[50] Per ricorrere ad una celebre definizione di M.S. GIANNINI, *Istituzioni*, cit., 265.

[51] Sempre A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, cit., 21-22, circa l'impossibilità di applicare mediante strumenti informatici normative che contengono concetti giuridici indeterminati, afferma che "*quando ci si trova* […] *in presenza di* concetti giuridici indeterminati *ricorre (a causa delle caratteristiche intrinseche di questi concetti) un*

ISSN 2036-7821

Parte della dottrina, ipotizzando astrattamente l'attribuzione dell'esercizio di un potere discrezionale ad un elaboratore elettronico, ha ravvisato una potenziale "ossificazione" dell'azione amministrativa ed una "deindividualizzazione" della decisione, con conseguente emersione di contrasti tra cittadino e amministrazione[52].
Da ciò parrebbe discendere, pertanto, l'impossibilità per la pubblica amministrazione di ricorrere a strumenti di programmazione contenenti un linguaggio dal significato univoco in ipotesi di esercizio di potere discrezionale. Nondimeno ciò sarà consentito – per riproporre una fine espressione di Franco Pugliese – quando "l'autoritarietà si stempera nel *consenso*"[53].

6. Predeterminazione algoritmica e procedimenti vincolati.
Sin ora si è parlato di azione amministrativa con margini di scelta. Bisogna ora passare alla disamina circa la possibilità per l'amministrazione di utilizzare la *blockchain* nell'attività vincolata.
Già la dottrina classica aveva delineato una distinzione generale – nel rapporto tra azione amministrativa e legge – tra attività amministrativa vincolata e discrezionale[54].
Sandulli ci offriva la rappresentazione plastica dell'attività amministrativa vincolata attraverso l'immagine dei binari delle finalità istituzionali entro i quali la pubblica amministrazione può muoversi. Rileva l'autorevole Autore che i "limiti positivi" (ai quali contrapponeva i limiti negativi in cui si imbatte anche una qualsiasi attività privata) sono talvolta fissati in modo preciso e puntuale, sicché l'amministrazione sarà tenuta a uniformarsi a regole rigide e inderogabili imposte alla sua azione[55].
In quegli stessi anni, anche Benvenuti distingueva il potere dal dovere. Secondo l'Autore si ha potere (o anche potere libero) quando la norma non precisa le condizioni per l'esercizio del potere, ma si rimette in qualche modo al soggetto agente, mentre si ha dovere quando la norma precisa in maniera vincolante quando

---

tale margine di opinabilità nella loro interpretazione che risulta impossibile una univoca predeterminazione dei concreti significati ad essi riferibili e, di conseguenza, una loro riformulabilità in linguaggio formale".

[52] Così A. CONTALDO, L. MAROTTA, *La informatizzazione*, cit., 582, secondo i quali "*il concetto di discrezionalità confligge con la logica della programmazione del computer, basata sulla rigida predeterminazione della decisione. Se infatti il programma si basa sull'esistenza di due attività di formalizzazione, quella degli elementi di fatto e di diritto e quella relativa al processo di ragionamento, e se tali attività necessitano di una riformulazione in un linguaggio formale dai significati univoci e secondo uno schema rigidamente ancorato al processo* se-allora, *ne consegue che il procedimento discrezionale basato sulla ponderazione e sulla scelta a valle di opzioni tutte lecite risulta contrastare con la attività di programma*".

[53] F. PUGLIESE, *Sull'amministrazione consensuale. Nuove regole, nuova responsabilità*. Napoli, 2013, 28.

[54] È doveroso il riferimento a M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939; E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1957, 300 e ss.; C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. V, 1960, 1098; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989.

[55] Così A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 592.

ISSN 2036-7821

occorre esercitare quel potere specifico in essa contenuto[56]. Benvenuti ebbe cura di precisare, inoltre, che per dovere non dovesse intendersi un dovere soggettivo o un obbligo assoluto, ma un modo di essere del potere quale specie dell'elemento giuridico obbiettivo, che è il potere stesso.

Ciò che emerge in maniera preponderante nelle parole di Benvenuti è il riferimento al concetto di vincolatività determinata dalla norma.

Dagli insegnamenti di questi autorevoli Autori già si può dedurre allora che, in talune relazioni tra la pubblica amministrazione ed il cittadino, la scelta circa le migliori modalità di esercizio della funzione non viene compiuta dall'amministrazione nell'attività di perseguimento dei pubblici interessi, ma viene predeterminata a monte dal Legislatore[57].

Da ciò discende dunque che è il potere politico a garantire, in un certo numero di casi, che il cittadino debba essere titolare, nei confronti dell'amministrazione, di specifiche posizioni giuridiche soggettive meritevoli di tutela, che si riflettono poi nella posizione di diritto soggettivo, rispetto alla tradizionale posizione di interesse legittimo[58].

Nondimeno, nella tecnologia oggetto di indagine la predeterminazione algoritmica, la rigidità delle regole della *blockchain* e il principio generale del *If This Then That* che ne governa le logiche di funzionamento, offrono ragioni per sostenere una interpretazione dell'attività amministrativa mediante tale strumento come attività vincolata[59], al fianco della già menzionata attività di diritto privato.

L'affiancamento del concetto di attività vincolata dell'amministrazione al concetto di predeterminazione algoritmica è consentito se si volge lo sguardo alla definizione di algoritmo, ossia una "sequenza di prescrizioni e istruzioni che indica in modo preciso e non ambiguo i passi che debbono essere compiuti per risolvere

---

[56] F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, in F. BENVENUTI, *Scritti giuridici*, Vol. 1, Milano, 2006, 591-592.

[57] Non a caso V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità*, cit., 470, osserva che nei procedimenti dichiarativi l'amministrazione, pur agendo *jure imperii* ove "*i suoi provvedimenti presentano quelle particolari caratteristiche dell'efficacia indicate comprensivamente nella nozione di imperatività*", vi è assenza di discrezionalità atteso che "*… in tali procedimenti dipende da ciò, che con essi l'amministrazione esercita compiti, individuati dalla legge, essenzialmente* accertativi …".

[58] Si deve a Orsi Battaglini la prima teorizzazione del carattere intrinsecamente non autoritativo dell'attività vincolata dell'amministrazione. L'Autore sostiene che la norma che predetermina integralmente l'atto amministrativo "*esaurisce il potere (unitariamente e comprensivamente inteso) e non lascia spazio a poteri ulteriori*". *Cfr.* A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in A. ORSI BATTAGLINI, *Scritti giuridici*, Milano, 2007, 1250. Secondo l'Autore quando invece vi è esercizio di attività discrezionale vi è potere, il cui compito è quello di "*comporre i conflitti di interesse e di definire le rispettive sfere giuridiche dei soggetti*". Anche G. GUARINO, voce *atti e poteri*, cit., 103, ritiene che allorquando la norma predetermina i presupposti e il contenuto dell'atto allora non vi è potere, sicché, l'atto amministrativo vincolato non è espressione di potere amministrativo.

[59] Ancora A. CONTALDO, L. MAROTTA, *La informatizzazione*, cit., 583, pure rilevano come l'attività vincolata "*non dovrebbe creare problemi di sorta, essendo essa compatibile con la logica del computer*".

ISSN 2036-7821

correttamente, a partire da determinate informazioni, un certo tipo di problema (se una soluzione esiste), in un tempo finito"[60].

Ed invero, le posizioni principali della dottrina propendono per una generale possibilità di ricorso all'automazione dell'azione amministrativa in casi di attività amministrativa vincolata o laddove non residuino margini di opinabilità[61].

È così che l'amministrazione, quando ricorrerà alla *blockchain* per digitalizzare i procedimenti amministrativi (esclusivamente vincolati, nei quali dovrà quindi accertare la mera sussistenza dei presupposti affinché possano prodursi i relativi effetti giuridici) agirà senza il potere d'*imperio*. Nell'attività vincolata svolta mediante ricorso alla *blockchain* non si tratterà più di analizzare il rapporto tra norma attributiva del potere e modalità di esercizio del potere stesso, ma di analizzare il diretto rapporto tra legge e azione amministrativa predeterminata.

Se si intende provare a ricondurre questi moderni concetti appena espressi alle categorie giuridiche classiche del diritto amministrativo, può sembrare utile rileggere Giannini, il quale si era concentrato – tra le altre cose – su quelli che definiva i "procedimenti dichiarativi", ai quali possono essere ricondotte numerose fattispecie, ognuna diversa dall'altra.

Secondo Giannini è agevole constatare che in tutti gli atti dell'amministrazione in cui trovano spazio i procedimenti dichiarativi (come la tenuta di pubblici registri, gli accertamenti, le certificazioni, le affissioni ad albi ecc.) non vi è espressione di una volontà, ma una mera dichiarazione di scienza o di conoscenza[62]. Così, secondo l'Autore, i procedimenti dichiarativi si articolerebbero su due momenti logici: "uno di acquisizione del fatto, l'altro di dichiarazione; l'effetto che si produce è in ogni caso disposto dalla legge"[63].

---

[60] G. SARTOR, *La rappresentazione della conoscenza*, cit., 8; l'algoritmo è stato anche definito come "*un insieme finito di regole che da una sequenza di operazioni per risolvere uno specifico problema*" da T.S. KNUTH, *The art of computer programming*, Boston, 1973, 7-8; più recentemente, P. ZELLINI, *La dittatura del calcolo*, Milano, 2018, 15, ha definito l'algoritmo come una sequenza di operazioni consequenziali, predeterminate, che consentono di risolvere un problema arrivando ad un risultato certo, utile ed effettivo.

[61] Sul tema si rinvia a B. SELLERI, *Gli atti amministrativi «in forma elettronica»*, in *Diritto e società*, 1982, 140; G. CARIDI, *Informatica giuridica e procedimenti amministrativi*, Milano, 1983, 145; E. GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Padova, 1997, 564; M. MINERVA, *L'attività amministrativa in forma elettronica*, in *Foro amministrativo*, 1997, 1304. Più di recente, si veda A. DI MARTINO, *L'amministrazione per algoritmi ed i pericoli del cambiamento in atto*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3/2020, 606, il quale attraverso una lucida sintesi osserva che "*il ricorso alla decisione amministrativa automatizzata intanto è reso possibile in quanto difetti uno spazio di discrezionalità pura nella fase successiva alla programmazione dello strumento informatico, l'utilizzo degli algoritmi informatici può costituire il modello di decisione amministrativa nei casi di attività vincolata e di valutazioni tecniche dell'amministrazione, laddove non residuino margini di opinabilità*". Per una dottrina di segno opposto, che ritiene che l'automazione algoritmica possa trovare applicazione anche nell'attività a contenuto discrezionale, si veda E. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo "and Artificial Intelligence"*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 7/2019, 616-627; I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2018, 647-662.

[62] M.S. GIANNINI, *Istituzioni*, cit., 358.

[63] Ancora M.S. GIANNINI, *Istituzioni*, cit., 359.

ISSN 2036-7821

Se si guarda alla precedente ricostruzione delle logiche di funzionamento della tecnologia *blockchain*, sembrerebbe che questa rappresenti, dunque, uno strumento idoneo per compiere una trasformazione digitale sia degli strumenti di diritto privato della p.a., sia dei procedimenti vincolati.
La novità della digitalizzazione starebbe dunque non nell'ideazione di un nuovo modulo procedimentale[64], ma nel semplice passaggio dall'analogico al digitale, dal cartaceo al dematerializzato, che ci si auspica possa produrre un effetto di semplificazione dell'azione amministrativa[65], che deve pur sempre essere riconducibile alle categorie giuridiche classiche, senza stravolgerle.

7. Sull'applicabilità della blockchain nelle valutazioni tecniche.
La pervasività della tecnica nell'attività amministrativa, specie se vista nel tradizionale binomio discrezionale-vincolato, è un fenomeno che negli ultimi tempi tende a verificarsi sempre di più e con maggiore incidenza. Nell'attività vincolata accade sovente che l'amministrazione si trovi a dover compiere delle c.d. valutazioni tecniche, in cui vi è mera attività cognitiva e non già valutativa, e che consisterebbe in quella che, più in generale, è stata definita una attività di sussunzione di un dato obiettivo[66] corrispondente ad una descrizione astratta, contenuta in una norma.
Alla luce di quanto sinora descritto nelle pagine che precedono, posto che sembrerebbe esclusa la possibilità di ricorrere alla tecnologia *blockchain* quando la pubblica amministrazione sia titolare di un potere discrezionale, ci si deve interrogare, pertanto, intorno alla possibilità che le medesime osservazioni siano da ritenere valide anche in ipotesi di c.d. "discrezionalità tecnica"[67], ossia in quei casi

[64] In senso analogo è A. MASUCCI, *L'istruttoria procedimentale per via telematica. Primi lineamenti*, in *Informatica e diritto*, n.1-2/2008, 409, il quale osserva che "*la particolare rilevanza dell'istruttoria per via telematica non consiste nella previsione di nuovi mezzi istruttori, ma nella possibilità per l'amministrazione procedente di giovarsi nell'istruttoria procedimentale delle tecnologie dell'informatica e della telematica*".

[65] Sull'utilizzo delle risorse dell'interconnessione telematica tra amministrazioni quale strumento di semplificazione dell'azione amministrativa si rinvia a A. MASUCCI, *L'istruttoria procedimentale*, cit., 409; A. NATALINI, *Le semplificazioni amministrative*, Bologna, 2002, 177 e ss..

[66] La nota espressione è di F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 266 nonché 229 e ss..

[67] Sui temi della discrezionalità amministrativa, tra molti si veda M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939; C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. V, 1960, 1098; A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XIII, 1964, 65 e ss.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità e sindacato di legittimità*, in *Diritto e processo amministrativo*, 1984, 462 e ss.. Più specificamente sui temi della discrezionalità tecnica O. RANELLETTI, *Principii di diritto* amministrativo, Napoli, 1912; P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *JUS rivista di scienze giuridiche*, n. 1/1957, 95 e ss.; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano 1967; N. DANIELE, *Discrezionalità tecnica e giudice amministrativo*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, Milano 1967, 295 e ss.; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.

ISSN 2036-7821

ove – come è stato condivisibilmente ritenuto – la scelta del comportamento da tenere alla stregua degli interessi pubblici è stata eseguita *a priori*, una volta per tutte ed in modo vincolante dal legislatore[68].

Il dibattito dottrinale intorno al concetto di discrezionalità tecnica ha radici antiche e complesse, che in questa sede non può essere trattato in maniera compiuta[69]. Non a caso la nozione di discrezionalità tecnica è tra le meno chiare nonché tra le più contestate sotto il profilo della sua autonomia[70]. Per dirla con le parole di Vittorio Bachelet, il problema della discrezionalità tecnica è uno "pseudo-problema" in quanto "in realtà la discrezionalità tecnica non esiste, ma esistono solo accertamenti, apprezzamenti e giudizi tecnici che possono essere riferiti tanto ad atti discrezionali quanto ad atti vincolati"[71].

Nella presente trattazione si darà per presupposto, pertanto, che la pubblica amministrazione, in determinate circostanze, rimane titolare di un mero potere di valutazione circa la sussistenza dei fatti posti dalla legge come presupposti dell'agire amministrativo, al verificarsi dei quali dovrà ricorrere a conoscenze tecniche, nelle modalità dettate dalla legge stessa ed in assenza, quindi, della possibilità di compiere una scelta[72].

Alla luce dei complessi sviluppi dottrinali sul tema, sembra ormai condivisibile ritenere infatti che la discrezionalità tecnica, nella prospettiva giuridica, debba considerarsi attività vincolata[73]. Ed invero, come affermerebbe Giannini, mentre la discrezionalità amministrativa costituisce, nell'agire autoritativo, una scelta che si

---

[68] Come insegna A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Vol. 1, 1989, 593-594.

[69] Per una completa analisi dell'evoluzione dottrinale si rinvia a F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti della amministrazione*, Napoli, 1999, 160-213; A GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato: la discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007, 17-43. Più di recente si veda A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, 2021, 7-17.

[70] Così F. LIGUORI, *Attività liberalizzate*, cit., 160.

[71] Così V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., 41. Secondo F. LIGUORI, *Attività liberalizzate*, cit., 187, è proprio Bachelet, "*che ha studiato direttamente la tecnica nell'attività amministrativa a segnare il più convinto* «de profundis» *della c.d. «discrezionalità tecnica», negando autonomia ad un* tertium genus *diverso dalla discrezionalità amministrativa e dalla vincolatezza*".

[72] È stato di recente osservato da F. LIGUORI, *Le valutazioni tecniche delle Autorità indipendenti e giudice amministrativo*, in C. ACOCELLA (a cura di), *Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, Napoli, 2022, 235, che "*La tecnica è altro rispetto alla discrezionalità ed al merito: l'una è giudizio sul fatto mentre l'altra è volontà-scelta tra interessi*".

[73] *Cfr.* G. GUARINO, voce *atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, Milano, 1983, 207, osserva che mentre nel caso di discrezionalità tecnica la diversità nella soluzione alle quali addiviene l'amministrazione può essere determinata solo da fatti interni alle singole scienze e tecniche, nel caso di discrezionalità amministrativa, invece, il sistema ha voluto riconoscere un margine di scelta che è libero, pur dopo l'applicazione dei principi o criteri che la vincolano.

ISSN 2036-7821

compone di una fase di giudizio e una di volontà, la discrezionalità tecnica costituisce, invece, una mera fase di giudizio, in cui è tuttavia assente la scelta[74].
Stante l'assenza, nel paradigma procedimentale dell'amministrazione in ipotesi di discrezionalità tecnica, dell'elemento della volontà, si deve ritenere, allora, che sia consentito ricorrere alla predeterminazione algoritmica (e quindi alla tecnologia *blockchain*), seppur ricorrendo a qualche adeguamento[75].
Ed infatti anche se, dal punto di vista formale, si è detto che la *blockchain* sembrerebbe non poter coesistere con la discrezionalità, dal punto di vista sostanziale, in caso di ricorso alla tecnica, parrebbe tuttavia ammissibile una deroga in quanto si tratta, in definitiva, di ipotesi di attività discrezionale formalmente nominata, ma sostanzialmente vincolata; ci si trova, in altri termini, dinanzi a quello che è stato nominato il "fantasma della discrezionalità"[76].
Beninteso, anche se si volesse aderire alla tesi che riserva una sfera di potere della p.a. da ricondurre al concetto di discrezionalità tecnica[77] in rapporto di specie a genere della discrezionalità amministrativa[78] o quale *tertium genus* rispetto al binomio discrezionale-vincolato[79], non potrebbe comunque ritenersi che la

[74] L'amministrazione, infatti, quando agisce nel perseguimento dei pubblici interessi, può trovarsi a compiere dei giudizi che richiedono l'applicazione di conoscenze tecniche non propriamente giuridiche. Come rileva M.S. GIANNINI, *Istituzioni*, cit., 268, "*non v'è discrezionalità nell'attività conoscitiva delle amministrazioni e per tutte quelle attività che si concretano solo in manifestazioni di scienza, di opinione, di giudizio: manca, in tutti questi casi, il momento della scelta*". Da qui, "*può ricorrere quella che correntemente viene detta discrezionalità tecnica, con espressione scorretta ma ormai entrata nell'uso*", quindi, "*quali che siano le dimensioni dell'opinabilità, la c.d. discrezionalità tecnica non è mai discrezionalità amministrativa: è giudizio e manca la scelta*".

[75] Parte della dottrina che tende a riconoscere l'esistenza di fattispecie "a bassa discrezionalità", ritiene parimenti che nelle ipotesi di discrezionalità tecnica l'amministrazione rimanga titolare di una "*attività di scelta tra opzioni di significato diverse ed opinabili*", manifestando così qualche perplessità in ordine all'applicazione agli strumenti informatici di normative che prevedono ipotesi di discrezionalità tecnica. A. CONTALDO, R. MAROTTA, *La informatizzazione*, cit., 583-584, pur riconoscendo infatti che "*la discrezionalità tecnica a dispetto del nome è attività vincolata, mancando in essa quel giusto contemperamento degli interessi proprio della attività discrezionale*", finiscono per sostenere che "*in queste ipotesi è possibile applicare gli stessi criteri della discrezionalità amministrativa: è vero che il caso in questione non riguarda una scelta tra interessi, ma pur sempre inerisce ad una attività di scelta tra opzioni di significato diverse e opinabili*". Ciò parrebbe porsi in contraddizione (contraddizione forse causata da una visione classica dei temi trattati) rispetto a quanto poco prima affermato dagli stessi Autori, e cioè che "*la attività vincolata, viceversa, non dovrebbe creare problemi di sorta, essendo essa compatibile con la logica del computer*".

[76] Così F. LIGUORI, *Liberalizzazione*, cit., 183, il quale ravvede il "fantasma della discrezionalità" specie nella discrezionalità tecnica. L'espressione è poi ripresa in F. LIGUORI, *Le valutazioni tecniche*, cit., 241.

[77] Come F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, n. 2/2019, la quale sostiene che "*l'assimilazione della discrezionalità tecnica alla discrezionalità amministrativa è giustificata dal fatto che entrambe comportano giudizi il cui contenuto non si deduce da un parametro predefinito*".

[78] Su cui si rinvia a F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato*, cit., 371.

[79] Parte della dottrina ravvisa, a ragione, una sempre maggiore "pervasività" della tecnica nell'attività dell'amministrazione, che determina di conseguenza una "crisi del principio di legalità". La proiezione della moderna società verso interessi "globali" mette in crisi l'idea tradizionale di legge, completa ed autosufficiente, lasciando sempre più spazio a formule elastiche e indeterminate. Così, il diverso atteggiarsi con logica imprenditoriale dell'azione dei pubblici poteri, implica un'alta specializzazione ed un elevato grado di

ISSN 2036-7821

discrezionalità tecnica possa equipararsi all'attività discrezionale c.d. "pura" che a sua volta incontra, come già detto, i limiti applicativi insiti nella logica di funzionamento della *blockchain*. L'eventuale possibilità per la pubblica amministrazione di utilizzare la tecnologia *blockchain* nelle attività connotate dall'esercizio di discrezionalità tecnica si fonderebbe, infatti, sul presupposto della sua ontologica diversità rispetto all'attività discrezionale pura[80].

Come si è già avuto modo di osservare, quando l'amministrazione ricorre alla *blockchain* accade che, attraverso un *input*, vengono inseriti nel sistema dati e informazioni che si manifestano nella realtà fattuale e che hanno rilevanza giuridica. Una volta inseriti i dati nella *blockchain*, questi dati fattuali che in origine potevano essere espressi mediante un linguaggio formale, si traducono in linguaggio informatico. A questo punto la *blockhain*, ottenute le informazioni necessarie, per poter funzionare, deve poter ricondurre la situazione di fatto alle informazioni codificate, al fine di addivenire ad un risultato di diritto predeterminato[81].

Ed ecco che, mediante gli strumenti informatici, il dato di fatto che si verifica nel mondo reale viene "tipizzato" per poter essere ricondotto, mediante linguaggio informatico, ad un dato di diritto. Si tratta della cosiddetta "formalizzazione del processo di ragionamento", ovvero, di un algoritmo[82], che oggi è meglio conosciuto come concetto del *If This Then That* (ovvero "se questo accade allora fai accadere quello").

Sembrerebbe pertanto che l'algoritmo, nel tipizzare gli effetti di diritto che si producono al verificarsi di una determinata situazione, finirà col tipizzare anche quelle stesse circostanze di fatto che fungono da presupposto per il corretto funzionamento dello strumento tecnologico[83]. Ebbene, proprio la tipizzazione degli

---

conoscenze tecniche, tali da indurre a riconsiderare in chiave moderna la discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione. Sul punto si veda A. GIUSTI, *Contributo*, cit., 63-68. Sulla pervasività della tecnica si veda S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 80 e ss.

[80] Di recente N. PAOLANTONIO, *Il potere discrezionale della pubblica automazione. Sconcerto e stilemi. (sul controllo giudiziario delle "decisioni algoritmiche")*, in *Diritto amministrativo*, n. 4/2021, 835, nel ragionare sulle tesi che attribuiscono alla "discrezionalità della macchina" natura tecnica, osserva infatti che ciò non può essere condivisibile atteso che "*emerge una prepotente vis espansiva del modello della decisione algoritmica verso la politicità che è propria (solo) della discrezionalità "pura""*.

[81] Anche A. CONTALDO, L. MAROTTA, *La informatizzazione*, cit., 579-580 osservano che "*il programma è l'insieme delle istruzioni individuate in un elaboratore e che sono strumentali ad un dato risultato, nel nostro caso per permettere al computer di seguire un procedimento logico (identificato a monte) che partendo da date premesse (un insieme di fatto che si sviluppano secondo date modalità) giunge a certe conseguenze, tenendo conto del dato normativo. Il programma è l'insieme ordinato di regole precise, in equivoche, generali ed astratte, formulate* ex ante *tese ad un risultato*".

[82] Sul concetto di algoritmo con particolare riferimento alla sua incidenza nella formalizzazione del linguaggio giuridico si veda E. GIANNANTONIO, voce *Informatica giuridica*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1992, 3.

[83] A. CONTALDO, L. MAROTTA, *La informatizzazione*, cit., 580, parlano infatti "formalizzazione dei dati di fatto o di diritto", consistenti proprio nella "*traduzione in linguaggio formale dei principi giuridici generali*" concludendo così che "*la formalizzazione traduce in linguaggio formale anche l'elemento fattuale, ovvero l'avvenimento della vita che trovando l sua corrispondenza in una norma di diritto produce certe conseguenze*".

ISSN 2036-7821

eventi che si pongono come presupposto al corretto funzionamento dell'algoritmo, escluderà la possibilità per la pubblica amministrazione di apprezzarne e valutarne i contenuti.
La rigidità del linguaggio algoritmico e la conseguente assenza di qualsivoglia attività di apprezzamento della pubblica amministrazione finiscono così per rendere privo di rilievo, se si vuole, ogni tentativo di riconduzione del concetto di discrezionalità tecnica (almeno per ciò che concerne i suoi risvolti applicativi nella tecnologia in esame) ad una categoria giuridica nuova o già esistente. Resta comunque inteso che "l'amministrazione per algoritmi"[84] non sarà indistintamente consentita in qualsiasi tipologia di attività, atteso che l'amministrazione, nell'esercizio della funzione, non potrà limitarsi sempre alla mera applicazione di un algoritmo[85] in ogni attività da questa posta in essere, ma solo in alcune di esse.

8. Ipotesi di possibile applicazione della blockchain nell'attività della pubblica amministrazione.

I recenti studi della dottrina[86] e gli ultimi sviluppi delle politiche europee e nazionali per la ripresa post pandemica ci offrono già delle esperienze di digitalizzazione anche del settore pubblico italiano, rispetto alle quali è possibile ipotizzare un utilizzo della tecnologia *blockchain*.
In tema di interconnessione e interoperabilità dei dati tra pubbliche amministrazioni attraverso l'utilizzo di sistemi telematici, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica ha di recente approvato il decreto n. 148/2021 avente ad oggetto "Regolamento recante modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici, da adottare ai sensi dell'articolo 44 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50", entrato in vigore il 10 novembre 2021.
Il decreto giunge con notevole ritardo rispetto alla previsione di cui alla disposizione dell'art. 44 del D. Lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) che ne prevedeva la pubblicazione entro un anno dalla data di entrata in vigore del Codice.

---

[84] Espressione che si prende in prestito da A. DI MARTINO, *L'amministrazione per algoritmi*, cit..

[85] Osserva infatti A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, n. 2/2021, 340, che un'amministrazione che si limita all'applicazione di un mero algoritmo come soluzione generalizzata per la risoluzione di problemi, "*tradisce la funzione costituzionalmente affidatale*".

[86] Uno degli studi maggiormente significativi in tema di concreta applicabilità della tecnologia *blockchain* nelle attività volte alla tutela dell'ambiente, di cui sono investite le autorità, appartiene a M. ALLENA, *Blockchain technology for environmental compliance: towards a "choral" approach*, in *Environmental Law Review*, n. 4/2020, 1055-1103. Nel contributo, l'Autrice ipotizza un utilizzo della predetta tecnologia sia per la raccolta decentralizzata e tracciabilità dei dati relativi all'inquinamento e all'ambiente, sia per il monitoraggio e la *compliance* del diritto dell'ambiente, seppur riconoscendo tuttavia che "*technological development has not eliminated the ongoing need for checks by public agencies of the formal correctness and accuracy of the data presented by businesses*". La permanenza della necessità di un controllo delle autorità sulla correttezza dei dati inseriti fa si che "*environmental monitoring still remains tied to a rigorously centralizing logic*" (in particolare, 1081-1082).

ISSN 2036-7821

Il Regolamento in oggetto si porrebbe l'obiettivo di definire le modalità di digitalizzazione delle procedure di affidamento disciplinate dal Codice dei contratti pubblici.
All'art. 6, comma 2, viene previsto che, in tema di tracciabilità dei dati, il nuovo sistema telematico per la digitalizzazione dei processi di *procurement* delle pubbliche amministrazioni contenga dei "registri che riportano, per ciascuna operazione eseguita, i parametri utili alla ricerca, quali la tipologia, il soggetto che l'ha effettuata e la data e l'ora di esecuzione".
Ebbene, nella totale assenza di una ulteriore disciplina di dettaglio, sembrerebbe possibile immaginare che i predetti registri di cui al Regolamento possano essere pacificamente assimilabili alle *distributed ledger technologies* (DLT, di cui già si è detto) che, attraverso l'impiego della tecnologia *blockchain*, funzionano come dei veri e propri registri o un "libro mastro".
Anche il successivo art. 7 del Regolamento prevede che i dati e i documenti prodotti debbano essere raccolti in un fascicolo informatico contenente "l'impronta delle registrazioni cronologiche". Anche in questa circostanza sembrerebbe possibile attribuire tale funzione di registrazione cronologica al numero casuale di verifica dell'*hash* nella tecnologia *blockchain*, di cui pure si è detto.
La disciplina di cui al decreto n. 148/2021, tuttavia, essendo una disciplina introduttiva, risulta essere comunque alquanto scarna e quindi certamente non idonea a far fronte alle ormai evidenti esigenze di digitalizzazione delle procedure nel settore pubblico. Resterebbe poi da chiarire cosa debba intendersi per "procedure dei contratti pubblici" da digitalizzare, cui fa riferimento il Regolamento: non è chiaro se si ritenga di digitalizzare alcune procedure interne alle amministrazioni, alcune fasi del procedimento di gara, oppure l'intera procedura ad evidenza pubblica. Se si accogliesse quest'ultima lettura, resterebbero comunque ferme le già esposte criticità dell'esercizio di attività discrezionale della pubblica amministrazione mediante utilizzo di tecnologie informatiche. Infatti la discrezionalità è predicabile già con riferimento all'opportunità di inserire nella programmazione un dato intervento, oltre che per le fasi di valutazione delle offerte, nella determinazione dei requisiti minimi degli operatori economici o della tempistica e modalità di esecuzione della commessa pubblica.
Al decreto n. 148/2021 seguiranno poi apposite Linee guida dell'Agenzia per l'Italia Digitale per la definizione delle regole tecniche per la realizzazione e l'adeguamento di tali piattaforme per lo svolgimento delle attività connesse alle procedure di acquisto e di negoziazione dei contratti pubblici. Le Linee guida di AgID chiariranno i principi generali esposti nel decreto, descrivendo per ciascuna fase del processo di *e-procurement* il processo di funzionamento, i flussi scambiati, gli schemi dei dati e i

ISSN 2036-7821

ruoli dei soggetti coinvolti nelle procedure definendo inoltre le migliori pratiche nazionali ed europee.
Sempre in tema di interoperabilità dei dati, dal 15 novembre 2021 il Ministero dell'Interno ha da ultimo attivato l'Anagrafe Nazionale della Popolazione Residente (ANPR): una banca dati nazionale che si pone l'obiettivo di semplificare i servizi demografici per favorire la digitalizzazione e il miglioramento dei servizi a cittadini, imprese ed enti[87]. Dal sito ANPR è possibile infatti usufruire di diversi servizi tra i quali ottenere il rilascio dei certificati direttamente online[88], consultare in sicurezza i propri dati ed effettuare cambi di residenza "in tempo reale".
L'architettura utilizzata per la realizzazione del sito dell'ANPR, che consente la interrelazione tra il sistema centrale ed i singoli Comuni disseminati nel territorio nazionale, è una *Service Oriented Architecture* (SOA) implementata tramite la realizzazione di *Web Services* messi a disposizione da un *Service Provider* (ANPR) ad una serie di *Service Requestor* (i singoli Comuni che effettuano la registrazione al sito).
Nondimeno, non essendo questa la sede per compiere una disamina delle architetture SOA e i relativi funzionamenti, basti segnalare che l'applicazione della tecnologia *blockchain* è stata ritenuta di fondamentale supporto ai servizi erogati mediante architetture SOA[89] sia in termini di sostenibilità ed implementazione delle funzioni dell'architettura, sia in termini di maggior sicurezza delle operazioni compiute sulla stessa.
In definitiva, anche dai *case studies* brevemente illustrati, sembrerebbe che la tecnologia *blockchain* rappresenti, a determinate condizioni, il principale strumento per la trasformazione digitale delle pubbliche amministrazioni, e di cui il PNRR si fa principale promotore.

9. Scenari di futura applicazione della blockchain nei procedimenti amministrativi complessi.
Sempre a proposito di semplificazione e coordinamento tra più pubbliche amministrazioni, un'ultima notazione deve essere effettuata proprio con riferimento ai procedimenti complessi.

[87] L'ANPR è stata istituita presso il Ministero dell'Interno ai sensi dell'articolo 62 del D.Lgs. n. 82/2005 (Codice dell'Amministrazione Digitale).

[88] I certificati "scaricabili" dall'Anagrafe digitale sono, segnatamente i seguenti certificati: anagrafico di nascita; anagrafico di matrimonio; di cittadinanza; di esistenza in vita; di residenza; di residenza AIRE; di stato civile; di stato di famiglia; di stato di famiglia e di stato civile; di residenza in convivenza; di stato di famiglia AIRE; di Stato di famiglia con rapporti di parentela; di stato libero; anagrafico di unione civile; di contratto di convivenza.

[89] *Cfr.* F. DANIEL, L. GUIDA, *A Service-Oriented Perspective on Blockchain Smart Contracts*, in *IEEE Internet Computing*, n. 1/2019, 46-53. Gli Autori osservano infatti che "*we argue that future blockchain applications ask for abstractions, methods, and instruments that help developers to cope with complexity, such as those proposed by Service-Oriented Computing (SOC)*".

