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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

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

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 1/2023

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

Comitato scientifico

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

Comitato editoriale

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

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

FASCICOLO N. 4/2022

SOMMARIO

1. **Las medidas cautelares de especial urgencia en el proceso contencioso-administrativo español - Un análisis doctrinal y jurisprudencial del artículo 135 de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.**
di Antonio Calonge Velázquez……pag. 1

2. **Brevi riflessioni su natura e caratteri della responsabilità degli enti collettivi per fatti delittuosi.**
di Giovanni Martini……..pag. 23

3. **Percorsi organizzativi e strumenti di tutela del diritto all'istruzione e alla salute: spunti per l'elaborazione di un modello di cittadinanza aperto ed inclusivo in una prospettiva interdisciplinare e multilivello.**
di Mariaconcetta D'Arienzo…….....pag. 55

4. **Struttura organizzativa del Governo e suoi processi evolutivi: il ruolo dei Comitati interministeriali.**
di Francesco Zammartino**…….**……..……..pag. 83

5. **Il BIM come strumento di semplificazione ed efficienza nell'e-procurement.**
di Bianca Nicla Romano……pag. 105

ISSN 2036-7821

6. **Obblighi di pubblicazione e sanzioni: il caso dei consulenti e dei collaboratori.**
di Federica Lombardi……..……...pag. 150

7. **The taxation implications of the mobility guarantee of the Agreement on the Free Movement of persons between Switzerland and the EU in the experience of the German taxation system.**
di Filippo Luigi Giambrone……pag. 165

8. **Profili problematici del potere di convalida.**
di Augusto Di Cagno ……pag. 227

9. **L'interoperabilità dei sistemi giudiziari: coordinamento informatico e coordinamento informativo.**
di Andrea Marco Colarusso……..pag. 275

10. **Transizione ecologica e modelli dell'economia.**
di Ciro Alessio Mauro ……pag. 290

11. **Evolution and future perspectives of European Territorial Cooperation.**
di Francesco Muzj……pag. 307

12. **Intelligenza artificiale nell'ambito del sistema sanitario. Implicazioni in termini di privacy alla luce del nuovo GDPR.**
di Karidia Karabue……..pag. 359

ISSN 2036-7821

13. La disciplina pubblicistica dell'animale d'affezione.
di Mario Paladino……pag. 373

14. Le ragioni storico-giuridiche del welfare italiano. Dalla fine della Seconda guerra mondiale alla Costituente
di Andrea Nisticò……pag. 390

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Las medidas cautelares de especial urgencia en el proceso contencioso-administrativo español
(Un análisis doctrinal y jurisprudencial del artículo 135 de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa)

di Antonio Calonge Velázquez

(Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Valladolid)

Sommario

I. Introducción; II. El artìculo 135 LJCA; 1. Elaboración del precepto: la LJCA y sus modificaciones; 2. Elementos; 2.1. Elemento temporal; 2.2. Elemento subjetivo; 2.3. Elemento formal; 2.4. Elemento material; 2.5. Elemento teleológico; 3. Algunos problemas interpretativos y sus soluciones jurisprudenciales; 3.1. La irrecurribilidad del auto; 3.2. La comparecencia; III. Conclusiones.

Abstract

This paper looks at work precautionary measures of special urgency, very cautionary or very provisional measures. The study is carried out from both a doctrinal and jurisprudential point of view, highlighting the main interpretive problems posed by its brief regulation and the solutions provided by our Courts.

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

ISSN 2036-7821

I. Introducción

Desde la aprobación de la Constitución española de 1978 (en adelante, CE), las medidas cautelares o, en términos más amplios, la tutela cautelar fue objeto de atención preferente tanto por la doctrina como por los Tribunales de lo contencioso-administrativo, lo que, ya hace años, nos permitió afirmar que este tema se estaba convirtiendo en un tema "estrella", en una de las piedras de toque de nuestro contencioso-administrativo[1]. Hoy, tras las modificaciones legislativas y jurisprudenciales de que vamos a dar cuenta, ya ha perdido ese carácter estelar, aunque continúa siendo importante.