ISSN 2036-7821

La L. n. 241/1990, invero, ha tipizzato nell'istituto della conferenza dei servizi[90] la prassi diffusa tra le amministrazioni di attuare forme di collaborazione volte a ovviare alle inefficienze del modello tradizionale di amministrazione che andava mostrando, già dagli anni '50 del XX secolo, evidenti limiti di razionalità[91], con particolare riferimento all'ambito dei procedimenti complessi[92].
La locuzione "conferenza di servizi", per l'appunto, è stata scelta dal Legislatore della legge sull'azione amministrativa ispirandosi proprio alle prime forme di riunione tra organi di diverse amministrazioni per la disamina congiunta di problematiche comuni[93].
Come è stato osservato, la conferenza di servizi fa riferimento alla valutazione contestuale di più interessi pubblici coinvolti nella soluzione di un problema amministrativo attraverso una "riunione di persone qualificate"[94] a trattare e decidere il problema stesso, mentre il termine "servizi" si riferisce comprensivamente "a strutture organizzative di diversa dimensione e di diverso livello, dai semplici uffici, articolazioni interne di amministrazioni, ad amministrazioni prese nella loro unitaria complessità"[95].
La complessità di questo modulo procedimentale sta dunque nella partecipazione contestuale di più amministrazioni, di cui risulta affascinante scoprirne la natura giuridica dell'attività[96], e ciò anche al fine di comprendere se la tecnologia *blockchain* possa essere utilizzata anche nella conferenza di servizi.

---

[90] Per una più compiuta analisi dell'istituto, anche in chiave ricostruttiva si veda E. STICCHI DAMIANI, *La conferenza di servizi*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Vol. II, Milano, 1994, 1755 e ss.; G. PALMA, *Conferenza di servizi ed accordi di programma*, Napoli, 1994; P. BERTINI, *La conferenza di servizi*, in *Diritto amministrativo*, 1997, 271 e ss.; F.G. SCOCA, *L'analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Diritto amministrativo*, 1999, 255 ss.; G. CARTEI, *Servizi (conferenza di)*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, Vol. XIV, Torino, 1999, 65 e ss.; G. SORICELLI, *Contributo in tema di conferenza di servizi*, Napoli, 2000; P. FORTE, *La conferenza di servizi*, Padova, 2000; D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002.

[91] *Cfr.* R, LUCIFREDI, *Lineamenti generali di una indagine sul coordinamento e sulla collaborazione nella vita degli enti locali*, in *Coordinamento e collaborazione*, Milano, 1961, 33 e ss..

[92] Così D. D'ORSOGNA, *La conferenza di servizi*, in F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, 242.

[93] Viene impiegata per la prima volta l'espressione "conferenza centrale di servizi" da F. CUCCIA, *Accelerare i piani urbanistici*, in *Rassegna dei lavori pubblici*, 1954, 21.

[94] È questo il significato che gli attribuisce T. DE MAURO, *Grande dizionario italiano dell'uso*, Vol. II, Torino, 1999, 238.

[95] In questi termini F.G. SCOCA, *Analisi giuridica*, cit., 255.

[96] Secondo F.G. SCOCA, *Analisi giuridica*, cit., 269, la natura dell'azione amministrativa è sempre discrezionale. Egli rileva infatti che la conferenza di servizi "*non è finalizzata alla conclusione di un negozio giuridico (in senso proprio, quale atto di autonomia privata)*". Prosegue poi precisando che "*ciascun partecipante alla conferenza è una "parte", portatrice di un interesse proprio, in tesi di pari rilievo rispetto alle altre parti, con le quali "negozia" l'assetto da imprimere all'insieme degli interessi rappresentati*". L'impiego, da parte dell'Autore, del termine "negozia" alimenta, per quanto di ragione, i non già pochi dubbi in ordine alla natura dell'agire amministrativo in sede di conferenza di servizi, che sembrerebbe volgersi maggiormente verso una dimensione consensuale. Anche D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi*, cit., 122, sostiene che "*la predicata assimilazione della conferenza di servizi alle fattispecie consensuali deve essere presa con cautela*". Di segno opposto, la dottrina che attrae l'istituto della conferenza di servizi nell'ambito della sfera dell'agire consensuale della pubblica amministrazione è vasta: *ex multis*, G.

ISSN 2036-7821

Le posizioni della dottrina circa la natura giuridica dell'attività delle pubbliche amministrazioni nella conferenza di servizi non sono del tutto univoche: un primo filone, da ritenersi maggioritario, ritiene che l'attività sia necessariamente discrezionale, atteso che la conferenza è la sede del confronto dei molteplici interessi di cui le amministrazioni partecipanti sono portatrici; un secondo filone minoritario, invece, riconosce nel confronto tra amministrazioni importanti deroghe al tradizionale esercizio di poteri discrezionali o, di più, l'esistenza di un vero e proprio agire consensuale.

Nondimeno, nell'ancora perseguito intento semplificatorio del coordinamento[97] tra più amministrazioni nella conferenza di servizi, emergono elementi volti ad avvalorare la tesi (minoritaria) dell'agire consensuale delle amministrazioni nella conferenza di servizi. Tale tesi si poggia sulla considerazione secondo la quale l'autoritatività di un'amministrazione, quale metodo tradizionale di perseguimento dei pubblici interessi, sembrerebbe contemperarsi ed equilibrarsi con l'autoritatività delle altre amministrazioni ivi partecipanti[98], così che, complessivamente, l'agire amministrativo parrebbe essere sì discrezionale e autoritativo, ma in una dimensione sostanzialmente negoziale, attesa la "parità delle armi" dei singoli partecipanti alla conferenza[99].

Benvero, non essendo plausibile la sussistenza di un rapporto di natura verticale tra pubbliche amministrazioni – essendo tutte dotate di potere d'*imperio* – il potere discrezionale sembrerebbe degradare a potere negoziale.

Ulteriori elementi a sostegno della tesi della natura formalmente autoritativa, ma sostanzialmente negoziale dell'attività delle amministrazioni che si coordinano in sede di conferenza dei servizi si rintracciano nel criterio, scelto dal Legislatore, delle posizioni prevalenti per la definizione della determinazione finale nella conferenza simultanea, che lascia presagire una posizione di sostanziale parità tra le parti, e che

---

PASTORI, *Conferenza di servizi e pluralismo autonomistico*, in *Le Regioni*, 1993, 348 e ss.; G. CORREALE, *Notazioni minime su coordinamento e paraggi*, in AA.VV., *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, S. AMOROSINO (a cura di), Milano, 1995, 80; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo: studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998.

[97] Di "procedimenti di coordinamento infrastrutturali" parlava F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Diritto amministrativo*, 1993, 21-39, mentre di "coordinamento dei poteri" parlava I. CACCIAVILLANI, *Brevi note in tema di "conferenza di servizi" e di "accordo di programma"*, in *Riv. amm.*, 1997, 287 e ss..

[98] Ed invero, D. D'ORSOGNA, *La conferenza di servizi*, cit., 251, osserva come la conferenza di servizi rappresenti una significativa modifica alla tradizionale regola di esercizio dei poteri discrezionali in quanto a rilevare è la "*necessaria ponderazione degli interessi secondari in ordine all'interesse primario, affidato alla cura dell'amministrazione procedente*".

[99] F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, cit., 303-304 osserva infatti che la conferenza di servizi è "*un istituto che, in ragione del diretto contatto tra i soggetti che ad essa partecipano, comporta ed agevola quasi naturalmente momenti di trattativa e di negoziazione tra le parti: è questo un primo indice della presenza di un modulo consensuale che giustifica l'accostamento agli accordi*". Del medesimo avviso è V.P. BERTINI, *La conferenza di servizi*, cit., 293.

ISSN 2036-7821

depone, quindi, nel senso della natura negoziale dell'attività amministrativa, pur sempre funzionalizzata. A ciò si aggiunga la considerazione secondo la quale l'attività negoziale delle amministrazioni sfocia, in conclusione, nella redazione di un verbale, mentre il momento autoritativo si manifesterà solo dopo aver acquisito le posizioni di tutte le amministrazioni coinvolte, in sede di adozione del provvedimento finale che produrrà effetti nei confronti dei consociati.
Non appare inverosimile ritenere infatti che la natura giuridica dell'attività discrezionale sussiste ed è giustificata allorquando viene ad esistenza un rapporto di natura verticale tra un'amministrazione e un'entità diversa da un'amministrazione, e quindi un cittadino (rapporto che nasce in sede di adozione del provvedimento finale), ma dall'indizione della conferenza di servizi e sino all'adozione del verbale l'attività si ritiene possa ritenersi di natura negoziale.
Al di là di queste modeste osservazioni bisogna prendere atto degli approdi della più recente dottrina che, nell'aderire alla tesi maggioritaria ravvisa, nell'irrisolta (e non negata) tensione tra autorità e consenso, una risoluzione della tensione in favore dell'autorità e dell'unilateralismo[100].
Malgrado le ultime posizioni della dottrina a favore dell'agire autoritativo delle amministrazioni nella conferenza di servizi, sembrerebbe in ogni caso utile – anche al fine di apportare un contributo all'indagine – rileggere le parole di Franco Pugliese, il quale aveva ravvisato nell'istituto della conferenza di servizi una forma di collaborazione tra pubbliche amministrazioni tipizzata[101], e ciò quasi a dettare, attraverso la tipizzazione, un ulteriore limite – imposto per legge – sia al potere discrezionale, sia all'autonomia negoziale.
La dimensione sostanzialmente collaborativa della conferenza di servizi emergerebbe, secondo l'Autorevole Autore, specie nel criterio di determinazione dell'interesse pubblico da ritenersi "principale", che corrisponde non già, come afferma Pugliese, con l'interesse "più forte" (rapporto verticale), ma con l'interesse di cui è portatrice l'amministrazione procedente, "rispetto al quale la partecipazione

[100] La considerazione è di E. SCOTTI, *La conferenza di servizi tra pluralismo e unilateralismo costituzionalmente orientato (a proposito di Corte cost.n. 9/2019)*, in *federalismi.it*, n. 17/2019, 11. Anche P. MARZARO, *Leale collaborazione e raccordo tra Amministrazioni; su un principio del sistema a margine delle 'riforme Madia'*, in *federalismi.it*, n. 23/2017, 14, riconosce una generale posizione di dominio dell'amministrazione procedente nella conferenza di servizi.

[101] La tipizzazione delle forme di collaborazione tra enti territoriali tra cui rientra anche la conferenza di servizi, ad onor del vero, viene individuata trasversalmente da Pugliese nel disquisire circa gli "atti di natura contrattuale" (coniando una terminologia adottata da Nigro, che definiva i moduli convenzionali come "contrattuali") che superano gli "istituti nominati e tipici" (tra cui fa rientrare i consorzi, gli accordi di programma, l'unione dei comuni e, per l'appunto, la conferenza di servizi) in quanto offrono "*un ventaglio di soluzioni dalle combinazioni imprevedibili ed in larga misura insindacabili, essendo poi complessa la verifica eziologica del concetto di "attività di interesse comune", anche optando per la sua inclusione tra i* concetti giuridici (Rechtsbegriffe), *anziché tra i* concetti discrezionali (Ermessenbegriffe)". *Cfr.* F. PUGLIESE, *Sull'amministrazione consensuale*, cit., 42.

ISSN 2036-7821

alla decisione degli altri interessi coinvolti avviene nella forma del *giudizio di compatibilità*"[102] (rapporto orizzontale).

Sul punto, recenti studi (dotati di un più alto grado di attualità rispetto all'indagine condotta da Pugliese) hanno evidenziato tuttavia come per quanto l'impianto pensato, da ultimo, dalla riforma Madia, contempli l'opzione negoziale nella conferenza di servizi decisoria, il ruolo di carattere predominante dell'amministrazione procedente finisce per posporre il ruolo delle altre amministrazioni partecipanti[103].

In definitiva oggi, nel post riforma Madia, sembrerebbe pertanto riconoscersi una subordinazione dell'opzione negoziale al ruolo predominante dell'amministrazione procedente, malgrado il quadro che la disciplina attuale ci offre parrebbe talvolta rimandare alle logiche dell'accordo. Si guardi, a mero titolo di esempio, all'attuale meccanismo di acquisizione dell'assenso nella conferenza di servizi semplificata che, in caso di silenzio o di inerzia dell'amministrazione[104], si intenderà tacitamente acquisito[105]. Tale meccanismo sembrerebbe invero deporre a favore della tesi

---

[102] Ancora F. PUGLIESE, *Sull'amministrazione consensuale*, cit., 50. Più di recente D. D'ORSOGNA, *La conferenza di servizi*, cit., 251-252, osserva che "*La valutazione discrezionale, proprio perché da effettuare in modo congiunto e contestuale, da parte di più amministrazioni, ciascuna titolare di un proprio potere discrezionale, viene a caratterizzarsi per una ponderazione equilibrata ed effettivamente comparativa dei vari profili di interesse pubblico. Viene a cadere, quando più poteri discrezionali sono esercitati insieme nell'ambito della conferenza, la distinzione stessa tra interessi (pubblici) primari e interessi (pubblici) secondari: nell'ambito delle valutazioni discrezionali diviene doveroso, infatti, per ciascuna amministrazione, tener conto, oltre che del proprio, anche degli interessi pubblici in cura presso le altre amministrazioni, allo scopo di raggiungere la decisione che soddisfi nel modo migliore (algebricamente) l'insieme degli interessi pubblici*". Del medesimo avviso è G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Note in tema di conferenza di servizi*, in *amministrativamente.it*, n. 2/2021, 198-199, il quale parla di una prevalenza non più di un modello gerarchico ma della equiordinazione.

[103] Recentemente, l'analisi della dottrina sull'istituto della conferenza dei servizi dopo la riforma Madia ha infatti evidenziato come l'impianto della riforma contempli "*l'opzione negoziale*" della relazione tra amministrazioni, sia sul piano dei soggetti che possono innescare il negoziato, sia sul piano del funzionamento concreto del meccanismo di conciliazione. Tuttavia, sul secondo aspetto, viene rilevato che il negoziato, per essere proficuo, dovrebbe presupporre "*quantomeno la relativa parità dei negoziatori, laddove l'impianto della riforma sin qui descritta fa innanzitutto perno sul ruolo forte assegnato all'amministrazione procedente, "selezionata sulla base di un criterio puramente formale e non di una posizione di legittimazione sostanziale" e alla quale vengono riconosciute molteplici prerogative discrezionali ed una sostanziale signoria sulla vicenda di esercizio del potere, che giunge a coprire, in via esclusiva, anche gli spazi dell'attivazione degli strumenti di riesame (articolo 14-quater, comma 2)*". *Cfr.* F. GAMBARDELLA, *Il superamento della dimensione negoziale della conferenza dei servizi decisoria: dalla riforma Madia alla recente legislazione emergenziale*, in *federalismi.it*, n. 6/2021, 38, il quale conclude nel senso che – come suggerisce anche il titolo del saggio – la dimensione negoziale della conferenza di servizi decisoria finisce per essere superata a causa della posizione predominante dell'amministrazione procedente.

[104] L'indagine sulla natura giuridica del rapporto (verticale o orizzontale) tra pubbliche amministrazioni in sede di conferenza di servizi non appare cosa affatto scontata. Anche P. MARZARO, *Leale collaborazione*, cit., 16, da un lato riconosce un "*silenzio assenso orizzontale*" che "*si forma all'interno di una relazione codecisoria – cooperativa – tra due Amministrazioni, nella quale l'una può provvedere solo previo consenso – endoprocedimentale – dell'altra, a cui lo richiede*", mentre, dall'altro, parla di "*collaborazione debole*" (26) delle amministrazioni interessate che dovranno essere sentite.

[105] I riferimenti sono all'art. 14-*bis*, comma 4, della L. n. 241/1990 che prevede un meccanismo di acquisizione dell'assenso senza condizioni e al più generale art. 17-*bis*, comma 2, della medesima legge, il quale testualmente

ISSN 2036-7821

negoziale. È stato inoltre osservato, in tal caso, che con riferimento alle amministrazioni assenti si verifica l'impossibilità di esercitare il potere, fattispecie questa assimilabile, secondo alcuni, alla decadenza civilistica del potere[106].

Da questi brevi e complesse osservazioni (che si ha la pretesa di risolvere in questa sede) si giunge così alla considerazione che non vi è ragione di ravvisare, nel nostro Ordinamento, fattispecie di pura attività autoritativa in un rapporto tra due o più amministrazioni; tuttalpiù, pur riconoscendo il ruolo predominante dell'amministrazione procedente nello scenario delineatosi nel post riforma Madia, l'unica circostanza che si ritiene di poter ammettere è che l'amministrazione procedente, nei procedimenti complessi, talvolta potrà apparire "più autoritativa" delle altre amministrazioni partecipanti.

Traendo così le fila degli spunti che ci offre la dottrina, e provando a ricondurre queste riflessioni al contesto dell'attuale panorama della digitalizzazione, sembrerebbe possibile desumere che la pubblica amministrazione, attraverso l'attuale tipizzazione delle forme di collaborazione nella conferenza di servizi, non solo sia destinataria di un limite legislativo all'attività autoritativa, ma anche di un limite all'autonomia negoziale, anche se pur sempre funzionalizzata.

Il limite imposto per legge cui ci si riferisce non attiene solo ai limiti del potere amministrativo definiti dalla norma attributiva, ma anche all'ulteriore limite all'azione amministrativa che discende dalla tipizzazione delle modalità di perseguimento dei molteplici interessi complessi. In altri termini, attraverso la disciplina di dettaglio della conferenza di servizi, il Legislatore ha inteso dettare non solo un evidente limite all'attività discrezionale, ma anche alle modalità di esercizio dell'autonomia negoziale della pubblica amministrazione.

Tanto sembrerebbe dunque essere un vero e proprio "doppio limite" sia all'attività discrezionale, sia all'attività negoziale, e se si guarda alle nuove implicazioni della digitalizzazione sull'attività amministrativa tali concetti sembrano trovare una non trascurabile attualità.

La tipizzazione di questo schema procedimentale complesso – o, se si vuole, di questa forma di collaborazione – come limite sia all'attività discrezionale, ma anche all'autonomia negoziale, rappresenterebbe dunque la migliore linea d'indirizzo per la determinazione della natura dell'agire amministrativo, che, seppur tendente talvolta verso un modulo negoziale e talaltra verso un modulo procedimentale, si risolve nella sua autonomia e indipendenza dai tradizionali schemi dell'azione amministrativa, vista la sua tipizzata peculiarità.

---

prevede che "*decorsi i termini di cui al comma 1 senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito*".

[106] *Cfr.* F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, cit., 311; F. MERUSI, *Il coordinamento*, cit., 26.

ISSN 2036-7821

Dato per assunto che il coordinamento che caratterizza la conferenza di servizi, almeno in linea di principio, introduce forme di collaborazione, quale figura propria dell'accordo in cui ha luogo un incontro paritario delle parti[107], si può assumere che la tecnologia *blockchain* possa effettivamente digitalizzare i processi interrelazionali tra pubbliche amministrazioni in caso di ricorso allo strumento tipico disciplinato dagli artt. 14 e seguenti della Legge fondamentale sull'azione amministrativa.
A mero titolo di esempio, nella conferenza di servizi semplificata in modalità asincrona di cui all'art. 14-*bis* della L. n. 241/1990, si potrebbe dare nuovo slancio alla previsione di cui al comma 1, che attraverso il rinvio operato al D.Lgs. n. 82/2005 (Codice dell'amministrazione digitale), prevede una applicazione degli strumenti informatici; ancora, nell'ipotesi di conferenza di servizi decisoria, l'adozione del verbale, data la sostanziale posizione di parità delle parti, potrà essere compiuta mediante tecnologia *blockchain* in quanto perfettamente compatibile con le sue logiche di funzionamento sopra descritte. Ciò nondimeno, mentre per la formazione del verbale in sede "negoziale" o "collaborativa" si ritiene possa essere applicata la *blockchain* per la digitalizzazione delle procedure, al contrario, le medesime considerazioni non varranno per l'adozione del provvedimento finale atteso che, trattandosi di momento di manifestazione di potere d'imperio, dovrà essere adottato nelle forme ordinarie.

10. Riflessioni conclusive intorno alla "nuova" amministrazione digitale nella dimensione consensuale.

Nell'avviarsi alle battute finali del presente lavoro e trarre le conclusioni di quanto argomentato, sembrerebbe dunque possibile ipotizzare un largo utilizzo della tecnologia *blockchain* soprattutto nelle applicazioni informatiche di tipo gestionale per l'effettuazione di "operazioni regolate dal diritto"[108], per la tenuta dei pubblici registri[109], nei procedimenti vincolati o quando l'amministrazione agisca *iure privatorum* (e non solo nei confronti dei privati, ma anche negli accordi tra pubbliche

[107] L'argomentazione rappresenta la parafrasi di un concetto espresso sempre da F. PUGLIESE, *Sull'amministrazione consensuale*, cit., 50, il quale osserva giustamente come "*il* coordinamento *che caratterizza la* conferenza *di servizi lascia spazio alla* collaborazione, *figura propria* dell'accordo, *nel quale si realizza un* incontro *non più parziale (attraverso l'assenso ad un provvedimento di competenza dell'autorità procedente), bensì* paritario *fondato sulla disponibilità degli interessi di cui le amministrazioni sono portatrici*".

[108] G. SARTOR, *La rappresentazione della conoscenza*, cit., 35-36, evidenzia infatti che il passaggio alle tecnologie informatiche per la determinazione e pagamento delle retribuzioni, contributi previdenziali, pensioni, per la determinazione e riscossione dei tributi, per la concessione periodica di sussidi e per la tenuta dei pubblici registri, sia ormai una scelta irreversibile.

[109] S. CALDARELLI, *L'uso della tecnologia blockchain*, cit., 866, ritiene che la *blockchain* possa essere utilizzata principalmente per la gestione documentale, di certificazione e di tenuta dei pubblici registri (catastali, immobiliari), o ancora per la riscossione dei tributi mediante criptovalute o la gestione dei sussidi e dei finanziamenti pubblici.

ISSN 2036-7821

amministrazioni), ma ciò non sembra potrà accadere nell'ordinaria attività autoritativa ad evidente contenuto discrezionale[110].

Non si ritiene pertanto di dover aderire al pensiero di parte di quella dottrina che, probabilmente spinta da esigenze di semplificazione da un lato, e da esigenze di modernizzazione della pubblica amministrazione dall'altro, ha ritenuto il fenomeno della digitalizzazione come per ormai presupposto (o, come è stato definito, per dato[111]), finendo così per sostenere che nell'attività discrezionale le classi di input di decisioni pregresse sono sufficienti a definire i parametri di una logica non contraddittoria "da cui è tratta per similitudine o contrapposizione la nuova scelta di merito dell'amministrazione"[112].

Parimenti non appaiono condivisibili altre più ampie considerazioni secondo le quali risulta possibile implicare tecnologie "intelligenti" nell'esercizio di attività connotate da ampi margini di discrezionalità[113], e ciò in ragione del carattere autoritativo

---

[110] E ciò anche se gli studi contemporanei sull'azione amministrativa hanno spostato il centro focale dell'indagine dall'atto amministrativo all'attività amministrativa, manifestando una necessità di predeterminazione dell'azione amministrativa nell'ottica dell'esigenza di una sua prevedibilità e di tutela dell'affidamento degli amministrati, come osserva A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, 77. L'Autore osserva infatti che anche se l'Autorità "*seguendo il graduale processo di formazione della regola del caso singolo, dovrebbe via via rendere pubbliche, manifestare nel corso del procedimento, le proprie determinazioni parziali in ordine ai valori ed ai parametri che si assumeranno nella ponderazione degli interessi confluiti nella sede procedimentale. In tal modo, il provvedimento finale non sarà altro che la sintesi, prevedibile e coerente, di queste esternazioni parziali che hanno avuto loro sede nel procedimento amministrativo*" (79). Si noti come la graduale *discovery* delle determinazioni parziali dell'amministrazione nel corso del procedimento si pongono esclusivamente in un'ottica di prevedibilità, secondo un canone di buona fede, della decisione finale, rendendola maggiormente prevedibile. Purtuttavia, non vi sono elementi idonei ad intaccare il potere discrezionale della pubblica amministrazione, che, per quanto "prevedibile", resta comunque integro.

[111] La pervasività dell'innovazione tecnologica è talmente sentita che, secondo R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Diritto amministrativo*, n. 2/2020, 306, "*l'innovazione tecnologica dell'attività dell'amministrazione pubblica obbliga i teorici a un'attenta rivisitazione delle tradizionali categorie giuridiche sul principio di legalità, sul procedimento e sul provvedimento amministrativo, più in generale e ancora prima, sull'attività conoscitiva delle amministrazioni pubbliche posta a base delle scelte d'interesse generale, in particolare per la programmazione e per le modalità di erogazione dei servizi pubblici*".

[112] R. CAVALLO PERIN, *Ragionando*, cit., 308. Secondo tale visione nell'attività discrezionale l'algoritmo sceglierebbe in ragione degli atti d'indirizzo e delle precedenti scelte sino a quel momento effettuate dall'amministrazione pubblica, senza tuttavia tenere conto – si aggiunge – della peculiarità di taluni casi o delle necessarie "inversioni di rotta" che si rendono di volta in volta necessarie all'evolversi costante del diritto, specie del diritto amministrativo.

[113] Come sostiene V. NERI, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale: un amore possibile*, in *Urbanistica e appalti*, n. 5/2021, 590, il quale afferma che "*le prospettive d'impiego delle tecnologie "intelligenti" nell'esercizio di attività connotate da ampi margini di discrezionalità impongono l'individuazione di principi applicativi che assicurino, al contempo, il godimento delle moderne potenzialità informatiche e l'osservanza dei canoni generali di esercizio della funzione pubblica*". Secondo l'Autore l'attività discrezionale della pubblica amministrazione può essere interamente automatizzata a condizione che vi sia il rispetto dei canoni generali dell'esercizio della funzione pubblica; ma il rispetto di tali canoni, almeno nell'attività discrezionale, avviene attraverso l'umano apprezzamento e comparazione dei pubblici interessi, attività questa che non può essere contenuta, almeno per ora, nei rigidi schemi dell'automazione.

ISSN 2036-7821

dell'agire amministrativo che, nella relazione tra privato e pubblica amministrazione, non può "traslare" dal piano "verticale" al piano "orizzontale", come invece richiede l'utilizzo delle nuove tecnologie.

Ciò nondimeno, la rigida partizione tra autorità e libertà ivi esposta, calata nella realtà dell'automazione, non esclude aprioristicamente la possibilità di utilizzare tali tecnologie prestando il fianco all'attività autoritativa[114], ma ciò apparirebbe possibile, segnatamente, nei meri segmenti endoprocedimentali ed al fine di semplificare le procedure interne o la interoperabilità tra amministrazioni; in questa ultima ipotesi rappresentata, si potrebbe addirittura ritenere attenuata considerevolmente la netta recisione generata dal dualismo pubblico-privato e discrezionale-vincolato[115].

Anche se la questione sull'applicabilità della tecnologia *blockchain* nelle attività discrezionali, vincolate, e di diritto privato dell'amministrazione rimane ancora aperta e in via di sviluppo, il dato certo è che da tutte queste considerazioni ne viene che la "nuova" amministrazione digitale non dovrà cedere integralmente le proprie funzioni all'automazione algoritmica[116] ma, al contrario, la tecnologia dovrà poter rappresentare uno strumento di supporto alle ordinarie attività amministrative[117]; nel contempo, si richiede al giurista di comprendere, sia dal punto di vista tecnologico che sociologico, il fenomeno della digitalizzazione, senza tentare di superare, nella prospettiva giuridica, categorie giuridiche ormai consolidate né di inventarne di nuove[118].

---

[114] N. PAOLANTONIO, *Il potere discrezionale della pubblica automazione*, cit., 822, rileva che "*la macchina può anche parzialmente sostituire il proprio modo di "sentire" la scelta d'interesse pubblico a quello umano, ma non per questo* […] *il potere speso diventa appannaggio (di titolarità) della macchina in quanto tale*".

[115] Secondo diversa ricostruzione di C. ACOCELLA, *Innovazione tecnologica*, cit., 221-222, il binomio discrezionale-vincolato come criterio "decisivo" per circoscrivere le ipotesi di praticabilità dell'automazione e la radicale preclusione di quest'ultima a fronte dell'esercizio di poteri discrezionali, peccherebbe "per eccesso" e "per difetto". "*Per difetto, perché persino il potere vincolato, già di norma caratterizzato da una "logica matematica", laddove dispiegato attraverso moduli automatizzati, implica almeno nella istruzione della macchina passaggi valutativi, in quanto tali doverosamente sottoponibili a controllo, e non in sede giurisdizionale. Per eccesso, perché una simile preclusione rischia di lasciare fuori dal raggio di operatività di prassi astrattamente utili per la p.a. e per i cittadini, ipotesi di esercizio di poteri che affiancano momenti di discrezionalità e momenti di vincolatezza*".

[116] È stato osservato come i percorsi prefigurati dall'automazione delle decisioni amministrative – con conseguente incremento della componente tecnologica a svantaggio di quella umana – siano da guardare "*con occhio critico nella misura in cui implichino la rinuncia alla quota di amministrazione più qualificante per preservare la conservazione delle rilevanti acquisizioni, in termini di garanzie procedimentiali e processuali*". In questi termini C. ACOCELLA, *Innovazione tecnologica*, cit., 207.

[117] È stato di recente sostenuto che l'automazione basata sull'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale potrebbe rappresentare un vantaggio per i funzionari amministrativi, ma l'algoritmo non potrà di certo valutare gli esiti dell'istruttoria o prendere decisioni in modo autonomo ed indipendente. Per una trattazione più diffusa di questi temi, con particolare riguardo alle funzioni dell'intelligenza artificiale, si rinvia a C. BENETAZZO, *Intelligenza artificiale e nuove forme di interazione tra cittadino e pubblica amministrazione*, in *federalismi.it*, n. 16/2020, 34, ma si veda anche D.U. GALETTA, JUAN GUSTAVO CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *federalismi.it*, n. 3/2019.

[118] Così, con particolare riferimento agli *smart contracts*, G. FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 2/2018, 452; anche N. PAOLANTONIO, *Il potere*

ISSN 2036-7821

Il tentativo di considerare come un nuovo modulo procedimentale dell'amministrazione l'attività di natura puramente pubblicistica mediante ricorso all'uso della tecnologia *blockchain*[119] e degli *smart contracts* (che, come si è visto costituiscono, al contrario, strumenti di mera natura privatistica) non farebbe altro che alimentare la presunta dissoluzione del dualismo pubblico-privato in cui si perde, come è stato autorevolmente rilevato, "sia la "purezza" pubblicistica della disciplina del pubblico potere, sia la "purezza" privatistica degli strumenti comuni, dando luogo, come testimonia la realtà dei nostri giorni, a complessi fenomeni di ibridazione"[120].

Ebbene, di fronte alla confusione prodotta dalla commistione dei fenomeni delle costanti (e quasi isteriche) riforme legislative da un lato, e dell'incapacità di governare il "nuovo" dall'altro, ulteriore compito del giurista è, nondimeno, quello di analizzare, studiare e distinguere[121].

Attraverso il contributo degli studiosi, il diritto dovrà pertanto governare – e quindi regolamentare – le nuove tecnologie al fine di compiere una attività di contemperamento tra governo e sviluppo tecnologico[122], che sia rispettosa dei principi dell'ordinamento e volta alla tutela dei diritti in esso previsti[123].

---

discrezionale della pubblica automazione, cit., 836 ribadisce il pieno convincimento sulla tenuta delle categorie tradizionali del diritto amministrativo.

[119] Nel recente scritto più citato dai giuristi che si sono occupati di *blockchain*, *smart contracts* e intelligenza artificiale di M. ATZORI, *Blockchain technology and decentralized governance: is the State still necessary?*, in *Journal of Governance and Regulation*, n. 1/2017, 48, si legge che "*while the State bases its action on coercion, the blockchain can provide governance services in a more efficient and decentralized way, without having to relying on force*", ossia che "*mentre lo Stato basa la propria azione sulla coercizione, la blockchain può offrire servizi di governance in un modo più efficiente e decentralizzato, senza basarsi sulla forza*". Secondo l'Autrice, dunque, la *blockchain* potrà sostituire la "coercizione" e la "forza" dello Stato (e quindi delle amministrazioni che lo compongono) quali strumenti ordinari di *governance*. Un tale concetto, calato nel contesto italiano, andrebbe necessariamente ad intaccare i temi dell'autoritarietà o imperatività, spogliando lo Stato e le amministrazioni del proprio potere di imporsi unilateralmente per il perseguimento dei pubblici interessi, finendo per diluirsi nella dimensione negoziale in ossequio ai principi di maggior efficienza e trasparenza.

[120] Così F. LIGUORI, *Notazioni sulla presunta fine del dualismo tra pubblico e privato*, in *Giustamm.it*, n. 3/2014, 4.

[121] Sempre F. LIGUORI, *Notazioni*, cit., 4, osserva che "*di fronte alla da più parti annunciata fine del dualismo, appare utile, quantomeno alla luce delle più recenti esperienze, sicuramente non contraddistinte da un aumento del tasso di certezza del diritto, domandarsi se non occorra una maggiore cautela nella commistione tra pubblico e privato, predicata come ineluttabile dalle euforie riformistiche degli ultimi decessi e se, in particolare, valga davvero la pena produrre innovazioni in senso privatistico, poi destinate ad essere assorbite dalle immanenti esigenze pubbliche, che, a quanto sembra, solo le discipline pubblicistiche riescono a salvaguardare*".

[122] G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione. Corso di informatica giuridica*, Torino, 2010, 37.

[123] Così F. FAINI, *Blockchain e diritto: la «catena del valore» tra documenti informatici, smart contracts e data protection*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, n. 1/2020, 298.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Brevi riflessioni sui profili privatistici del "contratto di fiume"

di Massimiliano Cicoria

(Dottore di Ricerca in Diritto Comune patrimoniale presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II")

Sommario

1. 1. Introduzione; 2. La normativa regionale e regolamentare; 3. La natura del 'contratto di fiume'; 4. Gli elementi del 'contratto di fiume': causa e forma; 5. Segue: accordo e oggetto; 6. Recesso - Patologie genetiche e funzionali - Art. 2932 c.c.; 7. Spunti di riflessione: la patrimonialità.