La doctrina administrativista de nuestro país[2], así como la de otros de nuestro entorno[3] y, también, de la Unión Europea[4], se ocupó de la tutela cautelar haciéndolo aparecer como solución de urgencia a un problema de mayor trascendencia e importancia: la falta de adecuación de nuestro proceso contencioso-administrativo a los principales mandatos contenidos en nuestra Constitución y, de modo más concreto, al derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 CE, calificado, en feliz expresión del profesor García de Enterría de "nuevo paradigma" de la revolución científica que vivimos[5], y muy gráficamente descrito por González Navarro como "un derecho de contenido complejo que –al igual que esas muñecas rusas- alberga en su seno otros derechos, entre ellos y en lo que aquí importa, el derecho a una tutela judicial provisional, que puede obtenerse en un proceso de sumariedad máxima"[6].

Después de la promulgación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), es indudable que se produjo un avance sustancial en la materia superándose definitivamente los

[1] Vid. Mi trabajo "Primera medida cautelar 'provisionalísima' en materia de disciplina deportiva ¿Fin de la ejecutividad de las sanciones deportivas?, *Revista Española de Derecho Deportivo*, nº 5, 1995, p.117.

[2] Vid., por todos, C. Chinchilla Marín, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991 y E. García de Enterría, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 1992.

[3] Nos referimos singularmente a Italia, vid., A. Valorzi., *Tutela cautelare in proceso aministrativo*, Verona, Cedam-Padova, 1992. En nuestro país, las medidas cautelares en el proceso administrativo italiano fueron estudiadas por T. Quintana López en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 64, 1989, pp.533-546. En Francia el proyecto de Ley 198 de 2009 del código de justicia administrativa que luego habría de ser la Ley 1437 de 2013, señaló que se proponía fortalecer los poderes del Juez… dentro del proceso contencioso-administrativo en los siguientes temas: … g) En relación con medidas cautelares: las medidas cautelares contempladas en el proyecto se constituyen en el más novedoso y eficaz instrumento para lograr la tutela judicial efectiva", convirtiéndose así las medidas cautelares en un instrumento novedoso, pero también complejo y delicado al momento de ejercer la función judicial.

[4] B. Pastor Borgoñón y E. Van Goinderachter, Eric, *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas* Madrid, Cuaderno de Estudios Europeos, Civitas, 1993.

[5] "La crisis del contencioso-administrativo francés", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 58, 1998, p.179.

[6] F. González Navarro, "El procedimiento administrativo en las corporaciones locales", *Tratado de Derecho Municipal*, I., (dir. Santiago Muñoz Machado), 2ª ed., Madrid, Civitas, 2003, p.651.

ISSN 2036-7821

estrechos límites que establecían los artículos 122-125 de la Ley anterior reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, la Ley de 27 de diciembre de 1956, que reconocía como única medida cautelar posible la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo.

La LJCA cambió por completo el panorama en esta materia, regulándola de una manera novedosa[7], si bien las novedades que incorporó fueron relativas, habida cuenta de que, como muy bien apuntara Chinchilla Marín, "si bien es cierto que comparada con la regulación contenida en los preceptos correspondientes de la Ley de 1956, el cambio es espectacular, la espectacularidad deja de ser tal si se tiene en cuenta la auténtica revolución que en materia de medidas cautelares habían protagonizado hasta la fecha nuestros Tribunales[8].

En efecto, varias Salas de nuestros Tribunales contencioso-administrativos (incluida la Sala de la misma jurisdicción del Tribunal Supremo) y, también, el Tribunal Constitucional se pronunciaron a favor de la tutela cautelar como remedio para asegurar la efectividad de las sentencias. Los citadísimos Autos del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990[9] o de 17 de enero de 1991[10] -por citar los ejemplos más relevantes, contribuyeron a poner en el candelero jurisprudencial y, también, doctrinal a la tutela cautelar, suponiendo un avance más que notable en la materia al introducir el viejo y conocido *fumus boni iuris*[11] como parámetro a considerar por los operadores jurídicos para el otorgamiento de la, en ese momento, única medida cautelar que existía, según hemos puesto de relieve. O, después, los también muy conocidos Autos del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1993, después confirmados por Auto de 11 de enero de 1994 del mismo Tribunal, en los que la Sala entendió necesario acudir a las medidas provisionalísimas, invocando al efecto la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil proclamada por la Disposición Adicional 6ª de la Ley de 1956 y, en concreto, de su artículo 1428 que contempla las medidas cautelares innominadas.