Abstract

Art. 59 of Law no. 221 has inserted art. 68 bis, according to which "river contracts contribute to the definition and implementation of district planning tools at the river basin and sub-basin level, as voluntary strategic and negotiated planning tools that pursue the protection, correct management of water resources and the enhancement of river territories, together with safeguarding from hydraulic risk, contributing to the local development of these areas ". Generally speaking, it is an instrument aimed at implementing the aims of the European Directives on Water and Floods which, however, the national legislator has been careful not to define in its typical and essential legal elements with the exception, as it seems, of the objectives which this instrument is aimed at.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

L'art. 59 della L. 28 dicembre 2015, n. 221[1] ha inserito al capo II del titolo II della parte terza del Testo unico dell'Ambiente[2], l'art. 68 *bis*, a mente del quale "i contratti di fiume concorrono alla definizione e all'attuazione degli strumenti di pianificazione di distretto a livello di bacino e sottobacino idrografico, quali strumenti volontari di programmazione strategica e negoziata che perseguono la tutela, la corretta gestione delle risorse idriche e la valorizzazione dei territori fluviali, unitamente alla salvaguardia dal rischio idraulico, contribuendo allo sviluppo locale di tali aree". Si tratta, in via generale, di uno strumento teso ad attuare gli scopi delle Direttive europee sulle Acque e sulle Alluvioni[3] che, tuttavia, il legislatore nazionale ben si è guardato dal definire nei suoi elementi giuridici tipici ed essenziali ad eccezione, come pare, degli obiettivi cui tale strumento è volto.

Il primo dubbio che, allora, sorge nell'interprete è l'utilizzo della terminologia privatistica di 'contratto', la cui ragione non è, neanche nei lavori parlamentari, illustrata dal legislatore[4]. Tale evidente carenza pone il dilemma del se il rinvio al 'contratto' sia dovuto ad una mera svista o ad una contaminazione di matrice europea o trasfrontaliera mutuata, a ragione o a torto, nel diritto interno. E a ben leggere le suindicate Direttive nulla esse dicono in particolare sui contratti di fiume, ma su diversi strumenti giuridici idonei al raggiungimento degli obiettivi ambientali prefissati[5]. La *ratio* della terminologia, allora, va cercata altrove, in particolare

[1] Recante 'Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali' (G.U. n. 13 del 18 gennaio 2016).

[2] D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 recante 'Norme in materia ambientale (G.U. n. 88 del 14 aprile 2006).

[3] Sono rispettivamente la Direttiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2000 che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque (in G.U. Comunità Europea del 22 dicembre 2000) e la Direttiva 2007/60/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007 relativa alla valutazione e alla gestione dei rischi di alluvioni (in G.U. dell'Unione Europea del 6 novembre 2007). Sulla Direttiva 2000/60/CE, v. CARULLO A., *Qualità dell'acqua e responsabilità del gestore*, in *Riv. Trim. App.*, 2011, 237.

[4] In particolare né nell'emendamento approvato nella seduta della VIII Commissione del 15 luglio 2014 in sede referente (col quale è stato, appunto, inserito l'art. 24 bis), né nell'esame ed approvazione della norma alla Camera in sede assembleare del 10 novembre 2014. È da sottolineare che il contratto di fiume non compariva nel testo iniziale del disegno di legge presentato alla Camera dei Deputati il 12 febbraio 2014, ma viene inserito, all'art. 24 *bis*, dalla Commissione permanente Ambiente, territorio e lavori pubblici a seguito di proposta di emendamento in sede referente. Tuttavia, nel parere espresso in sede di lavori, il Comitato tecnico per la legislazione ebbe a precisare che "sotto il profilo dei rapporti con la normativa vigente: correttamente il disegno di legge utilizza generalmente la tecnica della novellazione. Fanno eccezione l'articolo 24-*bis*, che disciplina i «contratti di fiume» al di fuori di un appropriato ambito normativo, che potrebbe essere costituito dalla parte terza del decreto legislativo n. 152 del 2006, che riguarda anche la gestione delle risorse idriche". Tale notazione ha comportato, in sede di prima lettura al Senato, che l'art. 24 *bis* (poi divenuto l'art. 43 nel testo approvato in prima lettura dalla Camera dei Deputati) è stato ulteriormente trasposto nell'art. 59 col solo *addendum* indicato appunto dal suindicato Comitato, quindi con la collocazione della norma all'interno del Testo Unico dell'Ambiente ed, in particolare al capo II del titolo II della parte terza (i lavori parlamentari in https://www.camera.it/leg17/126?tab=1&leg=17&idDocumento=2093&sede=&tipo - 22 ottobre 2021).

[5] In particolare, la Direttiva sulle Acque - dopo aver definito, al punto 4) dell'art. 2, il fiume come "corpo idrico interno che scorre prevalentemente in superficie ma che può essere parzialmente sotterraneo" - indica nei 'piani

ISSN 2036-7821

nell'esperienza francese dei primi anni '80 del secolo scorso e successivamente in quella belga. Nella *Circulaire du Ministre de l'Environnement* del 5 febbraio 1981[6], dopo aver posto in evidenza la difficoltà gestionale, per taluni corsi fluviali, derivante dai vincoli stringenti imposti nei decreti in materia, si rinviava al *contrat de rivière* individuato come "strumento di realizzazione di una carta d'obiettivi di qualità che fa appello non tanto alla procedura regolativa, bensì a quella contrattuale". L'attuazione di tali contratti era devoluta ad un accordo tra tutti i residenti e gli enti locali in merito sia agli obiettivi da raggiungere, sia all'impegno finanziario da impiegare. Nella *Circulaire* venivano illustrate anche le fasi preparatorie e finali attraverso le quali giungere alla conclusione del contratto, nonché i soggetti pubblici e privati interessati alla sua sottoscrizione e veniva chiarito che il *contrat de rivière* era "*une convention*"[7]. Su tale scia in Belgio, nel 2008, si modificò il "*livre II du Code di Environnement contenant le Code de l'Eau*"[8], definendo all'art. R45 il *contrat de rivière* come "*association de personnes constituée sous la forme d'une personne morale dotée de la personnalité juridique, rassemblant, sur base volontaire, tous les acteurs concernés par la gestion durable de l'eau dans le sous-bassin hydrographique concerné et matérialisée au travers d'un protocole d'accord*"[9].

Quanto sopra lascia comprendere come il rinvio al normotipo contrattuale sia stato dovuto non tanto alla natura intrinseca o alle caratteristiche dell'istituto in sé, bensì al soccorso che questo poteva portare in ordine alla cd. *formazione del contratto*, dunque alle fasi prodromiche consultive e preparatorie, sino alla individuazione degli obiettivi da perseguire e al coordinamento necessario alla definizione delle cd. regole

---

di gestione dei bacini idrografici' (art. 13) gli strumenti da utilizzare a livello nazionale ed internazionale per il conseguimento degli obiettivi ambientali. La Direttiva sulle Alluvioni, invece, individua tali strumenti nei 'piani di gestione del rischio alluvioni'.

[6] Il documento integrale è consultabile su https://www.gesteau.fr/sites/default/files/gesteau/content_files/document/Circulaire_contratriviere_19810205.pdf (27 ottobre 2021).

[7] Sull'approccio contrattuale alla gestione dell'acqua in Francia, v. ZAKINE C.H., *La planification de l'eau : expression nouvelle d'une publicisation de la gestion de l'espace rural*, in *Droit rural* n° 399, Janvier 2012, dossier 5, la quale precisa (punto 18) che "*l'approche contractuelle de la gestion de l'eau dans le cadre des SDAGE comme des SAGE ne peut être ignorée et se formalise sous l'aspect de contrat de rivière, de baie, de nappe ou de bassin versant. Cependant, ce qui frappe dans l'évolution juridique des SDAGE et des SAGE, c'est la volonté du législateur de renforcer leur portée réglementaire en glissant de la prise en compte à la compatibilité et à la conformité. Ce faisant ce sont les IOTA et les ICPE qui se trouvent les premières concernées et potentiellement toutes les activités qui dépendent ou non de décisions administratives préalables. La planification des ressources en eau aboutit alors à réformer en profondeur la police administrative de l'eau mais également des ICPE*". E' bene precisare che il contratto di fiume è stato poi inserito nella Loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau (in https://www.legifrance.gouv.fr/lo-da/id/JORFTEXT000000173995/ - 27 ottobre 2021).

[8] Per come modificato dall'Arrêté du Gouvernement Wallon del 13 novembre 2008, in http://www.ejustice.just.fgov.be/mopdf/2008/12/22_1.pdf#Page126 (23 ottobre 2021).

[9] Per le esperienze francese e belga, DORATI e GUERRA S., *I contratti di fiume in Francia e Belgio*, in Bastiani (a cura di), *Contratti di fiume. Pianificazione strategica e partecipata dei bacini idrografici*, Palermo, 2011, 165.

ISSN 2036-7821

del gioco[10]. Ebbene, ad una prima analisi tale impostazione sembra aver trovato dimora anche nel diritto interno, in particolare nell'alveo dei modelli consensuali predisposti per l'azione della pubblica amministrazione di cui si dirà in seguito. Restano tuttavia dubbi sulla reale natura del 'contratto di fiume' (CDF), dunque sulle regole da applicarvi, e anche su talune sue connotazioni quali ad esempio l'elemento della *patrimonialità*.

2. La normativa regionale e regolamentare.

L'art. 59 della L. 221/2015 è stato preceduto e succeduto da plurimi interventi normativi regionali, così come da protocolli d'intesa nazionali e locali. Tali interventi aiutano a definire gli elementi chiave dei 'contratti di fiume', fornendo al contempo un quadro sistematico oramai abbastanza delineato.

Nel 2003 la Regione Lombardia, prima tra tutte, ebbe ad indicare quattro modelli di programmazione regionali[11] tra i quali, nel medesimo anno, giusto art. 45 della L.R. 26/2003[12], scelse l'Accordo Quadro di Sviluppo Territoriale (AQST) per promuovere adeguatamente i 'contratti di fiume'. La norma, pur non richiamando alcuna nozione specifica di CDF, poneva in evidenza la "partecipazione di soggetti pubblici e privati" e allargava lo strumento di programmazione anche al 'contratto di lago'. Fu per tal verso possibile l'elaborazione di bozze di AQST relative a diversi bacini idrografici prima tra le quali quello del fiume Olona-Bozzente-Lura[13] nel cui contratto, oltre ad individuare i soggetti responsabili ed attuatori, si prevedevano anche le ipotesi di inadempimento e revoca (art. 16), nonché di recesso (art. 17), con rinvii, evidentemente non solo fonetici, agli istituti privatistici in tema di contratto. Fece seguito la Regione Piemonte che col D.C.R. n° 117-10731 del 13 marzo 2007 previse esplicitamente, al secondo comma dell'art. 10, la promozione di "modalità di gestione integrata a livello di bacino e sottobacino idrografico, che perseguono la tutela e valorizzazione delle risorse idriche e degli ambienti connessi, unitamente alla salvaguardia dal rischio idraulico. In tal caso gli strumenti di programmazione sono

[10] Non pare fuor di luogo il possibile rinvio, almeno per le problematiche che si ingenerano, al cd. 'contratto alieno', cioè al "contratto pensato e scritto sulla base di un modello diverso dal diritto italiano" (DE NOVA G., v. *Contratto alieno*, in *Enc. Dir.*, I Tematici, I, Milano, 2021, 193), salvo per il fatto che, come precisato dall'A., il modello di riferimento sia di *common law*. Nel caso di specie, difatti, sebbene il normotipo è improntato su paradigmi di *civil law*, nascono comunque nell'approccio problematiche di struttura e di interpretazione (p. 197).

[11] La L.R. 14 marzo 2003, N. 2, recante 'Programmazione negoziata regionale' (B.U.R. n. 12 del 18 marzo 2003, 1° s.o.), all'art. 2 contempla l'Accordo Quadro di Sviluppo Territoriale, il Programma Integrato di Sviluppo Locale, il Contratto di Recupero Produttivo ed, infine, l'Accordo di Programma.

[12] L.R. 12 dicembre 2003, N. 26, recante 'Disciplina dei servizi locali di interesse economico generale. Norme in materia di gestione dei rifiuti, di energia, di utilizzo del sottosuolo e di risorse idriche' (B.U.R. n. 51, 1° suppl. ord. del 16 Dicembre 2003).

[13] In https://www.contrattidifiume.it/export/sites/default/it/doc/Azioni/Contratto_di_Fiume_OlonaBozzenteLura1.pdf (1° novembre 2021).

ISSN 2036-7821

denominati Contratto di Fiume o Contratto di Lago"[14]. Successivamente, istituito il 'Tavolo tecnico di Coordinamento regionale dei processi di pianificazione partecipata attuati con i Contratti di fiume o lago'[15], con Decreto della Giunta Regionale del 19 settembre 2011, la medesima Regione Piemonte deliberò di approvare le 'Linee Guida regionali per l'attuazione dei contratti di Fiume e di Lago'[16] in aderenza con quelle nazionali. In tali linee era posta in evidenza soprattutto la fase preparatoria che doveva "garantire la costruzione di un percorso partecipato che conduca il territorio in modo consapevole e condiviso alla firma del Contratto". Di tale fase fa parte un accordo preliminare, detto Protocollo di Intesa, "da sottoscrivere in fase di avvio del percorso di Contratto, quale elemento aggregante della partecipazione e catalizzatore degli altri interessi diffusi sul territorio". Emergono, in breve, l'elemento della negoziazione e quello dell'accordo preliminare, sempre con indubbi rinvii alle fasi della formazione del contratto.
Fecero poi seguito la normativa veneta[17], quella del Lazio[18], del Friuli[19] e da ultimo quella della Campania la quale, se per un verso già nel 2013 aveva aderito alle linee guida nazionali[20], per l'altro nel 2019 ha adottato una Legge Regionale apposita. In

[14] D.C.R. 13 marzo 2007, N. 117 – 10731 recante 'Approvazione del Piano di tutela delle acque' (B.U.R. n. 18 del 3 / 05 / 2007). E' da precisa che la Regione Piemonte aveva già precedentemente disposto in tema di 'contratti di fiume' con la D.G.R. n. 44-3480 del 24 luglio 2006 recante 'Programma pluriennale di attività regionali in materia di risorse idriche' (in B.U.R. n. 34 del 24 / 08 / 2006), con disposizione tuttavia di natura solo finanziaria.

[15] D.G.R. n. 26-7889 del 21/12/2007 (in B.U.R. n. 04 del 24 gennaio 2008).

[16] D.G.R. n. 16-2610 del 19 Settembre 2011 (in B.U.R. n. 40 del 6 ottobre 2011).

[17] L.R. 5 aprile 2013 N. 3 recante 'Legge finanziaria regionale per l'esercizio 2013' (B.U.R. n. 32 del 5 aprile 2013) al cui art. 42 (Contributi regionali per i contratti di fiume) si stabiliva che "la Regione del Veneto, al fine di sperimentare nuovi indirizzi e misure per garantire lo sviluppo ecosostenibile del territorio ed il contenimento del degrado delle risorse idriche e degli ambienti connessi, favorisce l'adozione e l'utilizzazione degli strumenti per la gestione integrata e partecipata delle acque sul modello dei contratti di fiume, comunque denominati".

[18] Rilevanti sono il D.G.R. 18 novembre 2014, N. 787, recante 'Adesione alla Carta Nazionale dei Contratti di Fiume' e la L.R. 31 dicembre 2016 N. 17 recante 'Legge di stabilità regionale 2017' (B.U.R. n. 105 del 31 dicembre 2016) al cui art. 3, commi 95, 96 e 97, si stabilisce che "la Regione promuove il Contratto di fiume; in tale accezione sono da considerarsi anche il contratto di lago, il contratto di costa, il contratto di foce, così come previsto dall'articolo 68 bis del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale), quale strumento volontario di programmazione strategica e partecipata, finalizzato alla gestione integrata delle politiche di bacino e sottobacino idrografico, alla tutela, valorizzazione e riqualificazione delle risorse idriche e degli ambienti connessi, alla salvaguardia dal rischio idraulico, alla gestione sostenibile della naturalità e del paesaggio fluviale e del rischio idrogeologico, contribuendo allo sviluppo locale di tali aree".

[19] L.R. 29 aprile 2015 N. 11 recante 'Disciplina organica in materia di difesa del suolo e di utilizzazione delle acque' (SO n. 19 del 6 maggio 2015 al B.U.R. n. 18 del 6 maggio 2015) al cui art. 12, dopo aver sancito il coinvolgimento di soggetti privati e pubblici, fissa al secondo comma il concetto di 'contratto di fiume' nel "processo di programmazione negoziata e partecipata basato sull'adesione volontaria e finalizzato ad attuare la riqualificazione ambientale e la rigenerazione socio-economica dei sistemi fluviali, coordinandone l'azione di pianificazione dell'uso, della tutela e della valorizzazione dei corsi d'acqua, coerente con le peculiarità e le potenzialità del territorio sotteso, nonché con la pianificazione territoriale e di tutela ambientale".

[20] D.G.R. 22 ottobre 2013 N. 452 (B.U.R. n. 58 del 28 ottobre 2013) al cui art.1 già si precisava che la Regione deliberava "di riconoscere e promuovere i cd. "contratti di fiume e di lago" quali forme di programmazione negoziata e partecipata ai fini della riqualificazione ambientale dei bacini idrografici della Regione Campania".

ISSN 2036-7821

particolare, all'art. 2 della L.R. 6 maggio 2019 n. 5, il 'contratto di fiume' viene indicato come "accordo di programmazione strategica, integrata e negoziata e volontario, (…) finalizzato alla tutela e alla corretta gestione delle risorse idriche, alla valorizzazione dei territori del bacino idrografico o sottobacino di riferimento mediante la riqualificazione ambientale e la rigenerazione socioeconomica, unitamente alla salvaguardia dal rischio idraulico e contribuendo allo sviluppo locale di tali aree". Tale concetto è esteso anche al "contratto di lago, di costa, di acque di transizione, di foce e di falda, quali fattispecie declinate su differenti ambiti idrografici", ampliandosi così il raggio d'azione dello strumento di programmazione. Tra i vari presupposti generali, sono individuati il requisito della volontarietà (art. 2, comma 4), l'obbligatorietà del contratto in caso di sottoscrizione (art. 2, comma 5), nonché infine la struttura per così dire 'articolata' del contratto in sé i cui organi sono indicati dall'art. 4 nell'Assemblea, Cabina di regia, Coordinatore della Cabina di regia e Segreteria tecnica, con evidenti reminiscenze che rinviano al contratto associativo o, addirittura, al normotipo societario[21].

Molti di tali interventi, per qualche verso, fanno implicitamente o esplicitamente riferimento ai principi contenuti nella "Carta Nazionale dei contratti di fiume" del 2010, cui ha fatto seguito il documento guida titolato "Definizioni e requisiti qualitativi di base dei contratti di fiume", redatto il 12 marzo 2015 dal Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare in collaborazione con l'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA)[22]. In esso si indicano le fasi procedurali tra cui sicuramente predominanti sono quelle preparatorie con indubbio rinvio, non solo concettuale, alla cd. formazione del contratto[23] ed i 'contratti di fiume' sono definiti come "strumenti volontari di programmazione

[21] L.R. 6 maggio 2019, n. 5, recante "Disposizioni per la tutela dei corpi idrici della Campania, per la valorizzazione integrata sostenibile dei bacini e sottobacini idrografici e la diffusione dei Contratti di Fiume" (in B.U.R. n. 24 del 6 Maggio 2019).

[22] http://www.a21italy.it/wp-content/uploads/2014/06/CDF_Definizione-e-Requisiti-di-Base.pdf (10 novembre 2021).

[23] Per sommi capi le fasi individuate sono (1) una condivisione e sottoscrizione di un "Documento d'intenti contenente le motivazioni e gli obiettivi generali, stabiliti anche per il perseguimento degli obblighi cui all'articolo 4 della direttiva 2000/60/CE e delle direttive figlie, le criticità specifiche oggetto del CdF e la metodologia di lavoro, condivisa tra gli attori che prendono parte al processo"; (2) la "messa a punto di una appropriata Analisi conoscitiva preliminare integrata sugli aspetti ambientali, sociali ed economici del territorio oggetto del CdF"; (3) la "elaborazione di un Documento strategico che definisce lo scenario, riferito ad un orizzonte temporale di medio-lungo termine, che integri gli obiettivi della pianificazione di distretto e più in generale di area vasta, con le politiche di sviluppo locale del territorio"; (4) la "definizione di un Programma d'Azione (PA)" che indichi un orizzonte temporale ben definito indicativamente di tre anni, gli obiettivi per ogni azione, gli attori interessati, i rispettivi obblighi e impegni, i tempi e le modalità attuative, le risorse umane ed economiche necessarie, nonché la relativa copertura finanziaria; (5) la "messa in atto di processi partecipativi aperti e inclusivi che consentano la condivisione d'intenti, impegni e responsabilità tra i soggetti aderenti al CdF"; (6) la "sottoscrizione di un Atto di impegno formale, il Contratto di Fiume, che contrattualizzi le decisioni condivise nel processo partecipativo e definisca gli impegni specifici dei contraenti"; (7) infine, la " attivazione di un Sistema di controllo e monitoraggio periodico del contratto per la verifica dello stato di attuazione".

ISSN 2036-7821

strategica e negoziata che perseguono la tutela, la corretta gestione delle risorse idriche e la valorizzazione dei territori fluviali unitamente alla salvaguardia dal rischio idraulico, contribuendo allo sviluppo locale".

3. La natura del "contratto di fiume".

Dai riferimenti testé richiamati emerge anzitutto un dato complessivo, cioè la *cornice* entro cui va inserito il CDF. In particolare e come già detto pocanzi, durante i lavori parlamentari, il Comitato tecnico per la legislazione ebbe a precisare che l'art. 59 (inizialmente 24-*bis*) avrebbe dovuto trovare collocazione in "un appropriato ambito normativo, che potrebbe essere costituito dalla parte terza del decreto legislativo n. 152 del 2006, che riguarda anche la gestione delle risorse idriche". Tale notazione non è priva d'importanza sia perché, in sede finale, l'art. 59 è stato trasfuso appunto nell'art. 68 *bis* del Testo Unico dell'Ambiente, sia perché in tale Testo, e negli strumenti ivi indicati, il contratto in questione potrebbe trovare giusta collocazione giuridica. In tal senso non è inutile ricordare che la parte terza del Testo contempla le "Norme in materia di difesa del suolo e lotta alla desertificazione, di tutela delle acque dall'inquinamento e di gestione delle risorse idriche" e che il Capo II (al cui ultimo articolo sono analizzati, appunto, i 'contratti di fiume') elenca due strumenti di riferimento, cioè i Piani di bacino distrettuale (art. 65) e i Piani stralcio di distretto (art. 67) dai quali, tuttavia, i 'contratti di fiume' non si distaccano, restandone mero strumento di definizione ed attuazione[24]. I CDF dunque, non hanno il valore "conoscitivo, normativo e tecnico-operativo" attribuito dall'art. 65 T.U.A. ai Piani di bacino, ma solamente quello di "programmazione strategica e negoziata" dello strumento principale. Costituiscono, in sintesi, uno strumento accessorio consensuale, non per forza necessario, mediante il quale attuare, coinvolgendo se del caso anche interessi privati, il Piano di bacino. Inutile ricordare che, nella *cornice* del suddetto Testo, il termine 'contratto' non era sconosciuto al legislatore precedente il quale aveva già disciplinato al successivo art. 206, sebbene a proposito dei rifiuti, gli accordi ed i contratti di programma[25]. In breve, il 'contratto di fiume' sembra, ad

[24] Tale dato, per quanto rilevante, è chiarito anche nella L.R. Campania n.11/2015 al cui art. 2, terzo e quarto comma, si precisa che "i CdF concorrono alla definizione e all'attuazione degli strumenti di pianificazione di distretto a scala di bacino e sottobacino idrografico e operano nel rispetto delle competenze di ciascun ente, delle norme, dei piani e dei vincoli di tutela esistenti. I CdF non costituiscono un livello aggiuntivo di pianificazione, ma una modalità di gestione dei bacini idrografici a cui si aderisce volontariamente, con la quale integrare e coordinare gli strumenti di pianificazione e programmazione e gli interessi presenti sul territorio".

[25] Tra le quali l'attuazione di specifici piani di settore di riduzione, recupero e ottimizzazione dei flussi di rifiuti; la sperimentazione, la promozione, l'attuazione e lo sviluppo di processi produttivi e distributivi e di tecnologie pulite idonei a prevenire o ridurre la produzione dei rifiuti e la loro pericolosità e ad ottimizzare il recupero dei rifiuti; lo sviluppo di innovazioni nei sistemi produttivi per favorire metodi di produzione di beni con impiego di materiali meno inquinanti e comunque riciclabili; le modifiche del ciclo produttivo; la sperimentazione, la promozione e l'attuazione di attività di riutilizzo, riciclaggio e recupero di rifiuti; l'impiego di sistemi di controllo del recupero e della riduzione di rifiuti.

ISSN 2036-7821

un'analisi sommaria, inserirsi nel solco, già profondo, dei modelli consensuali predisposti per l'azione della pubblica amministrazione. Di tali modelli, oltre ai cennati artt. 68 *bis* e 206, fanno parte, a titolo di mero esempio, gli accordi di programma di cui all'art. 34 del TUEL[26], i contratti in materia di affidamento in concessione dei servizi di accertamento e riscossione delle entrate di cui all'art. 53 del D.Lgs. 446/1997[27], i contratti pubblici di cui al Codice del 2016[28], infine e più in generale sia gli accordi integrativi o sostitutivi di cui all'art. 11 della L. 241/1990[29], sia gli accordi delle P.A. di cui al successivo art. 15[30]. Tali strumenti negoziali rientrano, ciascuno con le proprie peculiarità e nessuno escluso, in un percorso logico che, traendo origine dalla difficoltà per la P.A. di gestire attraverso solo gli strumenti pubblicistici la 'cosa' pubblica, è approdato al principio di atipicità dei contratti nel settore pubblico[31], trovando appiglio nel disposto di cui all'art. 1, comma 1 *bis*, della

[26] D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 recante "Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali" (G.U. n. 227 del 28 settembre 2000, s.o. n. 162/L). In dottrina, v. STICCHI DAMIANI E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, nonché FERRARA R., *Gli accordi di programma*, Padova, 1993; BASSI N., *Gli accordi di programma dopo un decennio abbondante di esperienza, fra questioni ormai superate e problematiche ancora aperte. Parte prima: profili generali*, in *Dir., econ.*, 2001, 647; VALAGUZZA S., *L'accordo di programma: peculiarità del modello, impiego dei principi del codice civile e applicazione del metodo tipologico*, in *Dir. amm.*, 2010, 395 – 438.

[27] D. Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446 recante "Istituzione dell'imposta regionale sulle attività produttive, revisione degli scaglioni, delle aliquote e delle detrazioni dell'Irpef e istituzione di una addizionale regionale a tale imposta, nonché riordino della disciplina dei tributi locali" (G.U. n. 298 del 23 dicembre 1997, s.o. n. 252). Sul punto, PICA F., *L 'affidamento ai privati della gestione degli enti locali*, in *Rivista dei Tributi Locali*, Anno XXVIII, n. 3, maggio - giugno 1998, p. 110; DE FALCO M.C., *Modelli di gestione tributaria: dalla funzione amministrativa al servizio pubblico*, in *Lexitalia.it*, 7-8/2005 (http://www.lexitalia.it/articoli/defalco_tributi.htm - 18 febbraio 2022); MALATESTA A.P., *La riscossione delle entrate negli enti locali territoriali*, in *La riscossione in Italia, Germania, Spagna, Francia e Regno Unito: un'analisi comparata*, Fondazione Bruno Visentini (a cura di), 2015, 29; FERRARA V., *L'autonomia degli Enti locali nella riscossione dei tributi propri: la pratica applicazione della normativa alla luce della riforma della gestione delle entrate*, in *De Iustitia*, 1/2019 (http://www.deiustitia.it/cms/cms_files/2019 0402100915_dunz.pdf - 18 febbraio 2022).

[28] D. Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (G.U. n. 91 del 19 aprile 2016). Sul Codice dei contratti pubblici la dottrina è vastissima. Si veda, prima della riforma del 2016, *Codice dei contratti pubblici annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, di MAGGIO A. e STERI G. (a cura di), ESI, 2009, nonché *Codice degli appalti pubblici. Annotato con dottrina, giurisprudenza e formule*, di GAROFOLI R. e FERRARI G. (a cura di), Neldiritto.it, 2011; successiva alla riforma del 2016, cfr. *Codice dei contratti pubblici*, CARINGELLA F. e GIUSTINIANI M. (a cura di), Dike, 2020.

[29] L. 7 agosto 1990, n. 241 recante "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi" (G.U. n. 192 del 18 agosto 1990). Su tali accordi, v. FRACCHIA F., *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998. Dopo l'entrata in vigore della L. n. 15/2005, v. altresì CANGELLI F., *Articolo 11, commi 1 e 4 bis., Accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione, Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e 80/2005*, a cura di PAOLANTONIO N., POLICE A, ZITO A., Torino, 2005, 265, e SCIULLO G., *Profili degli accordi fra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. Amm.*, 2007, 813..

[30] Sull'art. 15, cfr. IELO D., *Commento all'articolo 15*, in ITALIA V. (a cura di), *L'azione amministrativa. Commento alla l. 7 agosto 1990 n. 241 modificata dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dal d.l. 14 marzo 2005 n. 35*, Milano, 2005, 488 ss., nonché BRUTI LIBERATI E., v. *Accordi pubblici*, in *Enc. Dir.*, Agg., V, Milano, 2001, 28, GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003.

[31] MASTRAGOSTINO F., *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007, *passim*, nonché DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, in part. 171.

ISSN 2036-7821

L. 241/1990 per come modificato nel 2005[32] ed, anche, nella eliminazione, dal primo comma del suindicato art. 1 e ad opera dell'art. 7 della L. 15/2005, delle parole "nei casi previsti dalla legge".

Questo percorso logico ha condotto parte della dottrina a collocare il 'contratto di fiume' nella categoria degli accordi sostitutivi di cui al suindicato art. 11[33], riconducendoli, più in particolare, nell'alveo, invero criticabile, dei cd. 'contratti ecologici'[34]. Ma tale orientamento non è condivisibile e collide con i riferimenti normativi e regolamentari sopra richiamati, primo tra i quali il medesimo art. 68 *bis* il quale parla esplicitamente di "programmazione strategica e negoziata"[35]. Tali riferimenti, oltre quanto si dirà appresso, fanno comprendere come il CDF, a dispetto del *nomen iuris* utilizzato dal legislatore, vada ricondotto nell'alveo dei cd. 'accordi di programmazione negoziata' di cui all'art. 2, comma 203, lett. a) della Legge n. 662/1996[36], dunque in *accordi ad oggetto pubblico* rispetto ai quali la disciplina

[32] Comma introdotto dall'art. 1, comma 1, lettera b), L. n. 15 del 2005 recante 'Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa' (in G.U. n. 42 del 21 febbraio 2005). Sul dato dell'atipicità dei contratti pubblici cfr. BASSI N., *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di SANDULLI M.A., Milano, 2011, 563. Si tratta, ad ogni modo, di atipicità non in senso stretto o, meglio, privatistico ex art. 1322 c.c., bensì contenuta entro i poteri e le prerogative conferite alla PA. In tal senso: "la novità va piuttosto intesa nel senso che agli accordi sostitutivi l'amministrazione può ricorrere non soltanto (come si verificava prima del varo della L. n. 15 del 2005) allorché una specifica disposizione di legge lo ammette espressamente, ma in tutti i casi in cui l'amministrazione abbia per legge la titolarità di un potere pubblico, essendo libera di esercitarlo in forma unilaterale o consensuale tramite la sostituzione del provvedimento con l'accordo": così GAROFOLI R. - FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, XI Ed., 2017, Molfetta, 973. La questione della 'tipicità' ha come versante opposto quello della cd. autonomia negoziale dei soggetti pubblici e sul punto si rinvia a RICCIUTO V. - NERVI A., *Il contratto della Pubblica Amministrazione*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato diretto da Perlingieri P.*, IV, 13, 2009, Roma, 79.

[33] In tal senso, MORAMARCO L., *I "contratti di fiume": gestione negoziata del territorio fluviale per la tutela delle acque e la mitigazione del rischio idrogeologico*, in *N.L.C.C.*, 2017/5, 910 (in part. 914 ss.).

[34] Sempre MORAMARCO L., *op. cit.*, nt. 18, che fa riferimento a PENNASILICO M., *L'uso responsabile delle risorse naturali e il contratto ecologico*, in ID., *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, 161 e ID., *Contratto ed uso ecologico delle risorse naturali*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2014, 767. Il 'contratto ecologico, è stato, tuttavia, criticato da PAGLIANTINI S., *Sul c.d. contratto ecologico*, in *NGCC*, 2016/2, 337, e ciò in quanto esso sarebbe "fonte non semplicemente di rapporti giuridici patrimoniali, ma di rapporti giuridici *civile dell'ambiente*, *op. cit.*, 166) con una conseguente *reductio* del presupposto principale del contratto, cioè la patrimonialità. Tale dato è censurato dal Pagliantini il quale, giusti riferimenti normativi e giurisprudenziali, sposta il discorso dalla depatrimonializzazione dei contratti ad oggetto ambientale alla patrimonializzazione dell'ambiente medesimo, giungendo a definire il contratto ecologico come "espressione raffinata, ma predicata di un valore soltanto descrittivo" (pag. 344).

[35] A medesima conclusione giunge la L.R. Campania, al cui art. 2, precisa che il CDF è un "Accordo di programmazione strategica, integrata e negoziata" o le linee guida regionali del Piemonte che rinviano al Piano Territoriale Regionale (PTR), al cui comma 2 e 3 dell'art. 35, il CDF è qualificato come "strumento di programmazione negoziata". Medesima cosa è a dirsi per i già richiamati protocolli regolamentari.

[36] Legge 23 dicembre 1996, n. 662, recante "Misure di razionalizzazione della finanza pubblica (G.U. Serie Generale n.303 del 28-12-1996 - s.o. n. 233). In questo senso, si esprimono GIGLIONI F. – NERVI A., *Gli accordi delle Pubbliche Amministrazioni*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio del Notariato* diretto da Perlingieri P., ESI, 2019, 183; v. anche PUBUSA F., *Forme e strumenti della partecipazione degli interessi diffusi e collettivi nell'azione*

ISSN 2036-7821

privatistica del contratto e delle obbligazioni assume funzione integrativa di non poco momento. D'altronde la riconducibilità del 'contratto di fiume' nella più amplia cornice degli 'accordi di programmazione' meglio si spiega non solo per i vari rinvii normativi analizzati, bensì anche laddove si esaminino, proprio dal punto di vista privatistico, le parti del contratto che, nel caso di specie, sono prevalentemente (se non esclusivamente) la P.A., apparendo dunque più corretto il rinvio non all'art. 11, bensì *de relato* e come si vedrà all'art. 15.