Siendo así, lo cierto es que la LJCA de 1998 fue la primera Ley jurisdiccional de lo contencioso-administrativo que reguló en nuestro país las medidas cautelarísimas

[7] La Exposición de Motivos de la LRJCA resaltó especialmente el tema de las medidas cautelares manifestando, entre otras cosas, lo siguiente: "El espectacular desarrollo de estas medidas en la jurisprudencia y la práctica procesal de los últimos años ha llegado a desbordar las moderadas previsiones de la legislación anterior, certificando su antigüedad en este punto. La nueva ley actualiza considerablemente la regulación de la materia, amplía los tipos de medidas cautelares y determina los criterios que han de servir de guía a su adopción".

[8] C. Chinchilla Marín, "La tutela cautelar", *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, dirs. Jesús Leguina Villa y Miguel Sánchez Morón, Valladolid, Lex Nova, 1999, p.570.

[9] Ar. 10412 (Ponente: Excmo. Sr. Francisco González Navarro). Un comentario a este Auto, E. García de Enterría, "La nueva doctrina sobre medidas cautelares. La recepción del principio 'fumus boni iuris' (auto de 20 de diciembre de 2990) y su trascendencia general", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 69, 1991, pp.67-82.

[10] Ar. 504 (Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Delgado Barrio)

[11] Sobre esta figura, vid., *in totum* C. Jiménez Plaza, Carmen, *El **fumus boni iuris**: Un análisis jurisprudencial*, Madrid, Iustel, 2005.

ISSN 2036-7821

inaudita parte debitoris, aunque la Ley jurisdiccional anterior, la de 1956, ya había admitido al amparo del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la adopción de medidas sin audiencia de las partes.

La nueva Ley –ha escrito Casares Marcos[12]- supone un vuelco fundamental en la materia, tanto en la forma como en el fondo. No en vano, dedica un Capítulo completo al régimen de las medidas cautelares, que comprende, a su vez, ocho preceptos en los que se desgranan progresivamente el fundamento, los presupuestos y la medida cautelar en sede contencioso-administrativa. Su enunciado incorpora, además, innovaciones esenciales al hilo de las reivindicadas poco tiempo antes y, así, por lo que a nosotros nos interesa, el posible otorgamiento de las medidas provisionalísimas o su adopción *inaudita parte*.

La vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo regulado en la LJCA (capítulo II del título VI) se integra por:

a) Un sistema general, previsto en los artículos 129 a 134 LJCA.
b) Dos supuestos especiales procesales, previstos en los artículos 135 (medidas de especial urgencia, provisionalísimas o cautelarísimas) y 136 de la misma ley (supuesto de inactividad de la Administración o vía de hecho de los artículos 29 y 30 de la propia ley) Y
c) Otras dos especialidades, por razón de la materia a que se refieren, como son las previstas en el artículo 122 bis (en relación con la autorización judicial contemplada en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, así como el artículo 127 *quater* de la misma LRJCA (en relación con el procedimiento especial para la garantían de la unidad de mercado, Ley 20/2013, de 9 de diciembre)[13].

En el presente trabajo, no nos vamos a ocupar de analizar la regulación que de las medidas cautelares contiene la LJCA en sus artículos 129 a 136[14], sino tan solo de aquel precepto, el artículo 135, que regula las que denominamos medidas cautelares de especial urgencia, expresión que nos parece más apropiada que la de "provisionalísimas"[15], aunque el legislador así las haya denominado en la Exposición de Motivos que reformó en 2011 el artículo 135 LJCA, y los Tribunales también "provisionalísimas" o "cautelarísimas" en el auto del TS citado en la nota anterior a pie de página, pues como de manera acertada indicara Sala Arquer, "las medidas a

[12] A.B. Casares Marcos, "Eficacia de las medidas cautelares en lo contencioso-administrativo", *20 años de la Ley de lo Contencioso-administrativo*: actas de del XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, coord. Fernando López Ramón y Julián Valero Torrijos, 2019, p.360.

[13] Así se expresa el auto de 8 de abril de 2021 del Tribunal Supremo (Rec. 81/2021), que contiene un acertado resumen de las características del sistema general de medidas cautelares contemplado en la legislación española.