4. Gli elementi del "contratto di fiume": causa e forma.

Questa collocazione richiede talune precisazioni di ordine normativo e sistematico. È stato precisato, anzitutto, che gli accordi di programmazione "hanno generalmente discipline puntuali riferite alle singole leggi, fatta eccezione per due casi in cui può essere rintracciata una disciplina di carattere generale"[37]. I casi sono l'accordo di programma definito dal già succitato art. 34 TUEL e, appunto, la cd. programmazione negoziata di cui all'indicato art. 2, comma 203, lett. a. Ebbene, tale ultima norma stabilisce che l'accordo in esame consiste nella "regolamentazione concordata tra soggetti pubblici o tra il soggetto pubblico competente e la parte o le parti pubbliche o private per l'attuazione di interventi diversi, riferiti ad un'unica finalità di sviluppo, che richiedono una valutazione complessiva delle attività di competenza". La mancanza di una seppure minima regolamentazione di riferimento ha fatto propendere la medesima dottrina[38] per l'applicazione a tali accordi delle disposizioni di cui all'art. 15 della L. 241/1990, il quale, nel fissare il principio di collaborazione tra amministrazioni pubbliche, rinvia, come noto, ai commi 2 e 3 dell'art. 11 della medesima legge. Tale secondo comma stabilisce, a sua volta, che, a questi accordi, "si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili". Ebbene, tra tali principi, paiono fondamentali quelli di cui all'art. 1325 c.c., se non altro per tratteggiare i contorni di una qualche struttura del contratto in questione.

Iniziando dalla causa, è necessario anzitutto evidenziare che il legislatore del 2015, assolutamente avaro nell'indicazione degli altri presupposti, si è limitato a individuare lo scopo del CDF ne "la tutela, la corretta gestione delle risorse idriche e la valorizzazione dei territori fluviali, unitamente alla salvaguardia dal rischio idraulico, contribuendo allo sviluppo locale di tali aree". In tali scopi dovrebbe riassumersi, appunto, la causa del 'contratto di fiume'.

Rispetto ai contratti pubblici, è noto, la causa ha dato adito ad un corposo dibattito dottrinario poiché essa è evidentemente *funzionale* al raggiungimento di interessi non

amministrativa, in PUBUSA F. - MARONGIU D. (a cura di), *Ambiente, paesaggio, territorio. Principi e vicende*, Napoli, 2017, 212.

[37] GIGLIONI F. – NERVI A., *op. cit.*, 152.

[38] GIGLIONI F. – NERVI A., *op. cit.*, 155.

ISSN 2036-7821

privati, bensì collettivi, quindi di interessi estranei alla tipica contrattazione negoziale di stampo privatistico e già preindividuati dal legislatore. Ciò ha maggior evidenza rispetto agli accordi *ad oggetto pubblico* come quelli in tema di ambiente. È da ricordare che l'elemento causale che trova(va) dimora nel codice civile nasceva dal tentativo di contemperare il principio dell'autonomia privata, quindi la libertà nei traffici commerciali, con l'ordinamento giuridico fascista[39] e ciò era evidente nel dettato di cui al secondo comma dell'art. 1322 c.c. che consentiva la libertà contrattuale, ma a condizione che fosse soddisfatta la cd. meritevolezza degli interessi perseguiti[40]. Ma tale eterodirezione - cioè la facoltà, sanzionata a pena di nullità *ex* art. 1418 c.c., in capo al privato di coniare nuove figure contrattuali previa sussistenza d'interessi meritevoli - va nella società moderna (governata da logiche liberiste, comunitarie, dunque non più paternaliste) del tutto ridefinita[41]. Un

[39] BARCELLONA P., *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996,125 e NUZZO M., *Utilità sociale ed autonomia privata*, Milano, 1974, 103.

[40] Tale dato è anche evidenziato in BIANCA C.M., *Diritto Civile, 3, Il contratto*, Milano, 1998, 432 ed è evincibile anche dalla Relazione al Codice Civile laddove si legge: "bisogna infatti tener fermo, contro il pregiudizio incline a identificare la causa con lo scopo pratico individuale, che la causa richiesta dal diritto non è lo scopo soggettivo, qualunque esso sia, (…) ma è la funzione economico – sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che giustifica la tutela dell'autonomia privata. Funzione pertanto che deve essere non soltanto conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma anche, per i riflessi diffusi dall'art. 1322, secondo comma, rispondente alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole della tutela giuridica" (613) e ancora "il nuovo codice non costringe l'autonomia privata ad utilizzare soltanto i tipi di contratto regolati dal codice, ma le consente di spaziare in una più vasta orbita e di formare contratti di tipo nuovo se il risultato pratico che i soggetti si propongono con essi di perseguire sia ammesso dalla coscienza civile e politica, dall'economia nazionale, dal buon costume e dall'ordine pubblico" (603). Sulla meritevolezza, v. PIRAINO F., v. *Meritevolezza degli interessi*, *Enc. Dir.*, I Tematici, I, *op. cit.*, 667 (in part. 673), nonché ALPA G., v. *Autonomia privata*, *ivi*, 1, il quale pone in evidenza come l'autonomia privata concedesse ai singoli un potere gestorio, ma non un potere creativo e che tale potere, pur se amplissimo, non era illimitato: "lo stesso art. 1322 c.c. ne fissa i limiti con riguardo al contenuto, che deve essere determinato 'nei limiti imposti dalla legge' (e nella versione originaria, anche delle norme corporative), e con riguardo ai contrati atipici, nella loro capacità di realizzare 'interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico'" (16).

[41] In tal senso, cfr. RICCIUTO V. - NERVI A., *op. cit.*, 211. A tal uopo non può non farsi riferimento alla giurisprudenza e dottrina civilistica in tema di causa concreta, tra cui: Cass. 26 gennaio 1995, n. 975, in *Contratti*, 1995, 362, con nota di AMBROSOLI M., *Il motivo tra vizi del consenso e causa del contratto*; Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 564, con nota di ROSSI F., *La teoria della causa concreta e il suo esplicito riconoscimento da parte della suprema corte*; Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Corr. giur.*, 2008, 925, con nota di ROLFI F., *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*; Cass. 22 marzo 2007, n. 6969, in *Contratti*, 2008, 33. Tali decisioni (ma vedi anche Cass. 7 febbraio 2019, n. 3679; Cass. 28 marzo 2018, n. 7751; Cass. 10 gennaio 2018, n. 383; Cass. 19 dicembre 2017, n. 30489; Cass. ord. 2 novembre 2017, n. 26057; Cass. 17 maggio 2017, n. 12385; Cass. 27 febbraio 2017, n. 4907; Cass. 23 dicembre 2016, n. 26948; Cass. 26 maggio 2016, n. 10942; Cass. 30 settembre 2015, n. 19559, tutte in *dejure.it*) fanno propria l'autorevole opinione dottrinale secondo cui il controllo di meritevolezza è volto verificare la conformità del contratto ai princìpi di solidarietà e di tutela della persona costituzionalmente affermati e dei «*valori forti*» (sul punto, v. PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 346 ss. In dottrina, v. anche G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 355 ss.; BIANCA C.M., *Diritto civile*, *op. cit.*, 425 ss.; BRECCIA U., v. *Causa*, in *Tratt. Bessone*, XIII, 3, Torino, 1999, 66 ss.; GAZZONI F., *Manuale di Diritto Privato, Napoli, ESI, 2000, VIII ed.*, 787 e ss.; ROLLI R., *Il rilancio della causa del*

ISSN 2036-7821

fenomeno che se però riguarda l'autonomia nel settore privato, non pare interessare i contratti pubblici nei quali l'interesse sotteso deve essere appunto pubblico, generale, dunque non meramente meritevole d'interesse, bensì addirittura etero e predeterminato dal legislatore. E tale interesse deve sussistere tanto nella fase genetica dell'accordo, quanto in quella funzionale: prova ne sia la potestà di cui al quarto comma dell'art. 11 che, sebbene non richiamato esplicitamente dall'art. 15, accorda il diritto alla P.A. di recedere dal contratto per sopravvenuti motivi di pubblico interesse.

Nel CDF l'interesse pubblico sotteso, dunque la causa dell'accordo, è preindividuato dall'art. 68 *bis* nella tutela e corretta gestione delle risorse idriche, nella valorizzazione dei territori fluviali, nella salvaguardia dal rischio idraulico e, infine, nello sviluppo locale delle aree interessate. Una serie, quindi, di interessi protetti che, ben al di là dei meri interessi privati, collimano anche con quelli sovranazionali richiamati dagli artt. 1 delle già citate Direttive 2000/60/CE e 2007/60CE.

Per la forma, il secondo comma dell'art. 11 della l. 241/1990 stabilisce che "gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti". Tale nozione, a ben vedere, collima con quella civilistica che, sempre a pena di nullità, richiede la forma tra gli elementi essenziali del contratto "quando risulta che è prescritta dalla legge". Il che, tuttavia, non significa che l'intero procedimento di formazione del 'contratto di fiume' sia in linea con la disciplina civilistica, governata come noto da una generale velocità dei traffici commerciali, ma solo che la fase finale, cioè quella della sottoscrizione del CDF, vede una sostanziale coincidenza tra le due discipline, quella privatistica del 1425 c.c. e quella amministrativa del citato art. 11. Il generale salvagente della forma, nel settore della P.A., è esplicitazione della cd. *evidenza pubblica*, cioè della necessità di garantire la estrinsecazione e il perseguimento dell'interesse pubblico (che colora, come detto, la causa dell'accordo) in tutti gli stadi di formazione della volontà del soggetto pubblico stesso[42], dunque anche durante le fasi della scelta del contraente e dei controlli circa la sussistenza dei requisiti richiesti.

Sorge, poi, il dubbio se per "atto scritto" cui fa riferimento l'art. 11 debba intendersi, nel caso di specie, la mera scrittura privata o l'atto pubblico. Ebbene, volendo mutuare il dettato di cui al comma 14 dell'art. 32 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016), potrebbe ipotizzarsi che pure il contratto in esame vada stipulato "a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante o mediante

contratto: la causa concreta, in *Contr. e impr.*, 2007, 416; COSTANZA M., v. *Tipicità e tipo*, in *Enc. Dir.*, I Tematici, *op. cit.*, 1170 (in part. 1171).

[42] DIPACE R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006, 194. Condividono l'impostazione RICCIUTO V. - NERVI A., *op. cit.*, 129.

ISSN 2036-7821

scrittura privata". Ciò in quanto l'art. 117 del medesimo Codice dichiara applicabili "per quanto riguarda l'acqua" gli artt. da 1 a 58[43]. Ed a similare conclusione si giunge prendendo in prestito l'art. 16 delle norme sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità dello Stato[44].

5. Segue: accordo e oggetto.

L'art. 68 *bis* nulla dice in merito ai soggetti legittimati a sottoscrivere un 'contratto di fiume'. In particolare, pur facendo esso riferimento alla cd. fase *negoziale*, non chiarisce se possano parteciparvi anche soggetti privati. E, invero, la medesima collocazione del predetto articolo all'interno della cornice del TUA amplifica il quesito, tenuto conto che i soggetti richiamati nelle norme immediatamente precedenti in relazione alla gestione dei Piani di bacino sono solo soggetti pubblici. Tuttavia, sia l'evoluzione storica del *contrat de rivière*, sia i protocolli d'intesa nazionali e locali, sia infine la legislazione regionale in materia lasciano intendere che al 'contratto di fiume' possano concorrere anche soggetti privati[45]. Tale dato deve tuttavia sopportare una limitazione nel senso che non si può concedere, in virtù di principi astratti di valore, al singolo cittadino di aderire, dunque sottoscrivere e partecipare al CDF, senza che egli sia reale portatore di un interesse privato qualificato e ciò in quanto un eccessivo allargamento delle maglie di partecipazione all'azione pubblica potrebbe, a sua volta, comportare un annacquamento della medesima azione pubblica. In breve, il CDF nasce come strumento di democrazia partecipativa, laddove è stato da più parti notato che la democrazia partecipativa "presenta notevoli problemi pratici"[46]. Tra essi deve porsi l'accento anche sulla fluidità di funzionamento del CDF stesso, che potrebbe essere minata da continue ed estenuanti azioni di contrasto o destabilizzazione di privati cittadini non portatori di interessi qualificati ma, casomai, meramente individualistici.

Alla conclusione dell'accordo ad ogni modo si giunge non mediante il semplice scambio di proposta e accettazione, come precisato dall'art. 1326 c.c., ma attraverso una serie di fasi prodromiche che sono individuate sia dall'art. 11 della l 241/1990, sia dai protocolli nazionali. In particolare, il terzo comma dell'art. 11 stabilisce che "gli

[43] Si aggiunga, infine, che l'art. 15 L. 241, al comma 2 *bis*, ha precisato che "a fare data dal 30 giugno 2014 gli accordi di cui al comma 1 sono sottoscritti con firma digitale, ai sensi dell'articolo 24 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, con firma elettronica avanzata, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera q-bis), del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ovvero con altra firma elettronica qualificata, pena la nullità degli stessi".

[44] R.d. 18 novembre 1923, n. 2440, in G.U. 23 novembre 1923, n. 275.

[45] La L.R. Campania, ad esempio, all'art. 4, precisa che "1. Sono organi dei Contratti di Fiume: a) l'Assemblea di contratto, cui partecipano i soggetti promotori, il soggetto capofila e ogni altro soggetto interessato, comprese le associazioni e i soggetti imprenditoriali locali". In tal senso, propende anche il dettato di cui al richiamato art. 2, comma 203, lett. a) della Legge n. 662/1996 il quale apre gli accordi di programmazione alle parti pubbliche o private.

[46] MORAMARCO L., *op. cit.*, 927.

ISSN 2036-7821

accordi sostitutivi di provvedimenti sono soggetti ai medesimi controlli previsti per questi ultimi", il che significa che si applica anche al CDF la fase *procedimentale* che è caratteristica di ogni contratto pubblico. La *ratio* di tale fase, come noto, è sia la cura degli interessi pubblici sottesi che, predeterminati in via generale e normativa, vanno attuati e perseguiti, passo passo, attraverso un serrato e controllato avvicendarsi di fasi procedurali, sia la necessità di dare pubblica evidenza di tutte le predette fasi, dall'individuazione dell'interesse normato, alla scelta del contraente, sino all'aggiudicazione del contratto. E su tal versante appaiono interessanti i profili sia della 'rappresentanza' del soggetto pubblico, sia del preciso *discrimen* tra la fase pubblicistica appunto e, poi, quella privatistica successiva alla stipulazione del contratto[47], quest'ultima retta prevalentemente (ma non esclusivamente, come sarà evidenziato più avanti) dalle regole privatistiche.

Ad ogni qual modo, per il CDF le fasi negoziali sono individuate (con quale forza normativa?) dal protocollo nazionale definito "Definizioni e requisiti qualitativi di base dei contratti di fiume", sottoscritto il 12 marzo 2015 dal Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare in collaborazione con l'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA) già sopra richiamate. A tali fasi nulla vieta di aggiungerne altre, soprattutto poiché il 'contratto di fiume' richiede prevalentemente l'accordo tra P.A. e non tra privati cittadini in generale. Ciò che ad ogni modo è necessario dire è che, sottoscritto l'accordo, esso è vincolante tra le parti e tale dato è evincibile oltre che dall'applicabilità, *ex* art. 11, del disposto di cui all'art. 1372 c.c., anche dalla normativa locale vigente[48].

Per quel che afferisce poi all'oggetto del contratto in esame, dunque al contenuto sostanziale di esso[49], l'art. 68 *bis* tace, così come alcuno spunto di riflessione è possibile trarre dall'art. 11 della L. 241 che reca una disciplina generale a tutti i contratti pubblici. Né, per qualche verso, il bene da conseguirsi può coincidere con "la tutela, la corretta gestione delle risorse idriche e la valorizzazione dei territori fluviali, unitamente alla salvaguardia dal rischio idraulico, contribuendo allo sviluppo locale di tali aree". Elementi questi che, già sopra analizzati, qualificano la causa del CDF e non certo l'oggetto[50]. Sul punto, una dottrina ha avuto modo di

[47] Sul punto, RICCIUTO V. - NERVI A., *op. cit.*, 116 e ss.

[48] Sempre la L.R. Campania, all'art. 2, comma cinque, stabilisce che "la partecipazione ai CdF, ancorché spontanea, impegna i firmatari a rispettare quanto condiviso in tutta l'ordinaria attività istituzionale".

[49] La problematica della coincidenza concettuale tra contenuto e oggetto è affrontata dal BIANCA M.C., *op. cit.*, 311 ss. Vedi anche CATAUDELLA A., *I contratti, parte generale*, 2° ed., Torino, 2000, 101 e ss.

[50] Sul punto non pare inutile, sebbene in via assolutamente limitata, ricordare il rapporto tra causa e oggetto o, meglio, tra causa e contenuto del contratto. In un'analisi non categoriale, bensì complessiva e condivisibile, è stato precisato che "la causa è un requisito del contratto ben differente dagli altri tre indicati dall'art. 1325 c.c. Questi ultimi sono, infatti, mattoni della costruzione del contratto e, come tali, riguardano la sua statica. La causa, invece, non è un elemento costruttivo, ma è piuttosto un elemento di qualificazione del contratto, che riguarda la sua vita dinamica come proiezione funzionale della sua unità regolamentare. Non si può, quindi, individuare ed apprezzare la causa di un contratto senza riferirsi all'intero contenuto": CRISCUOLI G., *Il contratto, Itinerari*

ISSN 2036-7821

precisare che "l'oggetto del contratto è costituito da comportamenti, atti e prestazioni dedotte, di cui sono indicati anche i tempi di esecuzione"[51]. Tuttavia, tale impostazione non appare condivisibile poiché essa non tiene conto della distinzione tra oggetto del contratto ed effetti dello stesso, apparendo piuttosto i comportamenti e le prestazioni afferenti alla tematica delle obbligazioni, così come i termini agli elementi accidentali del negozio. Sposando, allora, la teoria del contenuto del contratto come bene - entità reale dello stesso su cui ricadono gli effetti del contratto medesimo[52], potrebbe concludersi che oggetto del CDF sia *l'acqua in sé* come bene giuridico da tutelarsi mediante le attività preindividuate dal legislatore e che le parti del contratto perseguiranno secondo tempistiche e competenze. Tale bene ha senza dubbi i requisiti di cui all'art. 1346 c.c.[53]

6. Recesso - Patologie genetiche e funzionali - Art. 2932 c.c.

Il rinvio operato dall'art. 15 all'art. 11, ma per i soli commi 2 e 3, impone un esame, ancorché sommario, circa la facoltà da parte della P.A. di recedere unilateralmente dal 'contratto di fiume' sottoscritto con altri soggetti, pubblici e/o privati. E', difatti, noto che il quarto comma (non espressamente richiamato dall'art. 15) dell'art. 11 dispone che "per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo", salvo indennizzo. Ebbene, il mancato rinvio alla norma, oltre a motivare una serrata discussione dottrinaria e giurisprudenziale sulla sua *ratio*[54], ha dato anche adito di dibattere circa l'applicazione analogica della norma

normativi e riscontri giurisprudenziali, Padova, 1996, 279. L'A., dunque, dopo aver analizzato il contenuto del contratto e cioè "la somma organica di tutte le clausole che formano il corpus del regolamento del contratto", precisa che "il rapporto tra contenuto e causa è strettissimo (…). La causa, infatti, non è che l'indice di funzionalità concreta dell'operazione economica voluta concordemente dalle parti" (303). E' anche bene ripetere che, sebbene non senza critiche, il contenuto del contratto, laddove non formale ma sostanziale, è comunemente identificato con l'oggetto dello stesso (cfr. nt. 4).

[51] MORAMARCO L., *op. cit.*, 922.

[52] CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, 607, nonché MESSINEO F., *Il contratto in genere*, XXI, t. 1, in Trattato di diritto Civile e Comm., a cura di Cicu A. e Messineo F., Milano, 1973, 134.

[53] Tale conclusione rende anche chiarezza del dato normativo per cui la 'natura' è intesa quale oggetto e non soggetto di diritto. Sul punto, sia consentito il rinvio critico a CICORIA M., La "subjetividadjurídica" de la Naturaleza, in Cuadernos de Gobierno y Administración Pública, Madrid, 8-1, 2021, 35-40; nonché ID., *Legal subjectivity and absolute rights of nature*, in https://www.lawconference.lu.lv/en/proram/poster-presentations/ (7 gennaio 2022).

[54] Il mancato richiamo del quarto comma dell'art. 11 è stato interpretato dalla dottrina in senso ambivalente. Un primo orientamento ritiene che esso rappresenterebbe una "chiara indicazione normativa" (COMPORTI G.D., *Il coordinamento infrastrutturale, Tecniche e garanzie*, Giuffrè, 1996, 322.) o un "divieto implicito di recesso per sopravvenute ragioni di pubblico interesse" (STICCHI DAMIANI E., *Attività amministrativa consensuale*, *op. cit.*, 116). Nello stesso senso, v. FERRARA R., *Gli accordi di programma*, *op. cit.*, 70; MANGANARO E., *Rilievi sugli accordi tra Pubbliche Amministrazioni*, in AA.VV., Studi per Enzo Silvestri, Milano, 1992, 363 s.; SCHLITZER E.F., *Accordi amministrativi e responsabilità*, in AA.VV., Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale, Atti del XLII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione (Tremezzo, 19-21 settembre 1996), Milano, 1997, 258; altresì, IELO D., *Commento all'art. 15*, *op. cit.*, 538. Altra dottrina ha, poi, escluso non la sussistenza di un potere di recesso,

ISSN 2036-7821

stessa o, in generale, di un potere di recesso fondato sul principio della inesauribilità della funzione pubblica. Il rinvio, tuttavia, *ex* art. 11, comma 2, ai principi codicistici in tema di contratti e obbligazioni imporrebbe un responso negativo fondato anzitutto sul principio di efficacia del contratto tra le parti di cui all'art. 1372 c.c., nonché sul dettato di cui al primo comma del successivo art. 1373 c.c., a mente del quale, dato inizio all'esecuzione del contratto, non è più consentita, salvo patto contrario, alle parti alcuna facoltà di recedervi unilateralmente[55]. Ebbene, tale divieto deve a maggior ragione applicarsi anche al contratto in esame e ciò in quanto, come precisato da parte di una dottrina, "gli accordi *ex* art. 15 si caratterizzano (e si differenziano da quelli *ex* art. 11) per la posizione paritaria dei 'contraenti', nonché per la loro tendenziale vicinanza al modello del contratto con comunione di scopo piuttosto che a quello di scambio"[56]. Ciò non vieta ovviamente alle parti di prevedere il recesso unilaterale; tuttavia, in tal caso è indubbia l'applicabilità, a mente dell'ultimo comma dell'art. 1373 c.c., di un "corrispettivo per il recesso" al cui pagamento subordinare il recesso medesimo.

In quanto poi alle patologie genetiche del negozio, le parti possono, sebbene con talune limitazioni dovute al caso di specie, riferirsi alle disposizioni civilistiche in materia e ciò sia per il richiamo espresso di cui all'art. 11, secondo comma, sia perché se la *ratio* degli accordi pubblici risiede nella necessità di "sostituire l'unilateralità con il consenso"[57] è giocoforza necessario rinviare agli strumenti di tutela forgiati in sede consensuale, quindi civilistica e non amministrativa. Una tal scelta, tra l'altro, è

---

bensì l'indennizzabilità dei pregiudizi conseguenti (in tal senso, cfr. GRECO G., *Commento all'art. 15, l. n. 241/1990*, in *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti (legge 7 agosto 1990, n. 241)*, ITALIA V. e BASSANI M. (a cura di), Milano, 1991, 286 e ID., *Accordi amministrativi*, *op. cit.*, 244A. Nello stesso senso PIOGGIA A., *Gli accordi di programma*, in *Il procedimento tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, CAVALLO B. (a cura di), Torino, 2000 174, nonchè BRUTI LIBERATI E., *Accordi pubblici*, *op. cit.*, 31. In tale ultima direzione si muove anche la giurisprudenza secondo la quale il potere di recesso dagli accordi tra amministrazioni non discende dall'art. 11, comma 4, della l. n. 241/1990, ma direttamente dal principio della inesauribilità del potere pubblico. Pertanto, nel caso di accordo stipulato tra più PP.AA. e di recesso di una di esse, non spetta alle altre PP.AA. alcun indennizzo per eventuali pregiudizi arrecati (T.A.R. Piemonte, Sez. I, sent. 23 aprile 2019, n. 463, in www.giustizia-amministrativa.it - 22 febbraio 2022). Allo stesso modo, T.A.R. Lecce, sez. II, sentenza 20/12/2014 n° 3141 (in *Foro Amministrativo*, 2014, 12 , 3263) il quale precisa che "ad avviso di questo Collegio l'assenza nell'art. 15 L. 7 agosto 1990 n. 241 di un richiamo al comma 4 del precedente art. 11 non esclude la possibilità per l'Amministrazione di recedere dall'accordo, considerato che è proprio della funzione di amministrazione attiva il generale potere di revoca del provvedimento amministrativo, del quale l'accordo ha il contenuto e al quale è sottesa la cura di un pubblico interesse, per cui è affievolita la forza vincolante di una convenzione sottoscritta da soggetti pubblici ed è reso inapplicabile il principio civilistico per il quale il contratto ha forza di legge tra le parti".

[55] Né, è da precisarsi, il predetto recesso è ipotizzabile a mente del secondo comma dell'art. 1373 c.c. in quanto il CDF non pare essere un contratto ad esecuzione continuata o periodica.

[56] GIGLIONI F. – NERVI A., *op. cit.*, 107 i quali, tuttavia, aggiungono: "ciò non significa tuttavia escludere in maniera rigida la sussistenza di un potere di sciogliersi unilateralmente dal vincolo negoziale. Tale potere potrà scaturire, in primo luogo, da una apposita previsione inserita nell'accordo, ossia sulla base del consenso delle altre parti che vi aderiscono" (p. 109).

[57] GIGLIONI F. – NERVI A., *op. cit.*, 87.

ISSN 2036-7821

migliorativa rispetto ai termini di prescrizione e decadenza, tenuto conto che quelli civilistici sono notoriamente più lunghi di quelli amministrativi. Inutile dire, tuttavia, che sarà di difficile applicazione, ad esempio, l'ipotesi privatistica di nullità del CDF per causa illecita (e ciò per quanto prima detto sulla causa etero e predeterminata) o per contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume (poiché pare inverosimile la conclusione da parte della P.A. di accordi di tal fatta) o, ancora, di annullamento per incapacità di agire (per evidente insussistenza del potenziale soggetto incapace) o per violenza o dolo (poiché è pure inverosimile l'idea di un consenso viziato per tali due ragioni). Viceversa, è maggiormente ipotizzabile la nullità per mancanza od erronea forma o l'annullamento per errore[58]. Medesimo discorso di applicabilità delle regole civilistiche ha luogo circa le cd. patologie funzionali che senza dubbi legittimano la risoluzione del contratto per il caso di inadempimento[59]. Tutti tali vizi vanno reclamati dinanzi al giudice amministrativo e ciò non a norma dell'ormai abrogato quinto comma dell'art. 11 (neanche richiamato dal 15), bensì dell'art. 133, comma 1, lett. a, n. 2, D.lgs. 104/2010)[60].

Infine, l'impostazione privatistica sottesa agli accordi di cui all'art. 15 comporterebbe, per il caso di mancata sottoscrizione da parte della P.A. di un CDF anche a seguito dell'espletamento di tutta la fase di negoziazione precontrattuale, la possibilità di esperire l'azione di esecuzione in forma specifica *ex* art. 2932 c.c. o, in alternativa e vista la giurisdizione amministrativa applicabile, l'azione di esatto adempimento di cui all'art. 34, comma 1, lett. c, C.P.A.[61].

---

[58] Non è inutile, per completezza del discorso, il riferimento alla problematica, di natura amministrativa ma non solo, dell'annullamento o nullità del contratto in caso di annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione. In particolare, posto il dettato di cui agli artt. 121 e 122 C.P.A., è oramai stata normata la inefficacia del contratto per il caso di declaratoria di annullamento, da parte del giudice, dell'aggiudicazione. Sul punto, la dottrina ha inquadrato tale inefficacia tra le ipotesi di nullità speciali (PASSAGNOLI G., *La nullità speciale del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione*, in *Persona e Mercato*, 2012, 2, 122 e ss) o di invalidità *tout court* (CARPENTIERI P., *Sorte del contratto*, in http://www.giustizia-amministrativa.it/, in part. § 4.1.a e 4.1.b. Si vedano anche le considerazioni di COLARUSSO A.M., *L'annullamento dell'aggiudicazione, in sede giurisdizionale e in autotutela, e la sorte del contratto pubblico*, in http://www.amministrativamente.com/index.php/formez/article/view/12986, 23 ss., nonché del Consiglio di Stato, in *Autotutela amministrativa e contratto, Rassegna monotematica di giurisprudenza* a cura di PONTE D., in https://www.sipotra.it/ - 18 gennaio 2022). Il problema è se tale inefficacia è applicabile anche agli accordi di cui al suindicato art. 15, dunque al CDF, e ciò poiché gli artt. 121 e 122 fanno esplicitamente riferimento ai contratti pubblici (e non dunque agli accordi tra P.A.). Certo è che visto il rinvio operato dall'art. 15 al terzo comma dell'art. 11 e la norma in tale comma contenuta ("3. Gli accordi sostitutivi di provvedimenti sono soggetti ai medesimi controlli previsti per questi ultimi"), nell'ambito del procedimento amministrativo, almeno in via teorica, l'ipotesi dell'annullamento in via giudiziale dell'aggiudicazione potrebbe porsi anche rispetto agli accordi di programmazione.

[59] RENNA M., *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, *Dir. Amm*., 2010, 27 – 84.

[60] A mente del quale "Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge: a) le controversie in materia di: (…) 2) formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni".

[61] In tal senso, GAROFOLI R. - FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, *op. cit.*, 960.

ISSN 2036-7821

7. Spunti di riflessione: la patrimonialità.

Il riferimento al termine 'contratto' pone, rispetto al CDF, il dubbio circa la necessaria sussistenza o meno del requisito della patrimonialità di cui all'art. 1321 c.c. In via generale, una dottrina, facendo riferimento agli accordi in materia ambientale, ha sottolineato come "sembra evidente che accordi di questa natura hanno ad oggetto interessi pubblici e non interessi patrimoniali, anche se non si può escludere che gli impegni assunti possano avere riflessi in termini di costi per le parti"[62]. Tale impostazione se in linea di principio appare valida[63], non tiene viceversa conto di un'evoluzione recente (e comunitaria) tesa a *patrimonializzare* taluni nuovi beni. L'utilizzo, anche sostenibile, delle risorse ambientali o, in via assoluta, di alcuni beni derivati o riciclati postula plurimi risvolti e ragionamenti a seconda dell'oggetto di cui si discute, ovviamente sempre in relazione all'ambiente. Se sussiste un concetto generale di patrimonialità da rapportarsi al cd. sfruttamento economico del bene, è pur vero che esso vada, per così dire, modulato in rapporto alla *quantità* del bene di cui si tratta. In breve, è criticabile l'idea che possa sussistere un concetto univoco ed identico di patrimonialità rispetto all'acqua potabile o al sole, all'acqua potabile o al vento, all'acqua potabile o ai rifiuti da riciclare. Questo in quanto l'acqua potabile è un cd. *bene scarso*, laddove gli altri sono beni quantitativamente disponibili in proporzione ben maggiore. Tale considerazione conduce ad un primo possibile corollario, cioè che non pare aprioristicamente possibile negare a tutti gli accordi in materia ambientale un carattere patrimoniale[64]. E ciò a tacer del fatto che, tenuto conto del dettato di cui all'art. 2 comma 203, lett. a) della Legge n. 662/1996 cit., parte di un CDF ben potrebbe essere, in qualità di privato, anche un soggetto imprenditoriale al quale concedere lo sfruttamento, sebbene entro limiti prestabiliti, delle risorse idriche[65].

Il riferimento al dato della patrimonialità, inoltre, non per forza è da ripudiare. Esso se per un verso rischia di consegnare al mercato un determinato bene, cioè l'acqua, vitale e comune[66], per l'altro, ove ben ponderato e controllato da meccanismi

[62] GIGLIONI F. – NERVI A., *op. cit.*, 180.

[63] In tal senso, la Giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di precisare che "la generale disciplina dell'art. 11 L. n. 241/ 1990 trova applicazione (anche) nel caso di convenzioni con contenuto patrimoniale, afferenti al previo esercizio di potestà (quegli atti bilaterali che sono ordinariamente ricondotti alla categoria definita come contratti di diritto pubblico, o a oggetto pubblico); per altro verso, essa deve applicarsi anche ad ipotesi in cui, difettando ogni substrato patrimoniale, il richiamo alla applicabilità dei principi del codice civile in tema di obbligazioni e contratti, risulta avere un ambito di applicazione se non nullo, certamente più ristretto" (Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza n. 2257 del 15 maggio 2017).

[64] Tale dato è ben analizzato da PAGLIANTINI S., *op. cit.*, 342.

[65] Sulla tematica della gestione delle riserve idriche, v. CARULLO A., *Qualità dell'acqua e responsabilità del gestore*, in *Riv. Trim. app.*, 2011, 237; nonché PIEROBON A., *Prime note sulla cosiddetta 'ripubblicizzazione' del servizio idrico integrato (dalle società di capitali alle aziende speciali)*, in *Riv. Trim. app.*, 2013, 117.

[66] Il percorso di qualificazione dell'acqua come 'bene comune' è divenuto via via sempre più incalzante e prepotente vista soprattutto la scarsità della risorsa in contrapposizione all'aumento esponenziale dell'utenza. Si

ISSN 2036-7821

pubblicistici, può rivelarsi positivo poiché, rispetto appunto ad una cd. risorsa scarsa, risulterebbe necessario affinché se ne faccia meno dispersione e, al contrario, utilizzo selettivo. La comprensione, in breve, di costi e la fissazione di prezzi non è per forza cosa negativa o deleteria, laddove essi siano eterodiretti e non affidati al mero interesse privato del mercato in generale. Infine, non è da sottacere che, di là dalle petizioni di principio, il 'contratto di fiume' per esistere, cioè per poter funzionare e raggiungere risultati positivi, necessita di costi, tenuto conto degli organi di cui è formato e delle attività che dovrà porre in essere.