[14] Para ello, nos remitimos *in totum* al completísimo estudio ya citado de A. B. Casares Marcos, "Eficacia de las medidas cautelares", cit.

[15] Así las denomina J. Rodríguez Arana, "Disposiciones comunes a los títulos IV y V, Capítulo II, Medidas cautelares, artículos 133-135", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 100, 1998, p.890.

ISSN 2036-7821

que se refiere este precepto son las previstas en el artículo 129: es decir, las medidas cautelares propiamente dichas, que en este precepto se mencionan genéricamente: cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia"[16][17].

Ahora bien, las medidas provisionalísimas, a mi juicio, tienen por finalidad inmediata asegurar la resolución que sobre la pieza separada de suspensión se dictará en su día, aunque de manera mediata "su justificación enlazaba con la efectividad predicable del derecho a la tutela judicial efectiva y, consecuentemente, con el derecho a la tutela cautelar"[18]. Así, lo había entendido también el Consejo de Estado cuando en su dictamen sobre el proyecto de LJCA manifestó que su razón de ser está en "asegurar la efectividad de la medida cautelar (…) que pudiera, en su caso, adoptarse. No suponen la apertura de una pieza separada, sino que deciden en la que se abre para sustanciar las medidas cautelares ordinarias"[19]

Pues bien, nos proponemos analizar este artículo 135 LJCA que, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico patrio, recogió las denominadas medidas cautelarísimas.

II. El artículo 135 LJCA

1. Elaboración del precepto: la LJCA y sus modificaciones.

El proyecto de LJCA[20] recogió las denominadas medidas cautelares de urgencia en su artículo 126.2 con el tenor literal siguiente:

"Abierta la pieza separada, y siempre a instancia de parte, previa audiencia del representante de la Administración demandada o de ésta si no se hubiera personado en el proceso, por plazo de tres días, el Juez o Tribunal podrá acordar mediante auto las medidas indispensables para asegurar la efectividad del acuerdo de suspensión que pudiera, en su caso, adoptarse. Dichas medidas podrán ser modificadas o revocadas de acuerdo con lo previsto en el artículo 124.4".

Como destacara Sala Arquer[21], este precepto mantenía la configuración de las medidas provisionalísimas como medidas precautelares, distintas en principio de la

[16] J.M. Sala Arquer, "La adopción de medidas cautelares con carácter urgente", *Justicia Administrativa*, núm. Extraordinario, 1999, p.211.

[17] No desconocemos las críticas que se alzaron respecto a esta única función que se atribuye a las medidas cautelares y, en este sentido, C. Chinchilla Marín, "La tutela…", cit., p.573, se preguntó si en lugar de aludir de manera expresa a la sentencia no hubiera sido mejor utilizar una forma más genérica que diese acogida a una función más amplia de las medidas cautelares como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales en general, y no solamente de la sentencia.

[18] J.L. Terrero Chacón, "Las medidas cautelares" *Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)*, dirs. E. Arnaldo Alcubilla y R. Fernández Valverde, Madrid, El Consultor, 1998., p.1343.

[19] Dictamen del Consejo de Estado 1125/1997, de 29 de mayo (BOE.es-CE-D—1997-1125)

[20] *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (BOCG), Serie A, núm. 70-1 de 18 de junio de 1997.

[21] "La adopción de medidas…"., cit., p.210.

ISSN 2036-7821

medida cautelar de suspensión: se hablaba, en efecto, de "las medidas indispensables para asegurar la efectividad del acuerdo de suspensión que pudiera, en su caso, adoptarse".

A la regla mencionada le fueron presentadas cuatro enmiendas cuya única pretensión era, en mi opinión, mejorar, en la medida de lo posible, el régimen jurídico de este tipo de medidas[22].

Así, la enmienda número 54, presentada por la señora Lasagabaster Olozabal, del Grupo Mixto, proponía señalar de manera expresa que las referidas medidas que pudieran dictarse fueran no solo negativas, sino también de contenido positivo, consagrándose de esta manera a nivel legislativo la interpretación más progresista de la jurisprudencia[23], si bien es cierto –entendía la diputada enmendante- que, aunque el texto del Proyecto de Ley no hacía distinciones y podría aplicarse el principio interpretativo de que *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere*, sería positivo añadir la precisión que proponía.