Su tale ultimo punto è da precisare che il CDF è senza dubbio un possibile strumento di democrazia partecipata. Affinché, tuttavia, tale democrazia abbia esito concreto, gli organi di cui esso è formato devono poter funzionare. Leggendo sia la normativa locale, sia la regolazione amministrativa, il 'contratto di fiume' è qualificabile, dal punto di vista strutturale, come un accordo *cooperativo* di programmazione al cui funzionamento sono preposti vari organi. Prendendo a prestito il dettato di cui all'art. 4 L.R. Campania[67], tali organi sono "a) l'Assemblea di contratto, cui partecipano i soggetti promotori, il soggetto capofila e ogni altro soggetto interessato, comprese le associazioni e i soggetti imprenditoriali locali; b) la Cabina di regia, cui partecipano i rappresentanti dei soggetti istituzionali e degli altri soggetti, individuati dall'Assemblea; c) il Coordinatore della Cabina di regia, individuato dal soggetto capofila, responsabile dell'attuazione del contratto e rappresentante istituzionale del CDF; d) la Segreteria tecnica, in cui operano le professionalità individuate per il supporto tecnico al contratto". La predisposizione di tali organi, oltre a postulare problematiche circa le modalità di voto, rappresentanza, funzionamento e quant'altro, implica l'ulteriore lemma delle spese di funzionamento. Una gestione non per forza lucrativa, ma sicuramente economica, appare necessaria per non ingessarli. D'altronde i vari riferimenti normativi prevedono lo stanziamento di importi utili al raggiungimento delle finalità e degli obiettivi preposti. Tutti tali elementi fanno comprendere come anche nei 'contratti di fiume' sia da vagliare l'elemento della patrimonialità, assottigliandosi sempre più il *discrimen* tra diritto pubblico e privato, tra Stato e Mercato.[68]

---

veda, già nel 1958, ASTUTI G., v. *Acque private*, *Enc. Dir.*, I, Milano, 387, il quale, all'analisi storica del tema, premette che "gli sviluppi della disciplina giuridica delle acque pubbliche in Italia, dall'unificazione legislativa ai nostri giorni, rivelano una chiara e costante tendenza verso la progressiva riduzione, se non verso la completa eliminazione, della categoria delle acque private: tanto che è stato ormai proposto da tempo il dubbio se nel vigente diritto positivo italiano possa ancora riconoscersi l'esistenza di acque private o di proprietà privata" (387). Sul tema, cfr. MATTEI U., *Beni comuni – Un manifesto*, Roma-Bari, 2011, p. VII, nonché MATTEI, REVIGLIO, RODOTÀ (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Roma, 2010, *passim*.

[67] Cfr. nt. 21.

[68] In generale, sul punto, cfr. ZOPPINI A., *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e Mercato)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013/3, 515.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Gian Domenico Romagnosi giurista e teorico del Diritto Amministrativo Comparato.

di Luigi Maria Pepe

(Dottore di Ricerca presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Gian Domenico Romagnosi e la filosofia civile; 2. La concezione filosofica del Romagnosi: l'origine della civiltà e delle leggi; 3. Società, Stato, Costituzioni; 4. Per un nuovo diritto delle nazioni. Dal diritto "nazionale" alla comparazione giuridica; 5. Il valore della comparazione giuridica nel complesso processo di formazione del diritto amministrativo; 6. Amministrazione e Atto amministrativo nella comparazione tra sistema giuridico francese e italiano; 7. Romagnosi e la comparazione giuridica. Attualità del suo pensiero; 8. Il futuro antico del metodo comparativo di Gian Domenico Romagnosi.

Abstract

The article is the result of an elaborate multidisciplinary research whose original idea derives from the need to highlight the thought of Gian Domenico Romagnosi in a broad critical perspective. Romagnosi, despite being in fact a leading intellectual in Italian and European juridical-philosophical history, perhaps because of the many speculative interests and the complex nuances that characterize his reflection, has long been the victim of a certain academic oblivion. Romagnosi has a depth that marks him as a great intellectual of the Enlightenment, albeit not exempt from suggestive references to Romanticism, and one of the most active in outlining a theoretical path as well as political practice in order to achieve the institutional unity of the Italian Peninsula. This article agrees with the horizon of studies that Romagnosi wants as one of the founders of contemporary administrative law for having been able to offer a multiple series of ideas to the science of administrative law, such as the notions of "administration" and "administrative act" which still today are able to offer considerable doctrinal insights. It also investigates the Romagnosi promoter of the new criminal law in the decisive connection with the general evolution of the philosophy of law at the dawn of the nineteenth-century national Risorgimento. Finally, the method of analysis used in this research, which stands out precisely for this theoretical result achieved, shows its specific comparative matrix, supporting exactly that juridical-comparative method that the Emilian philosopher has extraordinarily contributed to shaping. The very rich cultural background of Romagnosi, in fact, his legal-philosophical thought, his highly articulated constitutional theory clearly lead the scholar and the reader to grasp the comparative method of Romagnosi as essentially constitutive of his extraordinary intellectual passion.

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

ISSN 2036-7821

1. Gian Domenico Romagnosi e la filosofia civile.

Gian Domenico Romagnosi appare ancora oggi, nonostante un certo oblio documentaristico[1], un notevole rappresentante del pensiero giuridico e delle scienze sociali nei cruciali anni che segnano il passaggio fra il XVIII e il XIX secolo. Egli è certamente una figura dai molteplici contorni speculativi e dalle non poche e complesse sfumature che la storiografia ha giustamente ravvisato nelle sue opere. Questioni ermeneutiche che a lungo hanno alimentato la difficoltà di delineare un'evoluzione organica del suo pensiero[2]. Bruno Brunello sostiene[3] che la figura del Romagnosi rimaneva "*quasi avvolta nell'ombra per la coscienza degli italiani, quantunque si sapesse in via generale chi fosse questo filosofo della storia e del diritto*". Solo con il tempo, a suo avviso, lo si trasse fuori "dalla schiera degli epigoni di Locke o di Condillac", riconoscendolo come revisore critico del sensismo nell'ambito di un'attività scientifica policroma ma unitaria nelle premesse, anche se non nei risultati. La sua opera può dunque essere studiata ed analizzata in maniera complessiva o ripartita in maniera cronologica, ma sempre tenendo conto di questa sua peculiare caratteristica che è altresì all'origine dell'ostracismo e delle incomprensioni subìte dal suo pensiero.

Nato a Salsomaggiore e morto a Milano[4], il Romagnosi attraversa l'epoca delle grandi rivoluzioni e dei rivolgimenti politico-sociali che porteranno il nostro Paese al

[1] Come argutamente rilevato da Fulco Lanchester: "*di Romagnosi si è parlato più di quanto lo si sia studiato, anche per la sua complessità e lontananza. Romagnosi appare, infatti, autore certamente difficile, perché policromo nello spazio e nel tempo*". *Romagnosi Costituzionalista*, AIC, Rivista N°: 4/2011, 08/11/2011.

[2] Come è possibile leggere nel carteggio tenuto tra il R. con il Vieusseux, a proposito dell'ordine con il quale le sue opere dovessero essere lette e studiate, il Vieusseux affermava che: «*Le sue produzioni richiesero da lui molte abnegazioni e debbono ai suoi lettori costare anche qualche fatica*». *A proposito di G.D. Romagnosi e dell'Antologia. Quattro lettere inedite di G.P. Vieusseux. Repertorio dei corrispondenti* di Gian Pietro Vieusseux, a cura di L. Pagliai, Olschki, Firenze 2011.

[3] B. Brunello, *Il pensiero politico italiano dal Romagnosi al Croce*, Zuffi editore, Bologna 1949.

[4] Gian Domenico Romagnosi nacque a Salsomaggiore l'11 dicembre 1761. Studiò giurisprudenza a Parma, ove si laureò ed esercitò la professione notarile. Tra il 1787 e il 1789 fu notaio a Piacenza, in seguito si spostò a Trento, con il ruolo di pretore (1791) e poi di consigliere aulico del Principato (1793), dove finì per trascorrervi tutti gli anni Novanta del XIII secolo, esercitando anche l'avvocatura. Nel 1791 pubblicò in forma anonima la Genesi del diritto penale, un'opera di impronta ancora tutta settecentesca, con al centro il tema della pena, che non soltanto era stato argomento cruciale di dibattito nel corso dell'Illuminismo italiano, ma rappresentava anche la prosecuzione e il frutto di ricerche che, dopo essere state avviate nel Seicento avevano successivamente interessato buona parte della cultura europea. Al ritorno degli austriaci a Trento nel 1799, Romagnosi fu arrestato per alto tradimento, rimanendo in carcere per quindici mesi; tradotto a Innsbruck per la celebrazione del processo come reo di Stato, fu assolto e scarcerato. Quando poi il Tirolo divenne di nuovo francese, gli fu affidato l'ufficio di segretario generale del Consiglio superiore del Tirolo meridionale, presieduto proprio da Pilati – incarico ricoperto per alcuni mesi, tra il 1801 e il 1802, fino a quando ricevette la chiamata dall'Università di Parma a insegnare diritto naturale e pubblico. I primi anni del nuovo secolo videro da parte di Romagnosi grande e sodale partecipazione al progetto napoleonico. Nel 1806 fece parte della commissione incaricata di redigere il codice penale del Regno e subito dopo fu chiamato a Milano dal ministro della Giustizia come consulente scientifico. Nel 1807 passò dall'Università di Parma a quella di Pavia, chiamato come professore di diritto civile; l'anno successivo si spostò definitivamente a Milano per insegnare all'Università ma anche nelle Scuole speciali di diritto

ISSN 2036-7821

Risorgimento. Di formazione illuministica, ma non esente da evidenti e suggestivi richiami nei confronti del Romanticismo, fu tra gli intellettuali più favorevoli e attivi nel delineare un percorso teorico nonché di prassi politica al fine di realizzare l'unità della Penisola italiana; un impegno che gli procurò non poche traversie, non ultima il divieto di insegnare impostogli dagli Austriaci a partire dal 1821 ovvero in seguito all'affermazione del paradigma politico e culturale della Restaurazione. Specializzato in studi giuridici e filosofici fu professore universitario a Parma, Pavia e Milano città nella quale la sua azione intellettuale fu molto viva come testimonia la collaborazione con la rivista patriottica il Conciliatore, poi soffocata dalla repressione austriaca. Arrestato e messo in prigione, venne successivamente assolto per mancanza di prove, ma gli fu proibito l'insegnamento, anche privato.

Romagnosi è considerato a ragione uno dei fondatori del diritto penale moderno (*Genesi del diritto penale*, 1791) ma non di meno uno dei padri del diritto amministrativo e del diritto costituzionale italiano ed europeo. Prescindendo dal tema del libero arbitrio, inteso come libera ma inconsapevole dal punto di vista giuridico manifestazione della volontà individuale, egli considera la pena come un mezzo di difesa per la società dalle spinte centrifughe e individualizzanti. La sua concezione dell'economia rimarca la netta distinzione fra fatti economici e ambito morale, mentre in linea generale la sua idea della politica si attiene alla formula "libero cittadino in libero Stato": ovvero il singolo cittadino è libero nelle sue scelte e nelle sue azioni, ma la sua libertà non deve ostacolare la libertà degli altri individui e

---

ch'egli stesso aveva promosso e fatto istituire. Già nella denominazione del suo insegnamento (*Alta legislazione civile e criminale nei suoi rapporti con la pubblica amministrazione*) si trova espresso con buona sintesi il contributo scientifico offerto dal giurista, all'interno del quale è da sottolineare il suo apporto alla nascente scienza dell'amministrazione in Italia: Romagnosi fu infatti tra i creatori del diritto amministrativo. Dal 1812 al 1814 diresse il «Giornale di giurisprudenza universale», inaugurando una stagione di intensa attività pubblicistica che si protrarrà fino ai suoi ultimi anni.

Nel 1814 era stato trovato dalla polizia, presso un suo allievo implicato nella congiura militare, uno schema di costituzione da lui preparato: lavorava in questo periodo a un'opera, la cui prima parte, col *titolo Della costituzione di una monarchia nazionale rappresentativa*, fu pubblicata anonima nel 1815 con la falsa indicazione di Filadelfia. Romagnosi non volle però affiliarsi alla Carboneria; non poté tuttavia sfuggire, per le indiscrezioni di Silvio Pellico, con il quale collaborava nel Conciliatore, all'accusa di non aver denunciato i cospiratori; arrestato e inviato a Venezia, fu poi assolto per difetto di prove legali il 10 dicembre 1821 e ritornò a Milano, ove gli fu tolta l'autorizzazione a insegnare. L'inazione e la povertà, a cui era costretto dall'Austria, non gli fecero venir meno la fede nella causa liberale e nazionale. Povero, infermo per un attacco di emiplegia che lo aveva colpito nel 1812, visse gli ultimi dieci anni di vita del suo lavoro letterario e forense. Collaborò alla Biblioteca italiana, agli Annali di statistica, all'Antologia.

Ottenne comunque inizialmente la licenza di insegnare privatamente; fra gli allievi più ragguardevoli di questo periodo si annoverano personaggi come Carlo Cattaneo, Cesare Cantù, Giuseppe Ferrari. Al centro della sua riflessione osserviamo la ricerca per un ordinamento complessivo dello Stato che egli immaginava sotto forma di monarchia costituzionale, ossia rappresentativa e nazionale (secondo il titolo dell'opera del 1815, fatta circolare anonima e in forma clandestina). Quando non poté insegnare più neppure privatamente, si dedicò per intero all'attività pubblicistica, proseguendo la collaborazione a riviste quali la «Biblioteca italiana», «Il Conciliatore», l'«Antologia» e soprattutto impegnandosi, a partire dal 1827, negli «Annali universali di statistica», fondati di recente (1824), e a cui per anni offrirà un contributo regolare. Muore a Milano l'8 giugno 1835.

ISSN 2036-7821

le prerogative della sovranità dello Stato. Una concezione nella quale, sul solco del giusnaturalismo, l'azione del cittadino deve conciliarsi con le esigenze della giustizia e della ragione. Egli è convinto assertore della necessità storica dell'Unità d'Italia, la ritiene realizzabile solo sulla base di una solida morale pubblica e di interessi generali ben individuati e concreti che andranno ad armonizzarsi con istituti giuridici non dedotti dalla mera teoria ma adeguati alla concreta realtà sociale. Ciò in ragione dell'idea che egli aveva a proposito del progresso antropologico. Le condizioni ideali di sviluppo si realizzano infatti, secondo Romagnosi, solo nel fondamento "*dell'ordine morale e della ragione*"; funzione del legislatore è dunque quella di utilizzare al meglio le azioni espresse dalle forze presenti nella società. Conseguentemente egli inclina verso una monarchia temperata che concili i principi della libertà naturale con quelli della giustizia e della ragione così come specificato nell'opera postuma *Scienza delle Costituzioni*, pubblicata nel 1848.

Come filosofo fu un convinto assertore della necessità di una filosofia civile sulla scia del Vico e del Cuoco, ovvero propugnatore di un pensiero argomentativo che riflettesse sull'essere umano nella sua concreta evoluzione storico-sociale, combinandone la dimensione morale a quella giuridico-politica ed economica, alla ricerca di un'identità non solo nazionale ma che fosse in grado di guardare alla dimensione territoriale[5] del nuovo cittadino. A dimostrazione della straordinaria forza intellettuale del Romagnosi troviamo l'interesse verso argomenti scientifici, come gli effetti magnetici delle correnti elettriche che confermano il nostro quale fulgido esempio di intellettuale a tutto tondo, eclettico e rigoroso nel suo impegno civile. Lo stesso Romagnosi ebbe a definire la propria riflessione una «civile filosofia», entro la quale si individuano i due temi principali della Costituzione e dell'incivilimento dei popoli[6]. In lui la concezione napoleonica dello Stato come strumento di educazione e di progresso umano trovò un degno interprete (tra i pochi nel panorama intellettuale della Penisola), allo scopo di dare inizio ad una autentica tradizione di pensiero politico nazionale. *Nell'Introduzione allo studio del diritto pubblico universale* (1805) seppe costruire un sistema di diritto universale ma allo stesso tempo calato nelle tante realtà geopolitiche dell'Italia pre-risorgimentale. *Nell'Assunto primo della scienza del diritto naturale* (1820) il Romagnosi descrive un diritto naturale per cui i supremi principi della ragione giuridica naturale prendono forma e significato diverso a seconda dei tempi, dei luoghi, delle condizioni di civiltà

[5] Tale impostazione ebbe notevole riscontro nel XIX secolo andando a influenzare personaggi quali Carlo Cattaneo e la sua scuola.

[6] "*La legge naturale di socialità è l'asse attorno a cui ruota tale filosofia e l'incivilimento è il fine naturale della società*". Quest'ultima per il Romagnosi è un dato naturale, dunque la sua è una posizione anti-contrattualistica. Anche la sua dottrina della conoscenza, consegnata a scritti apparsi in età matura si basa su un fondamentale naturalismo. Si veda G.D. Romagnosi, *Dell'indole e dei fattori dell'incivilimento con esempio del suo Risorgimento in Italia*, Milano 1832.

ISSN 2036-7821

in cui essi vengono applicati: a dimostrazione di una straordinaria e innovativa sensibilità verso la comparazione giuridica. Le sue ricerche e le numerose intuizioni culturali rispondono alla necessità della fondazione di una filosofia civile rispondente alle esigenze dello stato nazionale moderno, per la quale la teoria dei diritti dell'uomo doveva essere integrata con la dottrina dell'umanità e della nazione. Ecco perché per il Romagnosi filosofia e storia, stato e diritto, economia e morale erano invocati e associati a dar vita, direzione, giustificazione al moto storico diretto alla formazione dello stato-nazione[7]. A Romagnosi va il merito, non certamente secondario, di avere inoltre introdotto nella cultura italiana la disciplina della statistica mentre nelle sue opere l'eco del pensiero dei maggiori esponenti dell'Illuminismo meridionale, da Antonio Genovesi a Gaetano Filangieri, è viva, e ben esemplificativa degli intrecci fecondi allacciati dall'Illuminismo lombardo con il resto della cultura italiana. Ricche e articolate anche le componenti europee della sua formazione, quella francese innanzitutto – da Étienne Bonnot de Condillac a Montesquieu –, ma anche quelle di area tedesca.

Occorre rilevare come, in particolare dal punto di vista giuridico, Romagnosi non venne considerato rilevante dagli specialisti sia del diritto costituzionale che del diritto amministrativo successivi agli anni '80 del secolo XIX. Egli venne valutato essenzialmente come un filosofo del diritto, un teorico generale antiquato rispetto alla impostazione idealistica della filosofia del diritto, non adatto né alla scienza del diritto costituzionale, né a quella del diritto amministrativo, entrambe basate sulla finzione giuridica della personalità statuale di derivazione tedesca. D'altro canto, è indubbio che nella sua vicenda biografica e intellettuale esista una incongruenza: si tratta infatti di un autore che ha avuto molteplici frequentazioni ed allievi "radicali" (si pensi al Cattaneo), ma la sua opera costituzionale più nota è apparentemente una giustificazione della *monarchia nazionale rappresentativa*, che formalmente ha dato luogo al compromesso unitario del 1861. Altresì si incorrerebbe in un grave errore se si tacesse di un elemento sostanziale del suo pensiero, ovvero il fatto che egli, come pochi in Italia, rappresenti in maniera esemplare la figura di un giurista europeo con una visione globale ed aperta alle nascenti scienze politiche. Caratteristica che si evince nettamente nella sua riflessione sulla necessità di dare forma e vita a nuove burocrazie nelle amministrazioni pubbliche, delineare ovvero quella "classe illuminata di gestori" come nucleo sostanziale della macchina statuale.

[7] Altre opere degne di menzione sono: *Dell'insegnamento primitivo delle matematiche* (1822); *Della condotta delle acque* (1822-25); *Che cos'è la mente sana*? (1827); *Della suprema economia dell'umano sapere* (1828); *Vedute fondamentali sull'arte logica* (1832); *Dell'indole e dei fattori dell'incivilimento* (1832). Mentre tra le opere postume ricordiamo: *Ricerche sulla validità dei giudizi del pubblico a discernere il vero dal falso* (1836); *Consultazioni forensi* (1836-37); *Istituzioni di civile filosofia ossia di giurisprudenza teorica* (2 voll., 1839); *Della vita degli stati* (1854); *Diritto naturale politico* (1845); *La scienza delle costituzioni* (1847).

ISSN 2036-7821

2. La concezione filosofica del Romagnosi: l'origine della civiltà e delle leggi.

Formatosi sui classici del giusnaturalismo e dello scientismo del XVI e del XVII secolo, da Grozio a Bodin, egli venne fortemente influenzato dal pensiero sensista di Condillac, Mably e dall' "evoluzionismo" di Bonnet, ma anche dai sistemi filosofici di Kant ed Hegel. Appare oltremodo doveroso, inoltre, menzionare il non marginale influsso che la filosofia di Giambattista Vico ha avuto sulla formazione dello studioso emiliano. Si tratta di una pluralità di suggestioni ed influssi successivi che egli rielabora in un'ottica originalissima nella quale è possibile osservare come l'impegno teorico intrapreso si orienti in modo inequivocabile ai fini di una riforma complessiva dell'organizzazione politica e giuridica dell'Italia post-napoleonica. Per un verso, in lui vive ancora l'entusiasmo per lo spirito illuministico incarnato dalla Rivoluzione dell'89 e da Napoleone: incivilimento, universalismo dei diritti, pedagogia dei codici giuridici, riforme sociali e massoneria sono fari sempre presenti nelle sue dissertazioni; d'altro canto, il sentimento nazionale di cui si fa portatore, pur riconoscendo la gratitudine a quella Francia e al suo illuminato passato, non può non sfociare, con gli scritti ma anche con l'azione politica in una viva critica nei confronti della parabola napoleonica, che raffigura Napoleone come il più grande traditore degli ideali rivoluzionari.

Sin da giovane ricercatore egli ritenne che la riflessione filosofica dovesse rappresentare lo strumento privilegiato di conoscenza e di cambiamento delle società umane. Una visione in cui teoria e dottrine dovevano necessariamente sfociare in arte di governo e d'incivilimento dei popoli[8]. A tal proposito occorre sottolineare come nella descrizione dei percorsi d'incivilimento egli si ponga alla ricerca di un difficile compromesso tra Giusnaturalismo e Romanticismo. Nella Seconda lettera al Vieusseux[9] egli rileva che la filosofia civile dispone di elementi logici e morali universali, i quali si concretizzano in azioni che concorrono agli interessi degli esseri umani: sorgono così precetti, teorie, assiomi che tendono ad accordare l'uomo interiore con l'uomo esteriore, ovvero l'individualità con la socialità. Da ciò il

[8] Il saggio di Romagnosi *Dell'indole e dei fattori dell'incivilimento con esempio del suo risorgimento in Italia*, del 1832 si inserisce nell'ampio spettro di temi che il giurista romagnolo affronta nell'ultimo periodo della vita. Ormai anziano, egli lavora all'elaborazione d'una civile filosofia nella quale un posto rilevante occupano la ricerca dei fattori dell'incivilimento ed i problemi connessi all'origine e allo sviluppo delle società umane. Per Romagnosi, l'incivilimento è «un dato complesso di funzioni degli umani consorzi posti in dati luoghi, sotto dati climi e con dati mezzi, per cui si vanno effettuando le condizioni di una colta e soddisfacente convivenza». Aggiunge «L'incivilimento assomiglia a quella potenza vegetabile atteggiata dall'agricoltura [...] La terra nativa si presenta come una gran selva, con grandi deserti ed acque sbrigliate. Tutti i popoli cosiddetti selvaggi [...] si possono assimigliare ai vegetabili nati, cresciuti e propagati senz'arte. Quei consorzi per lo contrario che escono dalla sfera più o meno uniforme della vita selvaggia, e vivono con dati ordini [...] e con date tradizioni, diconsi più o meno dirozzati. Quando poi convivono in consorzi stabili con le condizioni già annoverate, diconsi più o meno civili [...] Il possesso di queste condizioni forma l'incivilimento».

[9] *Quattro lettere inedite di G.P. Vieusseux. Repertorio dei corrispondenti di Gian Pietro Vieusseux*, op. cit.

ISSN 2036-7821

Romagnosi ne deriva una antropologia anti-dualistica, anti-platonica se vogliamo, che vede nell'essere umano una "*complessiva unità armonica e attiva*", in cui le molteplici forze fisiche e morali concorrono ad una unità di senso che sia orientata, in ultima istanza, alla concretezza del vivere. Egli ambisce a conoscere "*l'uomo di fatto e non l'uomo speculativo*" e per riuscirci afferma che occorre abbandonare l'eccessiva speculazione a favore dello studio e della conoscenza delle tradizioni e delle leggi che regolano da sempre i consorzi umani nella loro lenta e peculiare evoluzione. Si tratta di capire che dalla necessità della natura segue la necessità, per l'essere umano, di fornirsi di giusti e adeguati strumenti alla ricerca del benessere individuale e sociale. Tra gli strumenti privilegiati il Romagnosi individua le leggi e la dottrina giurisprudenziale: le giuste leggi altro non sono che l'espressione di tale necessità e il «*legislatore non è autore ma banditore di queste necessità ed esecutore dei loro comandi*». Si osserva qui una sorta di predominio della natura sui consorzi statali: non disdegna infatti il Romagnosi in più occasioni di comparare la società ad un edificio "ben architettato" che abbia le sue fondamenta proprio nelle leggi naturali. Il fine dell'edificio statale, il fine della vita morale, è l'equilibrio tra le forze contrastanti e centrifughe così come avviene nella vita fisica in cui l'organismo opera per armonizzare le molte forze confliggenti. Compito dei politici, della classe politica, è ad avviso del Romagnosi riflettere e operare sulla base di una simile concordanza tra vita fisica, naturale e vita morale, sociale[10].

In particolare, sullo Stato di natura egli sottolinea una drastica delimitazione della concezione dello stato primitivo. L'incivilimento, infatti, non abbraccia i popoli "selvaggi", tra i quali vi è solo un "vivere accompagnato". Essi di per sé stessi non possono andare "al di là di una certa sfera", pertanto le possibilità dello sviluppo non sono intrinseche, inevitabili poiché sussistono condizioni materiali che limitano, costringono, indirizzano, racchiudono il cammino dei diversi popoli e rendono impossibile un loro autonomo ed indipendente cammino lungo la strada dell'incivilimento. Una visione, questa, che ha suscitato a lungo una certa difficoltà teorica a proposito dell'opportunità o meno di inserire il suo pensiero in una specifica corrente filosofica. Il punto di partenza, che rappresenta una difficoltà gnoseologica in merito ai percorsi di incivilimento è per Romagnosi, così come per il suo allievo Cattaneo, quello relativo alla definizione delle leggi che regolano lo sviluppo della mente umana. Scegliendo un punto di vista progressivo a proposito della storia - che per molti versi prelude al Positivismo - entrambi si accostano alle vicende dei popoli come ad un laboratorio "vivente", convinti che nella storia umana il pensiero si dispieghi come atto sociale. Ciò spiega perché nel quadro documentario e concettuale proposto dal R. la conoscenza dei popoli antichi e dei primitivi

[10] Per approfondimenti sul tema si veda l'ottimo, se pur datato, saggio di E. Catellani, *Gian Domenico Romagnosi,* Premiate officine Grafiche Carlo Ferrari, Venezia 1935.

ISSN 2036-7821

contemporanei non solo viene ad assumere, per la prima volta in Italia, rigore scientifico, ma inaugura pure quel metodo analogico-comparativo che troverà la sua applicazione compiuta, poco dopo, all'interno dei paradigmi teorici dell'evoluzionismo. Romagnosi non crede alla nascita plurima ed indipendente, in luoghi separati e tra genti diverse, dell'incivilimento. Nella sua elaborazione la polemica contro ogni concezione metafisica della storia è perciò costante, un pensiero che lo approssima, ma allo stesso tempo lo distingue, dalle teorie di Giambattista Vico: per Romagnosi l'incivilimento dipende interamente da fattori terreni e materiali: naturali prima, sociali poi[11]; per Giambattista Vico si tratta di comprendere che tali elementi si connettono con un progetto provvidenzialistico, di natura certamente spirituale. Nella sua distinzione dal Vico si ha pertanto l'occasione di pensare al Romagnosi come all'intellettuale impegnato nella ricerca e nella correlazione di molte discipline: filosofo della politica e del diritto, teorico generale, dottrinario dello Stato, penalista, costituzionalista, amministrativista, statistico sociale, economista, scienziato della politica e delle relazioni internazionali; un insieme di spunti teorici che necessitano da parte di coloro che si approcciano ai suoi testi una indispensabile visione generale per contrastare il rischio di parcellizzarne il pensiero. Nella *Genesi del diritto penale*[12] e nelle successive *Cos'è uguaglianza e Cos'è libertà*[13] egli applicò, ad esempio, il metodo analitico allo studio delle penalità contro le astrazioni contrattualistiche e tardo illuministiche, a dimostrazione che il Romagnosi abbia rappresentato da un lato un ponte tra l'Illuminismo del secolo XVIII e il Romanticismo del XIX, dall'altro l'indirizzo del costituzionalismo francese dalla Rivoluzione alla Restaurazione e, infine, una rinnovata esigenza interdisciplinare che sfociasse nell'istituzione delle moderne scienze politiche[14].

[11] Facendo propri i concetti romagnosiani di nativo e dativo, Cattaneo accentua il ruolo giocato dai contatti tra i diversi popoli nel processo di incivilimento. Introduce inoltre con forza il presupposto vichiano dell'identità psichica degli uomini, con- giunto alla fiducia nella consolante dottrina del progresso. (Cattaneo 1839). L'uomo è dunque collocato al centro dei fenomeni sociali, culturali, linguistici. E l'indagine acquista spessore e profondità: riguarda infatti la contraddizione tra la postulata eguaglianza intellettuale e la disparita dello sviluppo. Gli stati sociali che per Romagnosi si limitavano a registrare come dati dell'accidentalità storico-geografica, si fanno per Cattaneo l'oggetto stesso dell'analisi ed insieme lo stimolo ad inda- gare più a fondo, con lo scopo di investigare perché presso alcuni popoli la mente "sembri dormire invincibil sonno", mentre in altri si venga configurando quello "splendido privilegio" che è il pensiero scientifico ed in altri ancora le conquiste di civiltà siano solo un remoto ricordo. Si veda S. Puccini, *Balbi, Romagnosi e Cattaneo. Sulla nascita dell'antropologia italiana del secondo Ottocento,* La Ricerca Folklorica, No. 24, Artisti, icone, simulacri. Per una antropologia dell'arte popolare (Nov., 1991).

[12] *Genesi del diritto penale*, 1791

[13] Opere pubblicate tra il 1791 e il 1793 anche a seguito delle suggestioni provenienti dalla Rivoluzione francese in atto.

[14] "*Simili profili non potevano essere considerati favorevolmente nella seconda parte dell'800, quando nasce la scuola giuspubblicistica italiana di tipo positivistico. Gli stessi contorni metodologici di Romagnosi costituivano elementi che non potevano essere accettati facilmente da giuristi e filosofi del diritto pervasi dall'idealismo nel periodo fra le due guerre, né dai giuristi positivi o dalla nascente scienza sociale e politica comportamentista nel periodo successivo al secondo dopoguerra*". F. Lanchaster, *Romagnosi Costituzionalista*, AIC, Rivista N°: 4/2011, 08/11/2011.

ISSN 2036-7821

3. Società, Stato, Costituzioni.

Il Romagnosi non si sottrae alla riflessione sull'origine delle società umane, come lo spirito dei suoi tempi richiedeva agli intellettuali. Egli si rivolge all'idea di contratto sociale allontanandosene dalle implicazioni più radicali[15]. Per Romagnosi la società, oltre che orizzonte imprescindibile per la natura razionale dell'uomo, si fa diritto e dovere "vivente" poiché essa è indispensabile per il conseguimento di quegli stessi fini razionali che devono guidare le azioni umane. In tal senso le società sono l'esito di una necessità naturale, connaturata appunto all'essere umano, un tutto collettivo in cui volontà e azione mirano alla creazione di una unità di fondo. Per queste ragioni egli trae spunto da Rousseau, laddove condivide le tesi del filosofo ginevrino sulla concezione che vuole le società organismi nei quali si riuniscano forze allo scopo di salvaguardarsi, ma se ne allontana poiché non approva che da quelle forze, se pure necessarie, si debba pervenire ad una alienazione dei diritti individuali della persona[16]. L'idea di società appare così al Romagnosi come una realtà di fatto e non un ente mitologico o sovraindividuale; le sue dinamiche relazionali devono conformarsi all'individuo senza dominarlo né escluderlo, sottraendone infine la sovranità. L'origine della sua concezione dimostra certamente un "carattere individualista" ma non si frantuma nel prisma delle singolarità in quanto l'ordine morale della ragione è sufficiente a garantire la formazione di un corpo sociale unitario. La società, col concorso di tutti i suoi membri deve promuovere il benessere dell'individuo e il suo più proficuo perfezionamento. E' questa la genesi di quella idea di società tipica del Romagnosi, come strumento da perfezionare per il raggiungimento dei fini puramente individuali. Potremmo ritenerci soddisfatti ma è lo stesso Romagnosi a indicare le difficoltà di tale percorso: appare sorgere qui un certo dualismo tra individuo e collettività. L'individuo ha fini propri che possono confliggere con gli strumenti che le società attuano per garantire i fini di tutti gli individui. Una apparente contraddizione che è figlia del tempo del Romagnosi sempre in bilico tra esaltazione dell'individuo e ri-scoperta della dimensione organica delle società umane; si tratta di due indirizzi politico-culturali paralleli che

[15] Si fa qui riferimento alla ideologia del Giacobinismo.

[16] Il contratto sociale non può essere accettato in toto, afferma Romagnosi, poiché «l'unione è limitata allo scopo…l'unione sociale non è un'unione di ammortizzazione, ma è un'unione di commercio e di soccorso, essa importa un ricambio di servizi protetta dalla forza comune…la nazionale sovranità, dunque si deve riguardare come il potere di tutto un popolo diretto alla più felice conservazione degli individui». G.D. Romagnosi, *La Scienza delle Costituzioni*, pag. 346. Il principio individualista dominante nella filosofia del tempo, a cui Romagnosi non poté sottrarsi obbliga il giurista a dimostrare come l'individuo agendo per propri fini ed interessi si uniformi al suo bisogno di socialità. «la legge dell'interesse è così assorbente ed imperiosa per gli uomini, come la legge della gravità è assorbente ed imperiosa per i corpi».

ISSN 2036-7821

possono condurre però a opposti esiti: per un verso si rafforza il diritto dell'individuo nello Stato, ma quest'ultimo in rappresentanza giuridica della società viene consolidato dalla universale e naturale origine di tutti i diritti. Romagnosi rigetta i due principi rousseauiani sintetizzabili nella formula: nell'individuo tutti i diritti, nel corpo sociale tutta la sovranità. Infatti, non tutti i diritti, sostiene, sono nell'individuo perché esistano i diritti specifici della società: l'individuo non ne aliena e lo Stato ha il dovere di garantire i diritti individuali. Solo in questo modo è possibile pervenire ad un equilibrio dinamico che ci possa mette al riparo da esiti liberticidi, nel quale i diritti del singolo e la sovranità dello Stato si alternano e si completano.

Ma cos'è lo Stato per il Romagnosi? *Nell'Assunto primo della scienza del diritto naturale*, egli afferma chiaramente che esso è la realizzazione - secondaria rispetto alla originale e naturale relazionalità sociale tra gli uomini - della necessità di un potere coattivo indispensabile, «illuminante e costringente». Un potere che assomma il governo dei popoli e la loro sovranità, la quale appartiene alla nazione nella sua interezza, laddove il governante ne personifica il valore essendo sottomesso rispetto al corpo collettivo del popolo, poiché non è mai lecito, come tiene a ribadire, che un Principe s'opponga alla volontà popolare, anche nel caso la sua opposizione fosse ragionevole. Appare per questo evidente come la sovranità spetti pienamente al popolo organizzato come Stato-nazione e il governo sia il tutore di tale connubio al fine di esprimere un ente statale che non solo sia tutore della sicurezza dei cittadini e garante dei diritti individuali ma anche, al fine di completare l'opera di incivilimento, promotore di alti fini etici di perfezionamento in ambito economico, morale e politico. Lo Stato viene qui pensato non secondariamente come una diffusa e complessa struttura educativa, che nel suo dispiegarsi su più livelli garantisce un'organizzazione unitaria per la promozione della prosperità sociale. Nella sua idea di Stato egli accoglie pertanto la distinzione fra diritti originari e diritti acquisiti ponendo l'individuo dinanzi alla struttura statale in una modalità autonoma che innesca una obbligazione reciproca: si costituisce un rapporto giuridico tra due soggetti di diritto e non un rapporto di mero fatto tra un soggetto capace solo di diritti ed uno capace solo di obblighi, come era stato concepito dalla scienza del diritto romano[17].

Nell'opera *La Scienza delle Costituzioni*, pubblicata nel fatidico anno 1815, egli afferma che uno Stato civile e felice debba poter contare su una "monarchia nazionale rappresentativa" – denominata anche come "*repubblica nazionale rappresentativa*". Forme di governo, queste, sancite dalle carte costituzionali[18]. Le Costituzioni sono la

[17] Per approfondimenti sul tema si veda C. Forresu, *Individuo, società e Stato nella filosofia del Romagnosi,* Milano 1937.

[18] Si veda sul tema C. De Pascale, *Stato e Costituzione in G.D. Romagnosi*, in A. De Benedictis, *Costruire lo Stato, costruire la storia: politica e moderno tra '800 e '900*, Bologna, 2003, 31.

ISSN 2036-7821

sola garanzia che i cittadini e i popoli dispongono per tutelarsi dal dispotismo: «*Essa è una legge che un popolo impone ai suoi governanti onde tutelare sé stesso contro il loro dispotismo*»[19]. Nel suo ragionare le costituzioni rappresentano una sorta di correzione del potere e delle forme di governo, una correzione alla stregua di un meccanismo utile a perfezionare, come un congegno giuridico, i meccanismi interni del governo. In relazione alla costituzione, per quanto riguarda i governi, si possono prevedere pertanto: un principato dipendente dalla nazione e indipendente da qualsiasi altro corpo statuale; una rappresentanza nazionale eletta dai cittadini che concorra a fare le leggi; un protettorato politico indipendente dal principe che non fa leggi né amministra la giustizia ma assiste la nazione affinché si promulghino le leggi; infine, un senato conservatore per la tutela dello Stato e della costituzione. L'architettura costituzionale da lui delineata si configura come una grande opera di assestamento tra il potere delegato che amministra, il potere che controbilancia le ambizioni del sovrano e la medesima sovranità dei popoli. Per Romagnosi, in ultima analisi, le costituzioni non sono altro che lo strumento più efficace per fare coesistere e ammortizzare i contrasti inevitabili tra il "potere divino" del monarca e la sovranità popolare. Un equilibrio delicatissimo che non è possibile improvvisare essendo frutto di anni di evoluzione, di studio che devono condurre la Scienza delle costituzioni alla creazione di istituti costituzionali in grado di rappresentare la base stessa della sovranità nazionale, abolendo i poteri dispotici dei monarchi e correggendo eventuali dispotismi delle minoranze. Le costituzioni così elaborate saranno il migliore strumento amministrativo possibile in mano ai governanti.

4. Per un nuovo diritto delle nazioni. Dal diritto "nazionale" alla comparazione giuridica.

Come osservato da taluni[20] Romagnosi fu un intellettuale militante e tuttavia non fu mai un intellettuale meramente concentrato sul presente. Le molteplici articolazioni del suo pensiero, non raramente contraddittorie, ci avvertono che la sua militanza è stata invece sempre connessa con una radicale profondità di riflessione, frutto del tempo in cui egli ha agito e di una forte pulsione morale e civile volta a trasformare la realtà. Prova ne è la sua appartenenza alla massoneria che ne sancì lo slancio ideale e la fermezza dell'azione riformatrice. In questa prospettiva Romagnosi ha rappresentato senza alcun dubbio un ponte di collegamento tra il Settecento e l'Ottocento, tra le idee del secolo dei Lumi e quelle del secolo della nazionalità e del positivismo. Per rinvenire un filo unitario nelle molte fasi del suo pensiero che leghino il primo periodo della sua attività (caratterizzata da un lato dalla *Genesi del diritto penale -1791-* e dal *Diritto pubblico universale* -1805), dove vengono rielaborate

[19] G.D. Romagnosi, *La Scienza delle Costituzioni*, opera postuma, Nabu Press, 2012.

[20] Fulco Lanchester e Carlo Curcio: per quest'ultimo si faccia riferimento al "*Il genio politico di G.D. Romagnosi*", in Atti del convegno di studi in onore di Gian Domenico Romagnosi nel bicentenario della nascita (Salsomaggiore-1761-Milano 1835), in "Studi parmensi", X, Milano, Giuffrè,1961.

ISSN 2036-7821

suggestioni settecentesche e il secondo in cui, sulla scia vichiana, si occupa dell'*Indole e dei fattori dell'incivilimento* (1832) è pertanto indispensabile individuare il criterio intellettuale che incide sulle parti del suo pensiero e, quindi, anche sulla sua concezione del diritto, costituendo esso l'elemento invariante rispetto ai problemi che la storia ha comportato nella vicenda personale e scientifica del Romagnosi[21]. Tale criterio non può, a mio avviso, non ravvisarsi nella considerazione che tutte le ricerche filosofiche, per il Romagnosi, comprese quelle dirette alla scrittura giurisprudenziale si compendiano e si risolvono nella Filosofia civile.

In sostanza, Romagnosi parte dall'individuo ed ascende, attraverso lo studio delle leggi che regolano il corso del suo perfezionamento ed incivilimento nella vita associata, sino alla contemplazione dell'uomo collettivo, cioè della società civile in modo da "*indovinarne le leggi*", per poi dedurre da tali leggi dei "*canoni di educazione individuale e sociale, onde illuminare, sospingere e tutelare tanto gli individui che le nazioni*".

La filosofia civile del Romagnosi, che potremmo tradurre in termini contemporanei come filosofia politica in senso generale o come dottrina dello Stato in senso applicativo, raccoglie in sostanza la sapienza dell'umanità sulla base dell'analisi scalare della Dottrina della ragione (ovvero il problema critico della conoscenza); Dottrina dell'umanità (studio filosofico della storia); Dottrina della civiltà (problema del perfezionamento e dell'incivilimento umano);

Nell' *Introduzione allo studio del Diritto pubblico universale* (1805) Romagnosi evidenzia in maniera significativa come il concetto di ordine, connesso a quello delle leggi, potesse essere considerato come il principio fondamentale dell'azione umana per cui, di fronte ai principi astratti di libertà e di eguaglianza, l'ordine presuppone che differenti parti di una macchina[22] cooperino al perseguimento del necessario risultato. Ovvero l'esigenza di ordine rilevabile in natura è trasferita dal Romagnosi nelle discipline morali e politiche, cosicché la conoscenza dell'ordine naturale e di quello sociale e politico risultano fondamentali per il singolo, ma in particolare per chi abbia responsabilità di comando e di scrittura-applicazione delle leggi. L'ordine

[21] Nell'ambito del diritto costituzionale, in quanto area in cui vengono articolati diritti e libertà dei componenti del *dem*os e l'organizzazione istituzionale che le assicura, Romagnosi non poteva avere un ruolo diretto di azione, se non per il breve periodo napoleonico. Egli fu sostanzialmente un filosofo del diritto e della politica e un dottrinario dello Stato. Fu, invece, giurista positivo come magistrato a Trento e in seguito avvocato e consulente. L'opera sul diritto penale è, ad esempio, quella di un operatore del diritto. Per quanto riguarda il diritto costituzionale il suo approccio non poté che essere più generale, perché condizionato dall'ordinamento cangiante ed in ebollizione del periodo rivoluzionario e della restaurazione. Tuttavia, risulta evidente che il diritto costituzionale positivo non possa essere scisso da principi e valori, perché è da questi che l'elemento tecnico giuridico trova l'afflato per una opportuna elaborazione. In sostanza le basi filosofiche del diritto costituzionale costituiscono una precondizione per l'effettuazione della attività del costituzionalista, cosicché la consapevolezza e l'esplicitazione delle stesse risultano indispensabili per l'attività dello stesso giurista positivo. Si veda sul tema in questione il già citato saggio del Lanchester.

[22] Romagnosi predilige sovente un linguaggio con metafore tipiche della filosofia politica del XVII e del XVIII secolo desunte dalle terminologie delle nuove scienze meccaniche.

ISSN 2036-7821

teoretico, ovvero quello che dispone le azioni al fine e quello pratico, che ordina le cognizioni ed i voleri alle azioni, devono interconnettersi mentre la politica, ovvero l'arte di esecuzione, dovrebbe - a suo avviso - essere collegata e sottomessa alle regole del diritto rigoroso.

La questione del rapporto diritto-politica sembrerebbe quindi risolto con una sottomissione del secondo termine al primo e, tuttavia, questo risulterebbe certamente vero solo nelle situazioni socio-politiche codificate. Il centro dell'antropologia politica e giuridica romagnosiana si basa su una gnoseologia in cui soggetto ed oggetto reagiscono secondo il principio dell'azione-reazione per la conoscenza dell'ordine naturale, sociale ed umano. L'esito dell'incontro di soggetto ed oggetto, che nel campo sociale e giuridico costituisce una teoria di relazioni di ordine, conducono le azioni a svolgersi in modo armonico al fine della felicità individuale e collettiva, connettendosi con lo sviluppo dell'incivilimento e, quindi, impostando i principi ed i valori cardine su cui si sviluppano le scelte giuridico-politiche[23]. Il rapporto tra società civile, istituzioni e norme legislative vede così il Romagnosi proporre uno schema generale in cui inserire la realtà effettuale cui adattare gli strumenti volti al perseguimento del fine predetto della felicità individuale e collettiva.

La sua visione di un ordine libero che compendi libertà ed uguaglianza, richiama senza dubbio all'armonia classica del giusto mezzo con il contemperamento dei due livelli altrettanto classici dell'eguaglianza di diritto e dei rapporti di potere di fatto, che nella filosofia politica e nella dottrina dello Stato evidenziano il criterio di legittimità da un lato e della forza dall'altro. Essi risultano concretizzarsi nello stato dei rapporti sociali dei vari ordinamenti e nel grado di incivilimento degli stessi[24].

5. Il valore della comparazione giuridica nel complesso processo di formazione del diritto amministrativo.

[23] E' evidente che una simile concezione, che già nella *Genesi del diritto penale* aveva dato vita alla concezione della *difesa sociale*, tende ad applicare gli stessi metodi delle scienze della natura alla scienze umane. La vita sociale e politica degli stati scaturisce per il Romagnosi dal rapporto tra attività individuale e sociale in una mobilità e varietà dell'oggetto, che deve essere opportunamente studiata sulla base del dato empirico, analizzato secondo la dinamica compotenziale e il criterio del pervenimento allo sviluppo armonico. Sul tema si veda F. Lanchester, op.cit.

[24] Una simile visione appare coerente, ma non certamente originale rispetto all'epoca in cui agisce il Romagnosi. Carl Schmitt, ne' *Die geistesgeschichtlichelage des heutigen Parlamentarismus*, ha acutamente messo in evidenza che dal XVI secolo in tutti gli ambiti della vita spirituale dell'uomo dominano tutti i possibili generi di equilibri: dalla bilancia commerciale nell'economia politica all'equilibrio europeo nella politica estera, dall'equilibrio cosmico di attrazione e repulsione all'equilibrio delle passioni in Malebranche e Shaftesbury, fino ad arrivare all'equilibrio alimentare di J.J.Moser. L'equilibrio ha dietro di sé una concezione etico-spirituale del giusto mezzo e della moderazione che risale all'Etica nicomachea di Aristotele e si connette con il progressivo avvento della borghesia, riversandosi sulla teoria dello Stato e della costituzione con la riproposizione del governo misto.

ISSN 2036-7821

Romagnosi vive nell'epoca cruciale della Rivoluzione francese e della successiva epoca napoleonica, un passaggio storico che per la filosofia del diritto ha significato molteplici novità tra le quali occorre sottolineare l'avvento del diritto amministrativo moderno[25]. Il Romagnosi si inscrive nella corrente giuridica che ritiene il diritto francese esercitare un duplice ruolo: quello di modello cui tendere e quello di rappresentare uno strumento concreto da applicare direttamente in altre realtà sociali e nazionali[26]. Egli comprende che il diritto amministrativo[27] sorge assieme allo Stato moderno quale scienza delle istituzioni, osservando come già la Rivoluzione francese, dalla quale si suole datare l'inizio dello Stato moderno, era stata preceduta da una profonda modificazione degli istituti amministrativi propri dello stato assoluto, da cui, infine, l'oggetto della nuova scienza fu precisamente l'amministrazione dello Stato.

In principio vi era dunque un conflitto di giurisdizione fra il giudice ordinario e il neonato giudice dell'Amministrazione interno al potere esecutivo. Per dirimerlo, si potrebbe dire con non errata enfasi che Gian Domenico Romagnosi ha inventato il

[25] Tra tutte le nuove categorie dogmatiche formalizzate dal pensiero giuridico nel corso del secolo Diciannovesimo, quella di diritto amministrativo è ancora una di quelle più problematiche da definire. Le incertezze che da sempre hanno diviso i giuristi di diritto positivo e gli studiosi di teoria generale nel definire esattamente l'oggetto di questa branca giuridica, si riverberano ampiamente nell'ambito dei modelli storiografici proposti per render conto delle sue origini e delle sue modalità di sviluppo. A chi si dedichi perciò al tentativo di comprendere una dottrina d'inizio Ottocento autodefinentesi appunto come amministrativistica incombe l'obbligo di intraprendere l'approfondimento del significato che si sceglie di attribuire all'espressione stessa di diritto amministrativo, senza naturalmente pretendere con ciò di risolvere un problema su cui la dottrina si è a lungo affaticata, e che pare oggi più aperto che mai. Si veda L. Mannori, *Uno Stato per Romagnosi, La scoperta del diritto amministrativo*, Giuffré Editore, Milano 1987.

[26] L'osservazione sulla valenza esemplare del diritto amministrativo francese ha ricevuto conferme nel Novecento. Esso ha avuto conseguenze di ampia portata. Esse non si manifestano soltanto nell'impianto sistematico, ma anche nel linguaggio scientifico. Se il diritto pubblico dell'Europa continentale ha fatto grandi passi avanti nel darsi un linguaggio uniformemente accettato dagli studiosi, è anche perché, tra Otto e Novecento, gli ordini concettuali – come l'atto amministrativo e la giustizia amministrativa– divennero più o meno gli stessi, malgrado la diversità degli assetti istituzionali. In ciò, vi è una tendenza comune con il diritto privato. A tal riguardo si vedano O. Mayer, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, Strasburg, Trübner, 1886; A. Gambaro – R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Torino 1996.

[27] «Il diritto amministrativo è quel complesso di norme che disciplina i rapporti fra i cittadini e lo Stato, in quanto esso agisce come autorità, nei casi concreti, per il raggiungimento dei suoi scopi». Frutto di un secolo circa di elaborazione dottrinale europea, questa definizione, dettata da Federico Cammeo nel 1911, nelle primissime pagine del suo *Corso*, sintetizza con ormai piena consapevolezza un concetto elementare, che si è venuto lentamente consolidando nella coscienza dei giuristi a partire dalla fine del Settecento: il potere pubblico può essere pensato come soggetto giuridico, ed in quanto tale risulta capace di entrare in un rapporto con gli altri soggetti dell'ordinamento tramite un diritto a lui proprio. «Nell'amministrazione — prosegue Cammeo — gli organi relativi si trovano in rapporto alle norme giuridiche in una condizione analoga a quella in cui si trova un individuo»; con la particolarità che l'individuo risulta dotato di un'autonomia negoziale. Si veda F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo,* Milano, 1960 (ristampa della prima edizione con note d'aggiornamento di G. MIELE), par. 1.

ISSN 2036-7821

diritto amministrativo[28]. Tuttavia, egli sottolinea l'aspetto oggettivo del fenomeno dell'amministrare affermando che «*l'amministrazione pubblica, nella sua realtà, cioè fatta astrazione delle persone che governano, altro non è che una serie di azioni interessanti tutta una società politica*», non tralasciando di indicare come qualificativo dell'attività amministrativa il suo provenire dall'autorità sovrana ed il suo essere esplicazione di una autorità sovrana. In effetti, mentre ancora l'opera giuridica della fine del '700 è intrisa di postulati metagiuridici, sia pure riferiti a quel concetto di libertà e di individuo che sono pur sempre i nuovi principi dell'ordinamento giuridico moderno, Gian Domenico Romagnosi poté fondare il diritto pubblico moderno sulla base, finalmente, di un diritto pubblico positivo[29].

[28] Come "inventore" del diritto amministrativo, e non solo, egli è ancora avvolto nelle nebbie di errori ed errati luoghi comuni. Trasformando in certezza un accenno ipotetico di Massimo Severo Giannini, che a sua volta lo aveva dedotto da una citazione di Del Vecchio, si afferma costantemente (Mannori, Lombardi, Aldo Sandulli) che Romagnosi avrebbe scritto nel 1814 le "Instituzioni di diritto amministrativo" per convincere le autorità austriache che il diritto amministrativo era una "scienza neutra", che, come tale, poteva continuare ad essere insegnata da lui anche in uno Stato della restaurazione. Insomma, per non essere epurato e conservare, anche dopo il ritorno dell'Austria, la cattedra nelle Scuole di Alta Specializzazione di Milano (una specie di scuola di alta amministrazione *ante litteram* istituita durante il Regno d'Italia). Ora, dopo la meritoria riedizione delle "Instituzioni" del 1814, è possibile dissolvere tale leggenda e apprezzare le motivazioni che spinsero Romagnosi ad inventare il diritto amministrativo. Motivazioni che lo stesso Romagnosi sente il bisogno di esplicitare nelle "Ragioni nell'opera", una introduzione alle "Instituzioni" del 1814 non più riportate nella edizione del "montaggio" denominato "Principi". E così viene introdotto un altro degli aspetti dell'enigma della nascita del diritto Amministrativo. da parte del Romagnosi: l'edizione delle sue opere. Se si fa eccezione per la "Monarchia nazionale rappresentativa" o "Scienza delle costituzioni", edita a cura di Astuti nel 1937, manca un'edizione moderna delle sue opere e, soprattutto, un'edizione critica, atteso che spesso le diverse edizioni hanno fra di loro delle varianti e, in qualche caso, sono state letteralmente manomesse dagli editori. Le sue opere, ed in particolare quelle che direttamente o indirettamente interessano il diritto amministrativo, si susseguono numerose nella prima metà dell'Ottocento. Con l'unità d'Italia si interrompono, eccezion fatta per qualche riproduzione antologica di singoli brani. L'interesse editoriale per Romagnosi riemerge solo nel 1935 in occasione del centenario della sua morte. Francesco Orestano, su incarico della Reale Accademia d'Italia, ne fa una commemorazione a "tutto tondo" in Campidoglio, nella quale, secondo il costume dell'epoca, individua in Romagnosi un precursore dello Stato fascista. Su questa spinta l'Accademia d'Italia promuove una riedizione critica delle sue opere. Di queste ne esce solo una di interesse giuridico, nel 1937, la già ricordata "Scienza delle costituzioni". Poi, ancora una volta, la caduta di una forma di Stato si ripercuote su Romagnosi e sulle sue opere. Nessuno si occupa più dell'edizione critica delle sue opere fino all'edizione meramente anastatica delle "Instituzioni di diritto amministrativo" del 1985. Occorre pertanto ricorrere a edizioni di antiquariato o fare il giro delle biblioteche storiche per confrontare edizioni diverse. A tal proposito si veda F. Merusi, *Gian Domenico Romagnosi fra Diritto e Processo amministrativo*, De Jure, Dir. proc. amm., fasc.4, 2011.

[29] In realtà il Romagnosi era giunto a questo punto determinante attraverso una riconsiderazione sul valore della scienza giuridica di cui vi è traccia sia nella genesi del diritto penale (1791), sia nel discorso di prolusione del 1808 alle lezioni tenute nell'Università di Pavia e completate poi nel *Saggio filosofico-politico sulla istruzione pubblica legale* al capo XIII della parte I («ma questa cognizione non può essere *vera* se non è esattamente *conforme* allo stato ed ai rapporti reali e necessari delle cose *esistenti;* non è *completa* se non deduce tutti i risultati, e non li pone tutti a calcolo; non serve addirittura ai casi pratici, se non avvicina talmente la teoria ai precetti e ai casi speciali, che basti un *ordinario raziocinio* per farne uso»). Ora è proprio sulla base di questo nuovo metodo, che non potrebbe essere rifiutato da nessun giurista contemporaneo, che il Romagnosi ha dettato i suoi principi fondamentali di diritto amministrativo ed ha redatta la clandestina «costituzione di una monarchia nazionale rappresentativa». Nei primi la trattazione corre su basi precipuamente tecniche, fondandosi sulla legislazione vigente e sulla sua

ISSN 2036-7821

Per sgomberare il campo da eventuali incomprensioni del suo pensiero è necessario dire che l'interesse prevalente del Romagnosi in ambito amministrativo concerne nella ricerca di principi generali con importanti spunti relativi alla buona amministrazione e alla proporzionalità dell'atto amministrativo; occorre inoltre sottolineare come egli sia uno dei primi teorici europei del diritto amministrativo comparato avendo egli intuito la valenza che la comparazione dei vari sistemi giuridici occupa nella formulazione di un più efficace processo amministrativo. Egli ha difatti compreso come l'atto amministrativo, ovvero il modo di svolgimento dell'attività amministrativa, sia ciò nel quale l'interesse pubblico è gradualmente incluso in quella che solo più tardi verrà definita la ponderazione con gli interessi individuali - anche perché la tutela di tali interessi era affidata alla giurisdizione contenziosa. Una tendenza, questa, individuata dal Romagnosi in un'epoca di intensi e rapidi mutamenti che spiega come l'apporto del diritto amministrativo al controllo del potere pubblico sia stato decisivo per l'evoluzione stessa della filosofia politica moderna. Si tratta di un metodo il suo che ha mirato a far coesistere giuridicamente le richieste di protezione dei diritti tradizionali offrendo riconoscimento alle nuove istanze che affioravano nelle società europee.

In assenza d'una formale definizione delle modalità di adempimento delle funzioni amministrative e di esercizio delle potestà - a ciò hanno provveduto i giudici con il concorso della dottrina[30] - va al Romagnosi il merito assoluto di avere compreso

interpretazione secondo la giurisprudenza francese, giungendo a definizioni di ancora attuale valore come quella del potere e della competenza, della natura dei conflitti di attribuzione, degli atti amministrativi, della responsabilità degli impiegati; prospettandosi esattamente il tema della giurisdizione amministrativa con la connessa teoria dei diritti e degli interessi fino a quella affermazione della presunzione di illegittimità degli atti amministrativi con il conseguente sistema di cautele costituenti le «garanzie per la prevenzione dell'abuso del potere» che sta alla base della sua concezione del sistema politico-giuridico della pubblica amministrazione. Concezione né compresa né tanto meno seguita come dimostra la stessa nostra successiva legislazione che l'ha di fatto mantenuta solo nei rapporti tra Stato ed enti minori, per evidenti ragioni di sfiducia nei confronti del principio autonomistico, mentre ha contemporaneamente introdotta (per contrapposte ragioni di autoritarismo statalista) la formula illiberale della presunzione di legittimità degli atti amministrativi nei rapporti tra ente pubblico e cittadino: introducendosi così il profondo equivoco di base di tutta la nostra costruzione posteriore del diritto amministrativo come ordinamento e come scienza col far convivere nell'insieme due principi contradditori tra di loro (l'uno valido per una parte dell'amministrazione e l'altro valido per il cittadino), equivoco che costituisce, tra l'altro, anche la vera ragione della illogica e confusa complicazione dei rimedi contenziosi e giurisdizionali che tuttora non siamo in grado di superare.

Si veda a tal riguardo F. Benvenuti, *Sul diritto amministrativo di Romagnosi*, editrice il Mulino, Bologna. Fascicolo 1, aprile 2015.

[30]"Il loro apporto non è consistito soltanto nell'elaborare e applicare interpretazioni acconce delle disposizioni legislative vigenti. È consistito nel definire i principi generali del diritto amministrativo. Alla luce di quei principi, l'amministrazione è stata indotta a rispettare le sequenze procedurali prestabilite; l'invocazione dell'urgenza è stata assoggettata a riscontri, onde evitare gli abusi, tutt'altro che infrequenti; il vertice del potere esecutivo ha subìto una limitazione del potere di emanare atti politici, interamente sottratti al sindacato giurisdizionale, incorrendo così in un diniego di giustizia; all'immunità dello Stato è subentrata la sua responsabilità verso i privati. Questo risultato, straordinario agli occhi dei contemporanei può spiegarsi solo considerando che il diritto amministrativo colmò una lacuna divenuta inaccettabile per la società, nel senso che pose rimedio all'assenza del

ISSN 2036-7821

prima di altri come la natura giuridica del diritto amministrativo sia la sua sostanziale condivisione della responsabilità pubblica dei poteri statali e governativi. Si dispiega in questo modo un largo ventaglio di significati che il Romagnosi ha attribuito all'esperienza amministrativista, organizzandoli secondo l'ordine ideale che da quello sicuramente più generico ci conduce a quello più specifico e vicino all'esperienza culturale dell'Ottocento. Una tale elencazione allinea per forza di cose su uno stesso piano alcune nozioni che hanno costituito oggetto di un'analisi scientifica attenta da parte dell'autore ad altre che invece vengono usate nel contesto del discorso in modo più o meno irriflesso. Di seguito viene elencata dunque la lista che si può ricavare da una considerazione complessiva dell'opera romagnosiana in ambito di diritto amministrativo: a) amministrazione come attività complessiva dei pubblici poteri (Administratio); b) amministrazione come complesso di tutti gli uffici statali di livello non-costituzionale (Amministrazione in senso lato); c) amministrazione come attività di tutti gli uffici (amministrazione in senso generico); d) amministrazione come complesso dei soli uffici pubblici dipendenti gerarchicamente dal Governo, ad esclusione quindi di tutti gli uffici giudiziari (Amministrazione in senso stretto); e) amministrazione come attività svolta dagli uffici *sub* d) (amministrazione in senso formale); f) amministrazione come attività costituita da una «serie di azioni» (amministrazione in senso sostanziale). E' qui possibile osservare che il primo valore è certamente quello inerente alla divisione dei poteri che il sorgere dello Stato moderno di diritto porta con sé; tutti gli altri invece sembrano ricoprire quei significati che ancora oggi conferiamo al diritto amministrativo in quanto struttura organica. Non ci si sbaglia neppure se riteniamo che per Romagnosi ha più ampio valore il senso oggettivo dell'amministrazione quale attività dello Stato, formale, generica e relazionale fra i vari "corpi" statali[31].

6. Amministrazione e Atto amministrativo nella comparazione tra sistema giuridico francese e italiano.

La messa a punto dei criteri individuati discende direttamente dalla nuova definizione di pubblica amministrazione che il Romagnosi fa derivare da una profonda e dettagliata comparazione fra la giurisprudenza dei codici napoleonici e quella in vigore nei sistemi giuridici di derivazione francese[32] in vigore in Italia. L'oggetto della originaria comparazione messa in atto dal Romagnosi è esattamente

diritto nei rapporti tra lo Stato e i suoi sudditi". G. della Cananea, *Il Nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa*, Editoriale scientifica Napoli, 2019, 144 ss..

[31] Per una esaustiva riflessione sui vari connotati romagnosiani in merito al diritto amministrativo si faccia riferimento al citato L. Mannori, *Uno Stato per Romagnosi, La scoperta del diritto amministrativo.*

[32] Si veda, F.P.Benoit, *Le fondaments de la justice administraive,* in Melanges Waline, Paris 1974. Per ulteriori approfondimenti v. R. Scarciglia, *Diritto Amministrativo Comparato,* Giappichelli, Torino, 2021, 595; M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato. Mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale,* Il Mulino, Bologna, 2019, 230; G. Napolitano, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, Il Mulino, Bologna, 2020, 300.

ISSN 2036-7821

l'analisi del termine "amministrazione". Se con questo termine si intende, infatti, tutta l'attività pubblica che non ha come proprio fine la chiusura dell'ordinamento, ma che si colloca anzi al suo interno, al pari dell'attività di un qualsiasi altro soggetto, allora il principio della separazione dei poteri potrà avere il solo significato di vietare all'autorità giudiziaria di giudicare l'attività dello Stato-amministratore. Non si tratta affatto, cioè, di inibire al giudice l'applicazione di un certo tipo di diritto, ma di impedirgli invece di valutare la legalità dei comportamenti amministrativi concreti. Giustizia ed amministrazione non sono più disposte su di uno stesso piano ideale, come funzioni equivalenti consistenti ma diventano due attività funzionalmente distinte, l'una consistente nel dare significato al diritto, l'altra nel perseguire scopi di ordine empirico per mezzo del diritto[33].

In generale possiamo osservare come sostituendo, infatti, il fine privato (cioè particolare) tipico dell'amministrazione di un qualunque soggetto dell'ordinamento, con un fine pubblico - rappresentato da un interesse potenzialmente comune a tutti quanti i membri di una certa comunità politica - si ottiene appunto la nuova nozione di amministrazione *pubblica*, attraverso la quale lo Stato viene ad assumere tacitamente, rispetto al diritto, la posizione di un qualsiasi altro «amministratore». Era questo lo spirito originario dei codici giuridici nati dopo gli eventi rivoluzionari, a cavallo tra Settecento e Ottocento, uno spirito che poneva la genericità del termine «amministrazione» come predicabile di una qualunque attività organizzata e condotta da un privato, assegnando così allo Stato la sua nuova dislocazione all'interno dell'ordinamento[34].

Nel suo rivolgersi all'esperienza d'oltralpe egli evidenzia come l'amministrazione pubblica è quella serie di azioni interessanti una società politica, eseguite per autorità sovrana, o propria o delegata, sopra le materie appartenenti ed interessanti tutto il corpo politico, o la sovranità medesima[35]. Il nucleo del suo discorso è rappresentato qui dall'elemento comune che obbiettivamente esiste tra amministrazione pubblica e privata: cioè dal fatto che ambedue accettano di presentarsi come una «serie di azioni». L'attività amministrativa rispetto ad ogni altro modo di essere dello Stato non è solo una pronuncia giurisdizionale, né un atto normativo generale ma «azioni», ovvero comportamenti posti in essere da un soggetto per soddisfare ad un interesse *proprio.* Lo Stato produttore o sanzionatore di norme è una figura per definizione impersonale, collocata oltre i limiti dell'ordinamento di cui è alternativamente l'artefice o il garante, una figura che non *agisce*, ma che si limita a

[33] Perciò l'Amministrazione si troverebbe ad essere assoggettata al sindacato giudiziario, al pari di qualsiasi altro soggetto, se non vi fossero appunto, a vietarlo, le norme sulla separazione dei poteri, dettate dalla consapevolezza che giudicare dell'attività amministrativa è ancora amministrare.

[34] Mentre l'indeterminatezza del contenuto materiale dell'«amministrare» non pregiudica affatto la sua facoltà di giovarsi di uno statuto speciale, diverso da quello utilizzato da un amministratore privato

[35] Sul tema si veda V.M. Verpaux, *La notion revolutionnaire de juridction*, in Droits, n-9, 1989.

ISSN 2036-7821

stabilire e a far rispettare le regole del gioco sulla base delle quali altri agiscono. Lo Stato-amministratore, invece, tutto proteso alla realizzazione di un interesse di parte in concorrenza con altri soggetti, viene a prendere posto decisamente entro 1'ordinamento giuridico stesso, ed esige perciò di essere pensato come "persona" al pari di un qualsiasi centro d'imputazione di pretese ed obblighi di diritto privato: «*è pur vero* - scrive a questo proposito Romagnosi - *che l'amministrare importa una serie di azioni ordinate ad utilità, e perciò involge il concetto d'una persona operante ed esecutrice di quelle azioni ordinate ad utilità*». Si viene a consolidare così una nuova configurazione funzionale dell'attività pubblica, in cui certi organi statali si collocano sullo stesso piano logico dei soggetti privati, al centro di una trama di rapporti giuridici che essi liberamente creano, modificano o estinguono con la loro «azione». Nasce, in ultima analisi, quel concetto della personalità di diritto pubblico caratteristico dell'era contemporanea, che non ha più niente a che vedere con la vecchia personalità del principe-legislatore, cara a tutta la dottrina statalistica e volontarista d'antico regime[36].

La radicale novità portata dalla riflessione del R. è che il diritto amministrativo è sostanzialmente definizione astratta di principi che vengono calati nelle realtà giurisprudenziali in relazione agli ambiti di applicazione e per mezzo di una serie potenzialmente ininterrotta di azioni. Ciò pone Romagnosi su un piano completamente diverso dagli autori a lui contemporanei grazie ad un criterio di ricerca originalissimo che ha valore non solo come capacità di immaginare autonomamente un sistema di principi, ma anche come capacità di delinearli in maniera tale da essere accettabili nel tempo, fino a oggi. Un modello epistemologico che funziona come guida per la formazione delle istituzioni amministrative e che si fonda su specifici criteri: ovvero la scelta di cosa può essere diritto amministrativo secondo principi tratti dall'ambiente, dai contesti di riferimento e in riferimento ad altri differenti contesti. L'amministrazione pubblica considerata ovvero nella sua realtà, cioè fatta astrazione dalle persone che governano, «altro non è che quella serie di azioni interessanti tutta una società politica, eseguite per autorità sovrana o propria o delegata sopra le materie appartenenti ed interessanti tutto il corpo politico o la sovranità medesima»[37].

[36] La funzione legislativa, ora che lo Stato si è ormai impadronito del monopolio della produzione di tutto il diritto, può tranquillamente venire presentata in termini di assoluta impersonalità, come il momento della trasformazione dinamica dell'ordinamento (anche se ancora a lungo, nel corso dell'Ottocento, si continuerà a parlare in modo retorico di una un rapporto tra legislatore e suddito, per indicare fittiziamente la semplice soggezione del cittadino rispetto al diritto oggettivo): mentre risulta ora essenziale imputare ad un soggetto quell'attività di cura degli interessi pubblici concreti che la dogmatica tradizionale risolveva ancora in forme para-giurisdizionali. La personalità pubblica si avvia così a coincidere senza residui con quella dell'Amministrazione.

[37] Si veda F. Benvenuti, op. cit.

ISSN 2036-7821

Si presenta qui l'idea che la cosa pubblica prende forma dall'astrazione dei fini mentre lo strumento sono le azioni: tutta l'amministrazione è concepita per questo come azione, il bene pubblico come astrazione, l'attività dell'amministrazione come azione mentre l'amministrazione consta di una serie di azioni che consistano nel far procedere la cosa pubblica secondo le leggi esistenti in un determinato momento in un determinato ambito giuridico[38].

Avendo definito l'ambito di pertinenza si può affermare che la riflessione del giurista emiliano ruota attorno alla esplicitazione dell'atto amministrativo: questo è la sostanza dell'amministrazione, ossia l'atto come momento terminale dell'amministrazione; attività propria e altrui, emanazione legittima della sovranità. Mentre l'esercizio del potere è quello impersonato dal governo in un certo momento, l'atto amministrativo costa di tre passaggi: verso il sovrano, verso gli amministrati, verso ogni altro funzionario. La prima è la relazione della legittimità, la seconda di merito, la terza è quella della competenza. L'atto amministrativo ci appare senza dubbio come un'ordinanza, una decisione dell'autorità amministrativa, o un atto, un fatto di un amministratore che si riferisce alle sue funzioni. E' questa l'origine della teoria moderna del diritto amministrativo. La nuova nozione di atto amministrativo, come atto per così dire, intra-ordinamentale, richiama pertanto ad un rinnovato e più generale significato dell'amministrazione nel quale il soggetto si iscrive entro uno spazio giuridicamente definibile[39]. Da questi corollari che riguardano il tema del riparto amministrativo si ricava immediatamente un'applicazione che costituisce in qualche modo il punto di partenza della giurisprudenza amministrativa francese, che Romagnosi si affretta pertanto a recepire. Visto che la soggettività dell'Amministrazione diventa un fatto impeditivo della cognizione del giudice ordinario solo finché essa è «attiva», quando invece lo Stato non ponga in essere alcuna «attività» ma si presenti soltanto come titolare di diritti patrimoniali, la competenza giudiziaria resta assolutamente ferma. Ciò consente di codificare una regola fondamentale: «se fuori del caso di dover interpretare un atto amministrativo e conoscere della di lui validità si disputasse semplicemente se la *proprietà* d'un dato bene appartenga al demanio dello Stato, ovvero ad un privato, se tali *rendite o*

[38] "Discorso molto avanzato. Romagnosi anticipa, ma non sarà compreso per tutto l'Ottocento. Egli viveva in un sistema politico dove la realtà amministrativa non c'era; altrimenti ne sarebbe stato catturato, come i francesi, che la realtà amministrativa l'avevano. Romagnosi è una macchina di pensiero, ma anche il segno di una realtà che manca e occorre preparare". F. Benvenuti, op.cit. pag. 6.

[39] Romagnosi si mostra apparentemente polemico nei confronti del sistema di riparto praticato in Francia: per esempio, laddove dichiara che nel suo Stato ideale «niuna controversia circa i diritti di mio e tuo, niun contratto comunque legato ad un atto amministrativo, potrà essere sottratto alla cognizione» dei giudici ordinari; o anche quando sembra voler riservare all'autorità giudiziaria la competenza sulla responsabilità contrattuale dello Stato; o infine quando scrive conclusivamente che «il semplice fatto d'un amministratore che agì per propria autorità o per ordine speciale del governo non potrà giammai formare un titolo d'incompetenza per i tribunali civili a decidere una questione di mio e tuo».

ISSN 2036-7821

prestazioni siano o no dovute alla nazione, o sia al pubblico demanio», la causa resterà senz'altro nell'ambito di competenza del giudice ordinario. Sul piano giurisprudenziale tale conclusione è rilevante non solo per tutto il contenzioso di carattere tributario (che viene lasciato in linea di principio al giudice ordinario ogni volta che la contestazione non coinvolga in qualche modo gli atti impositivi compiuti dalla pubblica Amministrazione), ma soprattutto in rapporto alle controversie sui beni nazionali. A proposito dei quali l'eventualità di una deroga alla competenza giudiziaria non si potrà neppure porre finché l'Amministrazione non abbia compiuto alcun «atto» di disposizione o di destinazione nei loro confronti, il che comporta in sostanza il riassorbimento nel foro ordinario di tutto quel contenzioso percentualmente molto rilevante all'epoca che riguarda i rapporti tra lo Stato (subentrato nei diritti degli enti ecclesiastici soppressi) e tutti i terzi che su di essi vantavano pretese di qualsiasi natura[40].

Dall'esperienza rivoluzionaria Romagnosi, nel suo porsi dinanzi alle difficoltà del confronto e dell'assunzione delle nozioni di diritto amministrativo provenienti dalla Francia post-rivoluzionaria e napoleonica, indica straordinariamente quel percorso verso la riforma generale dell'amministrazione in relazione alla sovranità politica che muta aspetto. Per queste ragioni oggi gli studiosi sono consapevoli che il problema dell'amministrazione è un problema funzionale: ovvero esso implica la necessità di far discendere il valore dell'atto amministrativo dalla conformità alla legge e fare discendere il valore dell'atto dalla rispondenza con i fini stessi dell'amministrazione. In una frase: non ledere i diritti dei cittadini nei loro specifici e complessi ambiti di vita.

7. Romagnosi e la comparazione giuridica. Attualità del suo pensiero.

Romagnosi ha rivolto un'attenzione costante alla diversità delle forme giuridiche di organizzazione della società nel tentativo di consolidare lo Stato di diritto moderno. Così come Emerico Amari, egli – sul percorso già inaugurato dal Vico - ha dato vita a un filone di studi attento alla dimensione storica e comparativa dei fenomeni giuridici. Avvalendosi dello statuto epistemologico della comparazione giuridica, nel

[40] Dall'ampia indeterminatezza che la figura dell'atto tende ad assumere nella primissima dottrina e giurisprudenza francese sul riparto, la storiografia ha in genere desunto che nel corso del periodo direttoriale e napoleonico al *nomen* di «*acte administratif*» non corrisponde alcuna tipologia sostanziale autonoma: qualunque atto può essere amministrativo, basta che a porlo in essere sia un organo dell'Amministrazione. Questo pendolarismo storico-dottrinale tra una nozione ampia e una nozione stretta di diritto amministrativo ovvero tra una pubblica amministrazione concepita ora come *piussance,* ora come *service,* che trova sul terreno del riparto il proprio campo privilegiato di manifestazione, ci induce a considerare con maggior cautela il pensiero dei primi amministrativisti, tra i quali il Romagnosi, che nel sottoporre ad una drastica limitazione il sindacato del giudice ordinario, può darsi che abbiano seguito anch'essi una loro nozione di «diritto pubblico», diversa da quella che il liberalismo ottocentesco identificherà nel criterio della pura *piussance,* ma non per questo meno sostanziale di quella. A tal proposito si veda il citato L. Mannori, *Uno Stato per Romagnosi.*

ISSN 2036-7821

perfezionarlo, ribadisce l'inscindibile legame che intercorre tra giurisprudenza e filosofia civile, in forza del quale lo studio sul diritto e sulle costituzioni è un momento, certamente un aspetto indissolubile, di una più ampia riflessione sulla cultura e sulla storia dei popoli e delle società. Tale riflessione rappresenta la fonte dalla quale è possibile attingere per dare vita a un forte e duraturo impegno etico e civile[41]. In ragione di ciò occorre un approccio che tenga conto del suo tentativo di "ri-generare" le scienze giuridiche, come egli ha delineato ad esempio ne *La Scienza della legislazione e Scienza delle costituzioni*. Sarà possibile così riformulare un giudizio critico – errato - che a lungo lo ha ritenuto un giurista "*francesizzante*", indigesto ossia alla tradizione formalista del diritto, esattamente per la sua capacità di aprirsi alle scienze politiche e sociali. Una specificità questa, invece, che rende i suoi studi e le sue intuizioni attuali proprio per la capacità di attingere dalle varie discipline umane e per il metodo comparativo inserito nel diritto, al fine di collegarlo in modo del tutto originale alle scienze economiche[42]. Pertanto, molte delle sue intuizioni sono certamente valide ancora oggi: a cominciare dalla distinzione tra amministrazione pubblica e pura legislazione di ragione pubblica, nella stessa maniera con la quale viene distinta la norma di agire dall'azione, il precetto dall'esecuzione, il comando

[41] Se si scorrono velocemente le pagine della *Scienza nuova* o del *De uno*, infatti, non si può fare a meno di notare che Vico non parla mai di diritto comparato o di metodo comparativo come scienza a sé. Non si trova, in quelle pagine, un'analisi del diritto e delle istituzioni di diverse epoche e luoghi che prescinda dalla più generale finalità della sua principale «discoverta», e cioè descrivere «*una storia ideale eterna, sopra la quale corron in tempo le storie di tutte le nazioni ne' loro sorgimenti, progressi, stati, decadenze e fini*». Da qui, pertanto, il fatto che per Vico la comparazione non è e non può essere nulla di più o di diverso – e questo era il principale insegnamento passato ai suoi diretti epigoni – dallo studio stesso della storia delle istituzioni umane, nate in tutti i tempi e in tutti i luoghi sulla base di un disegno provvidenziale e secondo «ordini che ella [provvidenza] v'ha posto universali ed eterni». Quanto questa provvidenza, però, sin da subito non venga intesa secondo una ortodossa concezione soprastorica, è dimostrato dall'assunto fondamentale della gnoseologia della Scienza nuova, per cui «questo mondo civile egli certamente è stato fatto dagli uomini, onde se ne possono, perché se ne debbono, ritrovare i princìpi dentro le modificazioni della nostra medesima mente umana». Umanità radicale della storia quindi e, in essa, ricerca di «motivi comuni di vero» per il tramite dello studio delle istituzioni umane e del diritto, del «diritto eterno che corre in tempo» come manifestazione di princìpi certo universali ed eterni, ma che pur sempre escono dalla mente dell'uomo quale «fabbro del mondo delle nazioni. L'unità del diritto umano consegue anzi tutto e immediatamente dall'unità dello spirito ossia dell'essere; e così si spiegano le somiglianze originarie o *native*»: tanto è presente ciò a Vico, ritiene infatti l'Autore, quanto egli mostra di non considerare «nel diritto le somiglianze acquisite o *dative*, le quali intanto s'avverano, in quanto appunto l'identità di natura rende possibili e fruttuose tra gli uomini le comunicazioni delle idee e dei costumi». Sebbene alcuni allievi e continuatori dell'opera vichiana (Cataldo Jannelli e gli stessi Romagnosi e Amari) abbiano cercato di emendare questo aspetto della riflessione del filosofo napoletano, Del Vecchio finisce col ritenere che sulla ricchezza di spunti giuridici di essa prevalga metodologicamente l'assunto della storia ideale eterna, che rende il diritto subalterno al dispiegamento (in termini idealistici) dello Spirito nella storia.

A tal proposito si veda G. Del Vecchio, *Sull'idea di una scienza del Diritto universale comparato*, Fratelli Bocca editori, Torino 1909.

[42] Si veda A. Massera, *Il diritto amministrativo e l'opera di Gian Domenico Romagnosi, a 250 anni dalla sua nascita*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2012, 1029 ss. e 1043.

ISSN 2036-7821

dall'ubbidienza[43]. Ne risulta che l'amministrazione pubblica, senza alcuna astrazione e considerata nella sua concreta esistenza, consiste nell'azione del governo, ossia dei pubblici funzionari tanto in relazione ai loro superiori ed eguali, quanto in relazione ai loro amministrati, *onde far procedere la cosa pubblica giusta le norme legalmente stabilite*. L'idea è quella di un interesse pubblico considerato rispetto alla nazione, piuttosto che di *ragion pubblica*[44] e la consapevolezza che il potere amministrativo è necessariamente tutto tipicizzato da norme e che il suo esercizio si traduce in atti tipici che nulla hanno a che fare con il diritto privato[45].

8. Il futuro antico del metodo comparativo di Gian Domenico Romagnosi.

Dopo avere analizzato l'evoluzione intellettuale e i principali concetti romagnosiani, al termine di questo breve ma il più possibile esaustivo percorso di approfondimento si pone una domanda – già nota alla storiografia.

Perché e in che termini il Romagnosi, dopo la metà dell'Ottocento ha subìto un netto oblio accademico? Non gli si è neppure voluto riconoscere, infatti, l'invenzione di una disciplina connessa all'Amministrazione quale quella del diritto pubblico dell'economia[46]. Pur nella difficoltà di tracciare risposte esaurienti, non si sbaglia se si

[43] A tal proposito si veda, M. Mazzamuto, *Gian Domenico Romagnosi, inventore del diritto amministrativo?* In *Rivista Diritto e Società*, 2016, 705-736.

[44] Secondo Romagnosi gli atti amministrativi erano disciplinati da norme che identificavano un interesse pubblico e prescrivevano ai funzionari di raggiungere il fine identificato dalla norma. Ma la maniera per raggiungere quel fine non poteva sempre essere predeterminata dalla legge, il potere attribuito dalla legge, che Romagnosi chiama in termini generali "competenza", ha una sua autonomia intrinsecamente necessaria in una Amministrazione che lo stesso Romagnosi definisce "attiva", la quale però ha una regola per raggiungere il fine previsto dalla norma: "far prevalere la cosa pubblica alla privata col minimo possibile sacrificio della privata proprietà e libertà". Qui la prevalenza della cosa pubblica sulla privata non colpisce il fine o l'effetto, ma il semplice "mezzo" (la sottolineatura è dell'Autore delle "Instituzioni"), versetto che era già stato anticipato, ancorché in termini più generali, nella "Introduzione allo studio del diritto pubblico universale" del 1805.

[45] I presupposti per arrivare a questa conclusione non erano puramente teorici, bensì suggeriti da dati istituzionali fenomenici: da una decisione del Consiglio di Stato italico che aveva dovuto trovare un criterio per distinguere quando il demanio pubblico, cioè la pubblica amministrazione, doveva usare il diritto dei privati e quando invece doveva usare il diritto pubblico nella particolare forma conseguente alla configurazione costituzionale dello Stato napoleonico; nonché una classificazione adottata da un repertorio di giurisprudenza per descrivere le caratteristiche degli atti adottati dall'amministrazione statale.

[46] Si pensi all'odierno e complesso dibattito sull'acqua pubblica. Scrive infatti Romagnosi nel primo volume del "*Trattato della ragion civile delle acque nella rurale economia*", Prato 1836., che la logica in base alla quale va ricostruita la disciplina pubblica o privata di un bene è di tipo funzionale. Una teoria funzionale così sintetizzata dall'Autore stesso: "*... a fine di evitare ogni equivoco, disegnare si debbono i beni col nome o di semplicemente demaniali [cioè nel linguaggio francesizzante dell'epoca sottoposti al comune diritto di proprietà], o di strettamente pubblici. I primi sono assoggettati alle regole ordinarie del civile diritto. I secondi sono assoggettati ai regolamenti di pubblica amministrazione e diretti dai rapporti della cosa pubblica. Parlando poi in particolare del soggetto delle acque, e più strettamente di ciò che riguarda la loro condotta, dire dovremo, che la destinazione e l'uso di una massa o corrente di acqua si è quella che la contraddistingue legalmente. E però quella dovrà dirsi acqua pubblica, la quale per la sua destinazione e pel suo uso è riservata o consacrata a tutti i membri che compongono un dato pubblico. Acque private per lo contrario dovranno dirsi tutte quelle le quali non rivestono questa destinazione e questo uso.... Tutto fin qui detto risulta in via di vero diritto*

ISSN 2036-7821

afferma che una parte del silenzio-incomprensione calato sul R. sia la diretta conseguenza del suo interesse – e della sua conseguente analisi giuridica - circa la "storicità" e la "flessibilità" del diritto pensato come manifestazione giuridico-filosofica dell'Europa del suo tempo. Un approccio che non poteva risultare gradito ai "puristi" del diritto e che oggi possiamo definire senza dubbio un comparatista e che oggi per fortuna ha riacquistato valore e sostanza.

Al fine di dare una risposta soddisfacente è utile ricordare che per il Romagnosi occorre, allorquando ci si appresti allo studio del diritto compiere tre operazioni: la proposizione, l'analisi, la ricomposizione. Una triade che equivale all'osservazione dettagliata, allo studio partecipato e al confronto comparato in grado di condurre dall'induzione fenomenica alla ricostruzione di istituti di carattere giuridico generale. Un metodo che oggi possiamo definire certamente appartenente alla scienza comparatistica, prova ne è la complessa operazione di ricostruzione che il Romagnosi fa del diritto amministrativo, facendolo derivare da un fitto dialogo con la giurisprudenza, non con quella ordinaria, ma con quella del contenzioso amministrativo, in particolare attraverso la comparazione fra il Consiglio di Stato italiano e quello francese. Sulla scorta dell'approccio comparativista egli descrive un diritto amministrativo che deve servire ad individuare l'oggetto del "contenzioso amministrativo": ovvero una volta riscoperto così il diritto civico del cittadino, scompare l'asserita diversità dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo[47].

Recentemente - fortunatamente - l'attenzione degli studiosi nei confronti del Romagnosi si è dunque ridestata e nuove importanti ricerche sono intervenute ad approfondire il suo pensiero e la sua originale dimensione di eclettico giurista. Ciò che appare assolutamente degno di interesse è il suo rappresentare un ponte di collegamento tra periodi e tra settori di ricerca diversi, il suo avvalersi di metodi comparativi a cominciare dal concepire la conoscenza umana e quella scientifica come modelli di cerchi concentrici da studiare e sviluppare in modo organico. In campo prettamente giuridico grazie alla sua opera perveniamo ad una concezione del diritto quale ordine che necessita dell'autorità pubblica opportunamente organizzata e diretta, affinché il diritto stesso venga difeso sulla base di principi e di valori corrispondenti al grado di incivilimento umano. Il diritto costituzionale ad esempio - in quanto armonico, disciplinato ed ordinato complesso architettonico, capace di equilibrare opposti antagonismi - si collega in un'ottica comparativa ad una struttura della base sociale correlata con lo sviluppo umano di cui l'opinione pubblica, coltivata e implementata, rappresenta il vertice di un progresso civile che ancora oggi appare indispensabile alle nostre società. In questa prospettiva il

naturale e filosofico. Vano per altro sarebbe nella pratica di certi paesi di proclamare queste idee se la legislazione positiva dei medesimi non corrispondesse coi principi di ragione".

[47] Così il giudice ordinario torna ad essere il giudice del diritto privato, eventualmente utilizzato anche dalla pubblica amministrazione, riportando all'unità la legittimità degli atti della pubblica amministrazione.

ISSN 2036-7821

programma di Romagnosi richiedeva che il potere politico fosse moderato dal diritto, temperando i poteri col loro reciproco contrasto e contenendoli in una data sfera. Una visione che in Romagnosi coincide con la certezza che il diritto è comparazione e con la chiara convinzione che l'osservazione interdisciplinare sia un momento imprescindibile, connotante la stessa evoluzione delle scienze sociali, dall'economia alla sociologia, dall'antropologia sociale all'etnologia. La figura del giurista ci viene restituita come quell'intellettuale in grado di alzare lo sguardo su un panorama più completo[48] per aprirsi ad un mondo in continua evoluzione. La complessità restituita dal metodo comparativo si fa strumento e sguardo confacente alla complessità stessa dell'universo giuridico: un metodo quello utilizzato dal Romagnosi funzionale alla pratica di uno studio in grado di penetrare nei molteplici e straordinari significati che il diritto ci schiude[49].

Romagnosi è tra i primi in Italia, e in Europa, ad andare oltre dogmatismo e formalismo giuridico, significando il mestiere del giurista comparativista non per mezzo di un determinato ambito di ricerca ma grazie ad un preciso processo cognitivo: il comparare[50]. Romagnosi certifica le sue competenze costituzionali, penali, amministrative grazie alla possibilità di conoscere in un certo modo. Il modo della comparazione. E se la comparazione è un processo cognitivo e i comparatisti si caratterizzano per l'uso di tale processo, il nostro fu tale poiché non circoscrisse mai la sua riflessione teorica in perimetri ben delineati. Anzi, egli accolse favorevolmente gli spunti, le riflessioni, le criticità creative provenienti da altri ambiti, teorici o geografici che fossero, nella convinzione che gli istituti giuridici siano qualcosa di non dato una volta per tutte ma che cambino e si evolvano nel seno delle società umane[51]. Romagnosi assunse per questa ragione nella rappresentazione e considerazione dei fatti umani in cui rientra "il giuridico", un atteggiamento senza pregiudizi valutativi, si potrebbe dire da scienziato naturalista se pure nella difficile lotta con la propria notevole soggettività, alla ricerca di quel metodo gnoseologico inaugurato, forse, dall'affermazione di Baruch Spinoza: "*Non ridere, non lugere, neque detestan, sed intelligere*". In questo modo ogni formazione giuridica assume il posto

[48] Si veda M. Sbriccoli, *Storia del Diritto penale, Scritti editi e inediti*, Giuffrè editore, Milano 2009.

[49] M. Brutti, A. Somma, *Diritto: Storia e comparazione, Nuovi propositi per un binomio antico, Global perspectives on legal history*, Max Planck Institute, 2018.

[50] Il nome "comparatista", in sé considerato, non certifica il possesso di una competenza su un certo oggetto, bensì la padronanza di un metodo di lavoro.

[51] Il comparatista combatte gli steccati disciplinari. Il comparatista padroneggia, tra gli altri, le competenze del lavoro interdisciplinare. Il comparatista cerca l'innovazione. Studiando genesi e circolazione di istituti e modelli giuridici, la comparazione fa del mutamento e dell'innovazione degli oggetti privilegiati di indagine. La comparazione studia le tecniche dell'innovazione giuridica. Il comparatista studia la creatività del giurista. Il comparatista usa una tecnica per raggiungere degli obiettivi conoscitivi. La comparazione mette a nudo le dinamiche di potere ed evidenzia i valori sottesi alle diverse opzioni possibili.

Si veda G. Repetto, *Il metodo comparativo in Vico e il diritto costituzionale europeo,* Rivista critica del Diritto Privato, Jovene editore, Napoli giugno 2009.

ISSN 2036-7821

che le compete per il suo contenuto d'idea, qualunque sia il popolo e il tempo in cui si è presentata di fatto, permettendo alla scienza del diritto universale comparato di ricostruire nei gradi del suo divenire fenomenico quell'idea del diritto che si ritrova una e intera nella pura ragione[52].

Infine, e oltre le contraddizioni pur presenti nel suo pensiero, è possibile concludere evidenziando il senso generale del lascito intellettuale del Romagnosi. Per primo, l'etica dell'impegno dello studioso ad illuminare sé stesso, gli altri studiosi e la comunità intera al fine di raggiungere lo scopo di rappresentare giuridicamente e in modo comparativo la dignità dell'uomo sociale, la sua relazionalità politica costantemente rivolta al perseguimento di un bene superiore[53]. Successivamente ma non secondariamente, la sua fulgida e creativa passione per la storia comparata, sia in senso diacronico che sincronico, per le scienze politiche, per la scienza in generale e, come osservato, per le scienze giuridiche comparate. Si tratta per il R. di ambiti da studiare, discutere, approfondire con la consapevole esigenza di mettere in correlazione, attraverso il metodo comparativo, fasi apparentemente diverse, distanti, anche discordanti dell'evoluzione culturale degli esseri umani.

Un'operazione intellettuale, questa, che assume i caratteri della straordinarietà e che si tramutò in una originalissima prassi di ricerca resa possibile, come la sua stessa esperienza esistenziale dimostra, grazie alla perseverante esigenza etica di comprendere sempre e trasformare per il meglio il mondo umano.

[52] Se la scienza del diritto universale comparato verte nella sfera dell'esperienza, traendo alimento dai dati della fenomenologia giuridica come tale, ha nondimeno tutta una serie di premesse filosofiche, senza delle quali necessariamente cadrebbe. Essa, che è e vuol essere scienza empirica, e per altro il limite di approssimazione della scienza alla Filosofia del diritto, e trova in questa i suoi principi e il suo compimento; come la Filosofia del diritto può e deve alla sua volta trarre profitto, per l'applicazione e il riscontro fecondo dei suoi criteri da ciò che vien posto in luce da quella scienza.

[53] Si tratta di una indicazione di attualità sorprendente anche nella valutazione dei rapporti tra libertà economica e difesa dell'ordine giuridico nella nostra epoca di riconsiderazione dello Stato e delle sue istituzioni.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Cons. Stato, Adunanza Plenaria, Ord. 25 settembre 2020, n. 20. Cons. Stato, Adunanza Plenaria, Ord. 25 settembre 2020, n. 20. L'accesso come "regola" e la riservatezza come "eccezione": fino a che punto si possono indagare i rapporti finanziari del coniuge?

di Gianclaudio Festa

(Avvocato e Dottore di Ricerca in Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Catania)

Sommario

1. I caratteri generali dell'istituto oggetto della pronuncia in esame: l'accesso come "regola" e la riservatezza come "eccezione"; - 2. La ricerca di un punto di equilibrio fra accesso e riservatezza; - 3. Il caso oggetto di contrasto giurisprudenziale e l'Ordinanza di rimessione n. 889/2020: dalla tesi "possibilista o sostanziale" alla tesi "formalista"; - 4. La soluzione adottata dal Consiglio di Stato con Ad. Pl. 25 settembre 2020, n. 20; - 5. Spunti di riflessione.

Abstract

For over twenty years, citizens have acquired the right to view and extract copies of administrative documents concerning them, a right established and provided for in Articles 22 and ss. of the law 9 August 1990, n. 241.

From this point of view, many cases have been examined by civil and administrative jurisprudence, also in light of the broad and general scope of the right of access, the important implications of which are still partly unexplored.

The sector subject to jurisprudential examination, aimed at establishing the right balance between access and confidentiality (of the third party), is that relating to family law and specifically the pending causes of separation or divorce where it is necessary, for the protection of one's own position. procedural, search for the income capacity of the counterparty.

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

ISSN 2036-7821

1. I caratteri generali dell'istituto oggetto della pronuncia in esame: l'accesso come "regola" e la riservatezza come "eccezione".

Da oltre vent'anni il cittadino ha acquisito il diritto di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi che lo riguardano, diritto sancito e previsto dagli artt. 22 e ss. della legge 9 agosto 1990, n. 241.

Sotto questo profilo sono molte le casistiche portate al vaglio della giurisprudenza civile ed amministrativa, anche alla luce della portata ampia e generale del diritto di accesso le cui importanti implicazioni risultano in parte ancora inesplorate.

Il settore oggetto di esame giurisprudenziale, volto a stabilire il giusto equilibrio tra accesso e riservatezza (del terzo), è quello inerente il diritto di famiglia e nello specifico le cause pendenti di separazione o divorzio ove è necessario, per la tutela di una propria posizione processuale, ricercare la capacità reddituale della controparte.

Prima di entrare nel vivo della questione si evidenzieranno, seppur brevemente, i caratteri generali dell'istituto sui quali la Plenaria ha concentrato la propria analisi argomentativa, tanto nella sentenza in trattazione quanto nelle coeve sentenze nn. 19 e 21 dell'anno 2020.

La ragione dell'istituto in esame risiede nei principi previsti all'art. 97 cost. di imparzialità, trasparenza e buon andamento della pubblica amministrazione nonché nella necessità di agevolare gli interessati ad ottenere gli atti utili a valutare se sia il caso di agire in giudizio a tutela di una propria posizione giuridica[1].

L'art. 22, comma 2, l. n. 241/1990, puntualizza, intanto, come "*l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza*"[2].

Ne deriva che l'accesso è il principio regolatore dell'attività amministrativa, finalizzato alla soddisfazione di un interesse pubblico, favorendo da un lato la partecipazione e, dall'altro, l'imparzialità e la trasparenza.

Il legislatore del 1990 ha posto il diritto di accesso, seppur nei limiti previsti dall'art. 22, comma 1, lett. b (ovvero della necessaria sussistenza di un interesse diretto, concreto e attuale, e della sua corrispondenza ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento rispetto al quale è chiesto l'accesso), come regola generale rispetto la quale le ipotesi di esclusione assumono (*rectius*, dovrebbero assumere) carattere residuale.

Si osservi – è non è da trascurare - il passaggio da una dimensione nazionale ad una sovranazionale dello strumento *de quo*, laddove, col tempo, è stato codificato in modo

[1] Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1455.

[2] Sul tema si v. G. Abbamonte, *La funzione amministrativa tra riservatezza e trasparenza. Introduzione al tema*, in Aa.Vv., *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza. Atti del XXXV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione* - Varenna 1989, p. 13 e ss.; Anche F. M. Nicosia, *Principio di trasparenza dell'azione amministrativa ed obbligo di motivazione. Il diritto di accesso*, Napoli, 1992.

ISSN 2036-7821

cogente dall'ordinamento giuridico comunitario il quale, tra i diritti fondamentali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha previsto proprio il diritto all'accesso[3].

Anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo all'art. 10, così come interpretato dalla Corte EDU, considera il diritto di accesso come uno strumento indispensabile all'esercizio delle libertà di espressione ed opinione[4] che ha considerato il diritto di accesso come uno strumento indispensabile per l'esercizio della libertà di espressione e opinione garantite dall'art. 10 della Carta europea dei diritti dell'uomo.

Osservando l'ordinamento giuridico interno, si rileva, poi, un'evoluzione dell'accesso che, da strumento di conoscenza dei soli documenti amministrativi – siano essi formati dalla PA o contenuti in atti amministrativi - è divenuto, con il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (in particolare con l'art. 14), importante strumento di conoscibilità da parte del privato cittadino delle notizie inerenti la PA in generale, come ad es. le sue commesse pubbliche o le remunerazioni dei suoi dirigenti e consulenti[5].

Ripercorrendo quanto previsto in materia di limitazioni al diritto di accesso, non ci si può esimere dal rammentare come il diritto di accesso documentale va nettamente distinto dall'accesso civico - sia esso semplice o generalizzato - che consente a chiunque, sulla scorta dell'art. 5 e ss. del d.lgs. n. 33/2013, di accedere a dati,

[3] Art. 42: Diritto d'accesso ai documenti : *"Ogni cittadino dell'Unione nonché ogni persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto"*.

[4] Art. 10 CEDU: "*Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza ingerenza alcuna da parte delle autorità pubbliche e senza considerazione di frontiera. Il presente articolo non impedisce che gli Stati sottopongano a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, di cinema o di televisione. 2. L'esercizio di queste libertà, comportando doveri e responsabilità, può essere sottoposto a determinate formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni previste dalla legge e costituenti misure necessarie in una società democratica, per la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale o l'ordine pubblico, la prevenzione dei reati, la protezione della salute e della morale, la protezione della reputazione o dei diritti altrui, o per impedire la divulgazione di informazioni confidenziali o per garantire l'autorità e la imparzialità del potere giudiziario*". Sul punto Corte EDU, sez. IV, sent. 4 ottobre 2016, T.P. e A.T. c. Ungheria, Ric. 37871/14 e 73986/14.

[5] Si veda all'uopo Corte cost. 21 febbraio 2019, n. 20 su Ordinanza di rimessione di Tar Lazio, n. 9829/ 2017. In particolare, sull'art. 14 comma 1 lettera c), la Consulta ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale, atteso che "*il regime di piena conoscibilità dei compensi di qualsiasi natura connessi all'assunzione della carica, nonché degli importi di viaggi di servizio e missioni pagati con fondi pubblici, risulta proporzionato rispetto alle finalità perseguite dalla normativa sulla trasparenza amministrativa e volto a consentire la valutazione circa la congruità – rispetto ai risultati raggiunti e ai servizi offerti – delle risorse utilizzate per la remunerazione dei soggetti responsabili, ad ogni livello, del buon andamento della pubblica amministrazione*. La Consulta ha poi precisato che alla pubblicazione dei dati inerenti alla situazione economica dei dirigenti pubblici non ostano quei valori costituzionalmente garantiti (art. 2 e 13 Cost.), né, tantomeno, può recare alcun pregiudizio alla dignità personale, visto che essi esulano dalla sfera prettamente personale e sono direttamente connessi all'espletamento dell'incarico e delle funzioni di natura dirigenziale assegnati.

ISSN 2036-7821

documenti ed informazioni delle pubbliche amministrazioni senza necessità di dimostrare un interesse qualificato[6].

L'articolato di cui alla l. n. 241/90, oggetto dell'arresto giurisprudenziale in analisi, individua, intanto, ipotesi massime di esclusione dall'accesso riferibili essenzialmente al segreto di Stato disciplinato dalla legge del 03 agosto 2007, n. 124[7], agli atti inerenti i procedimenti tributari, agli atti relativi all'attività della pubblica amministrazione diretti all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, agli atti previsti nei procedimenti selettivi ed ai documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relativi a terzi.

All'uopo l'individuazione degli atti in concreto rientranti in tali categorie da sottrarre all'accesso viene demandata dal legislatore alle stesse pubbliche amministrazioni interessate per come stabilito dal secondo comma dell'articolo 24.

Hanno poi assunto dignità giuridica altre ipotesi di esclusione dall'accesso che – seppur non espressamente previste dall'art. 24 – si ritrovano in altre norme di legge, come nel caso dell'art. 53 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 sull'accesso in materia di appalti.

Infine la norma *de quo*, con un certo pragmatismo, oltre a prevedere le sopra riportate esclusioni per legge, ha dato al Governo la possibilità di individuare altre ipotesi di categorie documentali da sottrarre all'accesso agli atti, atti che - pur essendo riferibili ad interessi diversi dall'integrità della Repubblica - possono considerarsi di rango così elevato da consentire comunque la compressione dell'istituto della trasparenza amministrativa.

E' questa la categoria di atti sui quali si intende soffermare l'attenzione del lettore per meglio comprendere i percorsi logico - argomentativi dell'Adunanza Plenaria.

Sul punto il sesto comma dell'art. 24 della l. 241/90 individua specifici casi in cui, con regolamento, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Governo può prevedere la sottrazione all'accesso di documenti amministrativi e, nello specifico, la lettera d) stabilisce che l'accesso può essere negato "*quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in*

[6] Nello specifico, l'accesso civico semplice dà l'opportunità a chiunque di richiedere documenti, dati o informazioni che le amministrazioni hanno l'obbligo di rendere pubblici sul proprio sito istituzionale (art. 5 c.1 d.lgs. n. 33/2013). Con l'accesso civico generalizzato, invece, è consentito a chiunque di richiedere dati e documenti ulteriori rispetto a quelli che le amministrazioni sono obbligate a pubblicare (art. 5, c. 2). Sulla distinzione si v. S. Toschei, *Accesso civico ed accesso ai documenti amministrativi, due volti del nuovo sistema amministrativo in Italia,* in Riv. *Comuni d'Italia* n. 3/2013. Anche A. M. Sandulli, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità,* in *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, p. 89 e ss..

[7] In realtà l'art. 24 della l. 241/90 si riferisce alla legge 24 ottobre 1977, n. 807, ormai integralmente sostituita da quella sopra individuata.

ISSN 2036-7821

concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono".

In merito a questa tipologia "governativa" di atti (potenzialmente sottraibili al diritto di accesso)[8] trova applicazione l'istituto dell'accesso difensivo espressamente previsto dall'art. 24 comma 7 a mente del quale "*deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici*".

In altri termini, i limiti all'esercizio del diritto di accesso non potranno operare laddove emergano interessi giudiziari all'ostensione di quell'atto, documento o provvedimento amministrativo[9], ovvero nel caso in cui venga in gioco il diritto di azione di cui agli artt. 24 e 113 cost.[10].

Ed invero il settimo comma dell'art. 24 della legge 241/90 assume una portata diversa a seconda della categoria di dati cui si fa riferimento[11].

Se infatti l'atto che la parte processuale ritiene utile per far valere un proprio diritto è un atto coperto dal segreto di Stato, non potrà, ad esempio, valere l'istituto dell'accesso difensivo in parola, come si ricava dagli artt. 40 e 41 della legge 124/2007 che escludono la possibilità di utilizzare gli atti coperti dal segreto di Stato nel processo penale.

Nel caso, invece, di un atto non coperto da segreto di Stato ma classificato ai sensi dell'art. 42 della legge 124/2007, non sarà mai possibile un accesso eso - processuale ma solo un accesso endo - processuale e limitato alla semplice visione dell'atto[12].

L'accesso difensivo acquista maggiore pregnanza, invece, nel momento in cui si riferisce agli altri atti diversi da quelli previsti dalla legge 124/2007, come accade per gli atti sottratti all'accesso per effetto del regolamento governativo.

In tal caso, infatti, occorrerà verificare se l'accesso è necessario per difendere i propri interessi in giudizio ed in quel caso troverà applicazione l'ostensione del dato (e l'eventuale estrazione di copia) senza che trovino applicazione le limitazioni previste dal regolamento[13].

---

[8] Sulla sottrazione all'accesso di documenti o notizie si segnala A. M. Sandulli, *Accesso alle notizie ed ai documenti amministrativi,* in *Enc. Dir.* IV, agg., Milano, 2000.

[9] S. Perongini, Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo, Giappichelli 2016.

[10] Art. 24 cost.: "*tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*". Art. 113 cost.:"*contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa*".

[11] Sui rapporti tra riservatezza e trasparenza si v. S. Agrifoglio, *La trasparenza dell'azione amministrativa e il principio del contraddittorio: tra procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm*., 1991, p. 46 e ss..

[12] Art. 42 c. 8: "*Qualora l'autorità giudiziaria ordini l'esibizione di documenti classificati per i quali non sia opposto il segreto di Stato, gli atti sono consegnati all'autorità giudiziaria richiedente, che ne cura la conservazione con modalità che ne tutelino la riservatezza, garantendo il diritto delle parti nel procedimento a prenderne visione senza estrarne copia*".

[13] Renna, M. (2018). La nuova trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 33/2013: dall'accesso differenziato alla conoscenza diffusa dei documenti amministrativi. In G. G. G. M. P. L. P. F. G. S. Gabriella De Giorgi Cezzi (A cura di), Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani (pagg. 711-724)

ISSN 2036-7821

2. La ricerca di un punto di equilibrio fra accesso e riservatezza.

L'arresto giurisprudenziale in commento si occupa proprio dei rapporti intercorrenti fra accesso e riservatezza.

La legge n.241/90, sotto il profilo dell'accesso ai documenti, indica talune condizioni legittimanti ovvero un interesse diretto, concreto e attuale, oltre che una chiara corrispondenza ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento rispetto al quale è chiesto l'accesso (art. 22 c.1, lett. b).

Sotto quello della "riservatezza", invece, il legislatore ha identificato ben tre diversi livelli di tutela, differenziabili sulla base dei beni sottesi e giuridicamente tutelati.

Al livello di protezione più elevato si trovano dati come la vita sessuale, lo stato di salute, spesso individuati come beni "supersensibili"[14].

Sul punto la giurisprudenza amministrativa[15] ha confermato la loro ostensione a patto che essi coinvolgano un diritto della personalità, ritenendolo di rango pari alla tutela del diritto alla riservatezza.

Degradando sui livelli di protezione si trovano i dati sensibili, ovvero quei dati che rivelano l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche, le opinioni politiche o l'appartenenza a organizzazioni o associazioni di tal genere.

La loro ostensione resta confinata ai casi in cui strettamente indispensabile per curare o difendere i propri interessi giuridici.

Infine il terzo livello di protezione riguarda i dati "comuni", ove per l'ostensione è necessario solamente che il richiedente intenda tutelare legittimamente una propria posizione giuridica soggettiva di vantaggio.

Come anticipato, la regola generale ai fini dell'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi, secondo la prevalente giurisprudenza[16] è che le esigenze di tutela della segretezza e riservatezza previste dalla legge n. 241/1990, siano recessive rispetto al diritto di accesso difensivo disciplinato dall'art. 24, comma 7, della l. 241/90, seppur non in modo assoluto.

Ad ogni modo non è sempre facile per gli interpreti bilanciare i due principi sopra esposti al punto che la giurisprudenza si è più volte pronunciata nel corso degli anni sul delicato equilibrio intercorrente fra tutela della riservatezza e garanzia del diritto di accesso, registrando una più che variegata casistica.

La ricerca di un punto di equilibrio tra il diritto di accesso ed il diritto alla riservatezza del terzo titolare è di difficile interpretazione soprattutto nelle

[14] M. Occhiena, I diritti di accesso dopo la riforma della l. 241/1990, in I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto d'informazione, a cura di F. Manganaro, A. Romano Tassone, Torino, 2005, 145 ss. e in Foro amm.-T.A.R., 2005, 905 ss.

[15] *Ex plurimis*, Cons. st., Sez. Quinta, 28 settembre 2010, n. 7166.

[16] Anche Cons. st.,sez. sesta, 19 giugno 2008, n. 3083.

ISSN 2036-7821

controversie in materia di separazione o divorzio dei coniugi, laddove si acclari la presenza di norme processuali appositamente previste a presidio della *privacy*.
Ed è questo il caso sottoposto alla Adunanza plenaria in commento, ovvero quello di un coniuge che, ai fini di stabilire l'assegno di mantenimento in un giudizio civile di separazione giudiziale, richiede all'Agenzia delle Entrate di accedere ai dati patrimoniali, economici e finanziari della controparte.
L'Agenzia permetteva al coniuge di accedere unicamente alla documentazione reddituale e patrimoniale, ma negava l'accesso alla documentazione della sezione archivio dei rapporti finanziari alla luce di un atteggiamento costantemente prudenziale, in linea con le proprie regole interne volte a valorizzare il principio della riservatezza[17], ritenendo obbligatorio il requisito dell'autorizzazione del Tribunale (che in questo caso mancava) sulla scorta delle regole processual – civilistiche di cui al combinato disposto degli artt. 492-*bis* c.p.c. e 155-*sexies* disp. att. c. p. c., ritenute "speciali" rispetto agli artt. 22 e ss. della l. n. 241/90.

3. Il caso oggetto di contrasto giurisprudenziale e l'Ordinanza di rimessione n. 889/2020: dalla tesi "possibilista o sostanziale" alla tesi "formalista".
Il Tribunale amministrativo campano si pronunciava su un ricorso avverso il silenzio-rigetto formatosi su un'istanza di un cittadino - in pendenza di domanda di separazione giudiziale dal proprio coniuge (con richiesta di addebito e domanda di determinazione dell'assegno di mantenimento in favore proprio e dei due figli) – formulata al fine di accedere ed estrarre copia della documentazione fiscale, reddituale e patrimoniale della controparte, conservata nell'anagrafe tributaria, nonché di ogni comunicazione inviata dagli operatori finanziari all'anagrafe tributaria relativa alle operazioni finanziarie riferibili allo stesso coniuge.
L'Agenzia delle entrate rendeva possibile l'accesso al cittadino solo a seguito della richiesta della documentazione reddituale e patrimoniale, negando, di contro, l'accesso alla documentazione della sezione archivio dei rapporti finanziari ritenendo vigente il principio di specialità delle disposizioni di cui al combinato disposto degli artt. 492-*bis* c.p.c. e 155-*sexies* disp. att. c. p. c. rispetto alla disciplina dell'accesso difensivo di cui all'art. 24, comma 7, l. n. 241/1990 con la conseguente possibilità di ostensione di quei dati *"solo in base ad un'istanza di accesso proposta ai sensi del comb. disp. degli artt. 155-sexies disp. att. c.p.c. e 492-bis c.p.c., istanza che dovrà essere previamente autorizzata dal Tribunale competente"*[18].
Sul punto il Tribunale amministrativo accoglieva il ricorso avverso il diniego di accesso alla documentazione di natura finanziaria, dichiarando l'obbligo

[17] Circolare del 10 ottobre 2017.
[18] Si v. A. Barone, La trasparenza e il diritto di accesso, in AA.VV., Istituzioni di Diritto Amministrativo, Torino: Giappichelli, 2017, p. 199-231 (con R. Dagostino); G. Arena, *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995.

ISSN 2036-7821

dell'Agenzia delle entrate di consentire alla parte ricorrente di prenderne visione ed estrarre copia, ove possibile con modalità telematiche, ritenendo non condivisibile la motivazione dell'atto di diniego e considerando, invero, preferibile quell'orientamento giurisprudenziale precedente secondo il quale tra l'istituto dell'accesso difensivo e l'istituto processual - civilistico in parola vigerebbe il principio di "complementarietà" e non quello di "specialità".
L'Agenzia delle entrate adiva, pertanto, il Consiglio di Stato evidenziando l'erroneità dell'impugnata sentenza nella parte in cui aveva ritenuto accessibili i dati contenuti nella sezione archivio dei rapporti finanziari dell'anagrafe tributaria senza l'autorizzazione del giudice della causa principale ai sensi dell'art. 492-*bis* c.p.c., insistendo a considerare esistente un rapporto di specialità intercorrente tra la normativa contenuta negli artt. 492-*bis* c.p.c. e 155-*sexies* disp. att. c.p.c. e la disciplina dell'accesso documentale di cui alla legge n. 241/1990., principio di specialità che, pertanto non avrebbe consentito l'applicazione della disciplina amministrativa dovendo l'indispensabilità del documento ai fini della tutela giurisdizionale essere intesa come impossibilità di acquisire il documento attraverso le forme processuali tipiche già previste dall'ordinamento.
Con ordinanza n. 889/2020 la quarta sezione del Consiglio di Stato evidenziava l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sulla *vexata questio* rimettendo ogni statuizione all'Adunanza Plenaria.
Essa, al fine di dare certezza interpretativa alle norme in esame, sottoponeva all'Adunanza plenaria i seguenti quesiti di diritto:

a) se i documenti reddituali (le dichiarazioni dei redditi e le certificazioni reddituali), patrimoniali (i contratti di locazione immobiliare a terzi) e finanziari (gli atti, i dati e le informazioni contenuti nell'Archivio dell'Anagrafe tributaria e le comunicazioni provenienti dagli operatori finanziari) siano qualificabili quali documenti e atti accessibili ai sensi degli artt. 22 e ss. della legge n. 241 del 1990;
b) in caso positivo, quali siano i rapporti tra la disciplina generale riguardante l'accesso agli atti amministrativi ex lege n. 241/1990 e le norme processuali civilistiche previste per l'acquisizione dei documenti amministrativi al processo (secondo le previsioni generali, ai sensi degli artt. 210 e 213 del cod. proc. civ.; per la ricerca telematica nei procedimenti in materia di famiglia, ai sensi del combinato disposto di cui artt. 492-bis del cod. proc. civ. e 155-sexies delle disp. att. del cod. proc. civ.);
c) in particolare, se il diritto di accesso ai documenti amministrativi ai sensi della legge n. 241/1990 sia esercitabile indipendentemente dalle forme di acquisizione probatoria previste dalle menzionate norme processuali civilistiche, o anche – eventualmente – concorrendo con le stesse;

ISSN 2036-7821

d) ovvero se – all'opposto – la previsione da parte dell'ordinamento di determinati metodi di acquisizione, in funzione probatoria di documenti detenuti dalla Pubblica Amministrazione, escluda o precluda l'azionabilità del rimedio dell'accesso ai medesimi secondo la disciplina generale di cui alla legge n. 241 del 1990;
e) nell'ipotesi in cui si riconosca l'accessibilità agli atti detenuti dall'Agenzia delle Entrate (dichiarazioni dei redditi, certificazioni reddituali, contratti di locazione immobiliare a terzi, comunicazioni provenienti dagli operatori finanziari ed atti, dati e informazioni contenuti nell'Archivio dell'Anagrafe tributaria), in quali modalità va consentito l'accesso ai medesimi, e cioè se nella forma della sola visione, ovvero anche in quella dell'estrazione della copia, ovvero ancora per via telematica.

In ordine alla tematica del rapporto tra l'istituto dell'accesso difensivo, di cui all'art. 24, comma 7, l. n. 241/1990, e le norme processuali disciplinanti l'acquisizione dei documenti amministrativi al processo civile (sia secondo le previsioni generali, ai sensi degli artt. 210, 211 e 213 c.p.c., sia secondo le previsioni speciali nei procedimenti in materia di famiglia, ai sensi del combinato disposto degli artt. 492-*bis* c.p.c. e 155-*sexies* disp. att. c.p.c.), va segnalato un aperto contrasto giurisprudenziale insorto proprio all'interno della quarta sezione.
Ed invero, in relazione al fatto se la presenza di specifici strumenti previsti dalle norme processuali civili escluda o meno il diritto di accesso secondo la l. n. 241/1990, l'orientamento del Consiglio di Stato è risultato nel tempo discontinuo, registrandosi opposte decisioni per quanto attiene alla documentazione relativa ai dati finanziari contenuti nell'Archivio dell'Anagrafe tributaria.
Un primo orientamento possibilista è quello inaugurato con la sentenza 14 maggio 2014, n. 2472, con la quale la quarta sezione del Consiglio di Stato ha ritenuto possibile l'accessibilità della documentazione contenuta nell'Anagrafe Tributaria, anche se nella sola forma della visione e non della estrazione di copia.
Tre anni dopo la stessa sezione del Consiglio di Stato esprimeva un diverso orientamento "formalista" con la sentenza 13 luglio 2017, n. 3461, ritenendo – seppur in pendenza di circostanze del tutto simili alla pronuncia del 2014 - che il diritto di accesso andasse escluso non determinandosi alcun *vulnus* al diritto alla tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 cost., atteso che gli artt. 211 - 213 del c.p.c.[19] indicavano di per sé (in modo "speciale") la possibile utilizzazione - mediante

[19] Art. 211 - Tutela dei diritti del terzo: *Quando l'esibizione é ordinata ad un terzo, il giudice istruttore deve cercare di conciliare nel miglior modo possibile l'interesse della giustizia col riguardo dovuto ai diritti del terzo, e prima di ordinare l'esibizione può disporre che il terzo sia citato in giudizio, assegnando alla parte istante un termine per provvedervi. Il terzo può sempre fare opposizione contro l'ordinanza di esibizione, intervenendo nel giudizio prima della scadenza del termine assegnatogli.* Art. 213 – Richiesta d'informazioni alla pubblica amministrazione*: Fuori dei casi previsti negli articoli 210 e 211, il giudice può richiedere d'ufficio alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa, che é necessario acquisire al processo.*

ISSN 2036-7821

acquisizione al giudizio - dei documenti finanziari ed economici detenuti dalla Agenzia delle Entrate.
Secondo questo recente orientamento, fornire alla parte processuale la possibilità di acquisire *extraiudicium* i documenti amministrativi inerenti la situazione patrimoniale e finanziaria del coniuge alimenterebbe una vera e propria lesione al diritto di difesa della controparte violando il principio di acquisizione delle prove documentali sancito dal codice di procedura civile.
Ciò nonostante, taluni successivi arresti giurisprudenziali[20] hanno nuovamente dato linfa all'orientamento precedente (individuabile come "possibilista") ammettendo, al di fuori del giudizio, la possibilità di accedere ai documenti della controparte per la tutela della propria posizione giuridica soggettiva, con la conseguenza che il diritto di accesso ex artt. 22 e ss., l. n. 241/1990, rimarrebbe comunque esercitabile indipendentemente dalle forme di acquisizione probatoria previste dalle norme processual - civilistiche.
Secondo i giudici di questo orientamento (che ha vissuto una vera e propria reviviscenza negli ultimi anni) le due discipline – processual - civile e amministrativa sarebbero "complementari" e non "speciali".
Il contrasto giurisprudenziale del quale si è dato brevemente conto, ha generato negli anni precedenti all'arresto giurisprudenziale della Plenaria in trattazione non pochi disagi applicativi con importanti riverberi fattuali nei confronti delle parti processuali.

4. La soluzione adottata dal Consiglio di Stato con Ad. Pl. 25 settembre 2020, n. 20.
L'Adunanza Plenaria, sulla scia di quanto statuito dall'indirizzo più risalente (2014), poi ripreso da Cons. di St. nn. 5910 e 5347 del 2019, ha dipanato la questione enunciando il seguente principio di diritto:

Le dichiarazioni, le comunicazioni e gli atti presentati o acquisiti (d)agli uffici dell'amministrazione finanziaria, contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari ed inseriti nelle banche dati dell'anagrafe tributaria, ivi compreso l'archivio dei rapporti finanziari, costituiscono documenti amministrativi ai fini dell'accesso documentale difensivo ai sensi degli artt. 22 e ss. della legge n. 241/1990.
L'accesso documentale difensivo può essere esercitato indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio dei poteri processuali di esibizione istruttoria di documenti amministrativi e di richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione nel processo civile ai sensi degli artt. 210, 211 e 213 cod. proc. civ..
L'accesso difensivo ai documenti contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari, presenti nell'anagrafe tributaria, ivi compreso l'archivio dei rapporti finanziari, può essere

[20] Cons. St., nn. 5910 e 5347 del 2019.

ISSN 2036-7821

esercitato *indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio dei poteri istruttori di cui agli artt. 155-sexies disp. att. cod. proc. civ. e 492-bis cod. proc. civ., nonché, più in generale, dalla previsione e dall'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio del giudice civile nei procedimenti in materia di famiglia.*
L'accesso difensivo ai documenti contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari, presenti nell'anagrafe tributaria, ivi compreso l'archivio dei rapporti finanziari, può essere esercitato mediante estrazione di copia.

Dinanzi alla preliminare questione posta all'Adunanza Plenaria con l'ordinanza di rimessione, ovvero la qualificazione dei documenti dell'anagrafe tributaria ai fini dell'accesso difensivo, i giudici amministrativi remittenti non hanno registrato alcun contrasto giurisprudenziale ritenendoli documenti amministrativi ex art. 22, comma 1, lettera d), l. n. 241/1990 e art. 1, comma 1, lettera a), d.P.R. n. 445/2000.
L'articolato evidenziato fa riferimento, secondo i giudici della Plenaria, ad ogni documento detenuto dalla pubblica amministrazione o da un soggetto ad essa equiparata.
Il soggetto detentore, pertanto, potrà essere anche privato con il vincolo preminente che il documento ad esso richiesto debba riguardare un'attività di pubblico interesse o risulti connesso al perseguimento di finalità di interesse generale da parte del privato detentore.
Nel novero di tali documenti amministrativi vanno certamente ascritti quei documenti di natura economica – finanziaria contenenti dati reddituali o patrimoniali acquisiti e conservati dall'Agenzia delle Entrate.
Ne deriva che tutti i documenti amministrativi saranno accessibili compresi quelli di natura finanziaria, fatte salve le eccezioni previste dall'art. 24 della l. 241/90.
Il massimo organo giurisdizionale amministrativo sulla base di questo principio generale passa, poi, all'analisi della questione principale relativa ai rapporti tra l'accesso documentale difensivo ex art. 24 comma 7 legge 241/90 e lo strumento processuale delineato dall'art. 155-sexies disp. att. c.p.c., in relazione all'art. 492-bis c.p.c. in materia di ricerca dei beni da pignorare, a seguito di richiesta di accesso, con modalità telematiche.
Nello specifico la questione riguarda i rapporti tra l'accesso documentale ex art. 22 e ss. della l. n. 241/1990 e gli strumenti di acquisizione dei documenti amministrativi nel processo civile, sia secondo la disciplina generale ex artt. 210, 211 e 213 c.p.c., sopra evidenziati, che secondo la richiamata disciplina particolare introdotta nel settore dei procedimenti in materia di famiglia.
Per i giudici di Palazzo Spada, dal raffronto delle due discipline emerge che l'unica eccezione in ordine ai limiti del diritto di accesso per motivi di riservatezza è quella prevista dal settimo comma dell'art. 24 disciplinante il c.d. accesso difensivo, a mente

ISSN 2036-7821

del quale dovrà essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici.
L'Adunanza Plenaria, al riguardo, individua, per la prima volta, la differenza fra due diversi tipi di accesso, quello partecipativo e quello difensivo, i quali rispondono a logiche interpretative ed a regole procedimentali diverse.
Se, infatti, l'accesso partecipativo è finalizzato al raggiungimento della massima trasparenza[21], quello difensivo è finalizzato alla tutela della parte processuale cui, in funzione di contrappeso, grava l'onere di dimostrare che il documento al quale intende accedere è necessario per la cura o la difesa della propria posizione soggettiva.
Con specifico riferimento al settore dei procedimenti in materia di famiglia, oggetto della questione sottoposta all'Adunanza Plenaria, l'unico interesse legittimante all'accesso difensivo sarà quello che corrisponderà - in modo diretto, concreto ed attuale - alla cura in giudizio dei propri interessi, in chiave strettamente difensiva.
Occorre un chiaro collegamento al documento del quale è chiesto l'accesso, ovvero un nesso di strumentalità fra la situazione soggettiva finale ed il documento al quale si intende accedere tramite lo strumento previsto dall'art. 24 c. 7 l. 241/90.
Al riguardo il Consiglio di Stato in seduta plenaria evidenzia che tale esigenza viene soddisfatta, sul piano procedimentale, dal secondo comma dell'art. 25 l. 241/90, a mente del quale "*la richiesta di accesso ai documenti deve essere* (comunque) *motivata*", escludendo l'accesso difensivo in caso di esigenze probatorie e difensive non meglio qualificate dalla parte richiedente.
Con queste premesse la Plenaria depone nel senso della complementarietà tra i due istituti, e non della loro reciproca esclusione in virtù dell'applicazione del principio di specialità.
E difatti, secondo il supremo organo di giustizia amministrativa la situazione legittimante all'accesso è autonoma e distinta da quella legittimante l'agire in processo, situazione che va tutelata a prescindere dal relativo esito del giudizio.
La conseguenza più evidente sarà quella che il diritto di accesso difensivo ben può essere strumentale alla difesa di una situazione giuridica tutelata dall'ordinamento e ben può ritenersi azionabile dinanzi al giudice amministrativo, a prescindere dalla circostanza che la situazione giuridica finale si configuri come diritto soggettivo o interesse legittimo, e che quindi rientri nell'ambito di giurisdizione del giudice amministrativo e di quello ordinario[22].
Si badi, però, al fatto che l'accesso difensivo – come osservato dalla Plenaria in altre circostanze[23] - oltre ad avere natura processuale (laddove l'ordinamento giuridico ha

[21] Si v. F. Manganaro, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in www.astridonline.it, 2009.
[22] Sul punto anche Cass., SS. UU., civ., 14 aprile 2011, n. 8487; id., 28 maggio 1998, n. 5292.
[23] Cons. St., Ad. pl. 18 aprile, 2006, n. 6.

ISSN 2036-7821

voluto fornire di "azione" la 'pretesa' di conoscenza, rendendo effettivo l'eventuale illegittimo diniego o silenzio[24]), conserva, comunque, una natura giuridica sostanziale che dipende dall'essere, l'accesso, *una situazione strumentale per la tutela di una situazione giuridica finale*.

Di contro, ad una lettura sistematica degli strumenti di acquisizione probatoria processual-civilistici (art. 210, 211 e 213 c.p.c., 155-sexies disp. att. c.p.c. e 492-bis c.p.c.), non passa inosservato che essi si muovono esclusivamente all'interno del processo, essendo assoggettati alla valutazione del giudice.

Ne consegue che un eventuale rigetto non sarà autonomamente impugnabile né ricorribile, e gli eventuali vizi dell'istruttoria costituiranno soltanto motivi di impugnazione della sentenza finale.

Pertanto il possibile rigetto di un'istanza di esibizione di un documento della PA non si porrà in contrasto con l'art. 22 e ss. della legge n. 241/90 laddove proposta sulla base della norma processual – civilistica, ovvero sulla base dell'art. 210 c.p.c., attesa la diversa operatività delle due norme in commento.

Orbene mentre per la legge n. 241/1990 l'interesse del privato all'accesso documentale è inteso come sostanziale, l'acquisizione ai sensi dell'art. 210 c.p.c. è intesa come esercizio di un potere processuale[25].

In questo secondo caso l'ostensione/acquisizione documentale resterà comunque subordinata alla valutazione del giudice che verterà sulla rilevanza del documento in parola per la sua decisione[26].

La normativa processual –civilistica inerente l'esibizione istruttoria di cui agli artt. 210, 211 e 213 c.p.c., non costituirà, quindi, un limite all'esperibilità dell'accesso documentale difensivo previsto dalla l. n. 241/90, atteso che tali mezzi istruttori vanno considerati residuali rispetto alle forme di acquisizione dei documenti da parte dei privati sulla base di correlative discipline di natura sostanziale anche in funzione della loro produzione in giudizio.

In altre parole, né prima né in pendenza del processo civile, gli artt. 210 e ss. del c.p.c. costituiranno effetto preclusivo dell'esercizio dell'accesso documentale difensivo secondo la disciplina prevista dalla l. n. 241/1990.

Le argomentazioni sopra riportate – secondo la Plenaria – ben possono attagliarsi con riguardo al rapporto tra l'istituto dell'accesso documentale difensivo e i poteri

[24] Art. 116 c.p.a. Si v. M. Lipari, *Il processo in materia di accesso ai documenti amministrativi,* in www.lexitalia.it.

[25] A queste conclusioni giunse già R. Marrama, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 416 e ss..

[26] Tesi peraltro avallata da Cass. civ., 9 agosto 1996, n. 7318, per come evidenziato dalla Plenaria in sede di redazione della sentenza in commento.

ISSN 2036-7821

istruttori d'ufficio di acquisizione documentale, poteri attribuiti al giudice ordinario nei procedimenti in materia di famiglia[27].

Ed invero, non vi è traccia in alcuna norma riguardante il diritto di famiglia – sia essa sostanziale o processuale - di alcuna clausola di specialità e quindi di prevalenza di quelle norme rispetto alla disciplina dell'accesso documentale di cui alla legge amministrativa, in ordine ai documenti patrimoniali, reddituali e finanziari della controparte (sia essa un coniuge od un genitore), utili alla ricostruzione dei rapporti patrimoniali e finanziari (come nel caso della determinazione degli assegni di divorzio, di separazione e di mantenimento dei figli) e quindi alla tutela della propria posizione giuridica soggettiva.

L'assunto trova sicuro conforto anche nella giurisprudenza civile che sul punto ha espresso un orientamento costante stabilendo che tali poteri istruttori d'ufficio *non possono essere esercitati per sopperire alla carenza probatoria della parte onerata, la quale abbia la possibilità di acquisire le prove* aliunde *e non le abbia prodotte in giudizio*[28].

In conclusione, anche per i procedimenti in materia di famiglia, il principio per cui l'esercizio dei poteri d'indagine, anche d'ufficio, attribuiti al giudice civile, richiede che la parte abbia fatto tutto il possibile per offrire la prova dei fatti che è interessata a dimostrare, non essendo esercitabili tali poteri officiosi per supplire eventuali carenze probatorie addebitabili alla parte che ne solleciti l'esercizio.

Resta fermo il fatto che la parte interessata dovrà comunque fornire elementi di fatto specifici e circostanziati, idonei a rendere la contestazione della documentazione prodotta dalla controparte sufficientemente specifica da imporre un approfondimento istruttorio.

L'esperibilità dell'accesso documentale difensivo ai documenti della anagrafe tributaria, ivi incluso l'archivio dei rapporti finanziari, non può essere esclusa (non ostando l'attribuzione al giudice delle controversie familiari dei poteri istruttori d'ufficio) neanche nell'ambito dei procedimenti in materia di famiglia, laddove si intenda accertare le sostanze patrimoniali e le disponibilità reddituali di ognuno dei coniugi per determinare l'entità dell'assegno disposto a beneficio di quello più bisognoso.

In ultimo i giudici dell'Adunanza Plenaria analizzano la questione relativa alle modalità ostensive dei documenti dell'anagrafe tributaria, ivi inclusi i documenti dell'archivio dei rapporti finanziari stabilendo che, avuto riguardo all'accesso

[27] Si pensi all'art. 337-ter, ultimo comma, cod. civ., oppure all'art. 5, comma 9, l. n. 898/1970, od ancora all'art. 155-sexies disp. att. c.p.c..

[28] *Ex pluris*, Cass. Civ., ord. 15 novembre 2016, n. 23263. Unica eccezione - secondo la Plenaria – riguarda la materia di determinazione del contributo di mantenimento per i figli minori, ovvero l'art. 337-ter c.c. in combinato disposto con l'art. 155, comma 6 c.c., ove, nell'ambito del potere istruttorio del giudice, la domanda non può essere respinta per carenza di prova senza l'esercizio del potere d'ufficio. Sul tema si v. R. Villata, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna-Villa Monastero, Milano, 1989, p. 18 e ss..

ISSN 2036-7821

difensivo, per la cura e la difesa del bene alla vita del richiedente, l'unico modo che soddisfa la funzione di acquisire la documentazione in sede processuale non può che essere speculare rispetto a quanto accade in sede extra processuale, con la conseguente valorizzazione della possibilità di estrarre copia, ai fini di un eventuale utilizzo del documento anche in sede processuale.
Sul punto la Plenaria parte dalla lettura sistematica della disposizione precisando che, sotto il profilo normativo, l'art. 22, comma 1, lettera *a)*, l. n. 241/1990 prevede quale forma generale di accesso quella "*di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi*".
Di contro, l'art. 5, comma 1, lettere *a)* e *d)* del decreto ministeriale 29 ottobre 1996, n. 603, prescrive in caso di accesso difensivo la possibilità di visionare (e non di estrarre copia) la documentazione finanziaria, economica, patrimoniale, reddituale e fiscale detenuta dall'amministrazione finanziaria.
Secondo i giudici della Plenaria, comunque, il divieto regolamentare posto dal decr. Min. n. 603/1996 è determinato dal suo stretto legame con il "vecchio" art. 24, comma 2, lettera *d)*, l. n. 241/1990, ormai novellato dalla legge n. 15/2005, e che non prevede più alcuna limitazione quanto alle modalità di accesso difensivo alla documentazione contenente dati personali[29] riservati, con la conseguente abrogazione implicita della norma regolamentare dell'anno 1996.

5. Spunti di riflessione.

Una volta che l'Adunanza Plenaria con sentenza n. 20/2020 ha ribadito la natura amministrativa dei documenti finanziari, patrimoniali ed economici detenuti dall'Agenzia delle Entrate risulta facile intuire come tale natura pubblicistica sia connaturata al documento indipendentemente dal fatto che l'atto si sia formato in regime privatistico o pubblicistico o che il soggetto detentore sia pubblico o privato.
Ne discende, pertanto, che - anche nel caso in cui la PA risulti totalmente estranea al processo civile - la parte in causa, laddove intenda tutelare una propria posizione giuridica soggettiva tramite un documento amministrativo detenuto da un'amministrazione finanziaria, ben potrà accedervi ed estrarne copia secondo le regole sopra emarginate.
L'accesso difensivo, infatti, ha una valenza generale e può essere utilizzato per dimostrare i fatti costitutivi, impeditivi, modificativi o estintivi delle situazioni giuridiche in generale indipendentemente dal contesto entro il quale l'individuo difende il proprio interesse giuridico, contesto che potrà quindi essere endo o esoprocessuale.
Parimenti non assume alcun rilievo ai fini dell'efficacia dell'accesso difensivo quale sia l'autorità giudiziaria, se ordinaria, amministrativa o contabile.

[29] F. Cardarelli, R.Sica e V.Zeno-Zencovich, *Il Codice dei dati personali: temi e problemi*, Giuffrè, 2004.

ISSN 2036-7821

Per la stessa logica non importa se l'accesso difensivo venga richiesto per difendere un diritto soggettivo od un interesse legittimo non rilevando né la natura né la consistenza della situazione giuridica soggettiva che si intende tutelare, essendo bastevole che si tratti di situazione azionabile (anche solo in ipotesi) in caso di lesione.

A tali conclusioni è tornato, da ultimo, il supremo consesso amministrativo che, con Cons. St., Ad. Plen., 18 marzo 2021, n. 4 ha ribadito i principi sopra enucleati puntualizzando che debba escludersi che sia sufficiente nell'istanza di accesso un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora da introitare, ribadendo che l'ostensione del documento richiesto passa comunque attraverso un *"rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare"*.

Pertanto la PA che detiene il documento non dovrà svolgere "a monte" alcuna *"ultronea"* valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, atteso che tale competenza meritoria spetta eventualmente soltanto al giudice dinanzi al quale pende la causa e non certo alla PA che detiene il documento[30].

La Plenaria specifica però, che la valutazione meritoria *ex ante* da parte della PA resta possibile in caso di assoluta ed evidente mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive della parte istante.

In questi casi, infatti, si ricadrebbe pienamente nella ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo con la conseguente totale assenza dei presupposti legittimanti, previsti, dalla l. n. 241 del 1990, presupposti di cui la PA deve comunque (sempre) tenerne conto prima di ogni ostensione documentale.

[30] Sulle valutazioni in tema di privacy si v. S. Toschei, *Note minime sulla tutela della c.d. privacy da parte dei soggetti pubblici e prospettive della nuova figura di amministrazione aperta*, in Riv. men. *Appalti e contratti,* n. 11/2012, p. 13-28.

ISSN 2036-7821