Las enmiendas números 147 y 266, presentadas por los Grupos parlamentarios de Izquierda Unida y Popular, respectivamente, con idéntico texto y casi la misma justificación, solo trataban de introducir garantías para el caso de admitirse las medidas provisionalísimas, vinculándolas a la resolución de la pieza separada, estableciendo un *dies a quem* enlazado, en todo caso, a la resolución de la pieza separada de suspensión y, con este propósito, modificaban el inciso final del precepto objeto de enmienda con un texto del tenor literal siguiente:

"Dichas medidas solo podrán acordarse por el tiempo indispensable para tramitar la pieza separada de suspensión y, sin perjuicio, de su modificación o revocación en los términos previstos en el artículo 124.4 quedarán sin efecto automáticamente al dictarse el auto que resuelva sobre la suspensión solicitada".

Y, por último, la enmienda número 312 del Grupo parlamentario Socialista que ofrecía una nueva redacción al precepto, pero que sustancialmente no variaba el sentido de aquél: lo más destacado era que señalaba que "si en el plazo de treinta días, a partir de la adopción de tales medidas, no se dictare auto en la pieza separada de suspensión, quedarán automáticamente sin efecto las medidas adoptadas"[24].

---

[22] Las enmiendas pueden verse en *BOCG*, Serie A, núm.70-8, de 24 de noviembre de 1997.

[23] Sobre las medidas cautelares positivas, vid. El Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de marzo de 1991 y el comentario al mismo de E. García de Enterría, También, en *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, 2ª ed. ampliada, Madrid, Civitas, 1995, pp.255 a 272.

[24] Puede encontrarse un paralelismo a esta previsión en el contenido del artículo 72.1 de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común (ambas derogadas), que señalaba que si en el plazo de quince días el órgano competente no se ha pronunciado respecto a las medidas provisionales adoptadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, éstas quedarán sin efecto. Regla hoy contenida en el artículo 56.2 de la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común con la siguiente dicción literal: "…

ISSN 2036-7821

La configuración final del precepto no vino determinada, sin embargo, por las enmiendas que se acaban de exponer, sino por la número 26 presentada por el Grupo parlamentario Vasco a todo el capítulo II –el dedicado a las medidas cautelares- del Título VI del Proyecto de Ley.

En efecto, el Grupo parlamentario citado propuso la supresión de las medidas provisionalísimas o precautelares contenidas en el artículo 126.2 pues, a su juicio, no son sino una anticipación del juicio cautelar, lo que da lugar a problemas habida cuenta de que existiría un juicio precautelar y otro cautelar con los mismos parámetros y en un corto lapso de tiempo.

La Ponencia constituida en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados propuso una transacción con las enmiendas presentadas a los artículos 124 a 132 del Proyecto redactando de nuevo todo este Capítulo II del Título VI dándole un vuelvo completo en relación con los planteamientos del texto remitido por el Gobierno[25], que incluiría un artículo 130 (nuevo) que, a la postre, será el definitivo artículo 135 LJCA con la redacción siguiente:

"El Juez o Tribunal, atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurran en el caso, adoptará la medida sin oír a la parte contraria. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución, el Juez o Tribunal convocará a las partes a una comparecencia, que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes, sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada. Celebrada la comparecencia, el Juez o Tribunal dictará auto, el cual será recurrible conforme a las reglas generales".

Esta disposición variará su numeración en los sucesivos trámites parlamentarios -en concreto, pasará a ser el artículo 135 en el texto aprobado por el Congreso de los Diputados[26]- pero, no ya su contenido que permanecerá inalterado hasta su definitiva aprobación.

Más de diez años después, el artículo 14, sesenta y tres, de la Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Oficina judicial, añadirá un párrafo segundo al artículo 135 del tenor literal siguiente:

"En cuanto se refiere a la grabación de la comparecencia y a su documentación serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 63".

Este párrafo en nada afecta a la sustantividad del precepto, aunque, enmarcado en el objetivo primordial de la reforma de la Justicia, sin duda venía a reforzar las garantías del justiciable en tanto en cuanto establecía, de modo generalizado, la

---

Las medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse a los quince días siguientes a su adopción…".

[25] Así se expresa de manera acertada, en nuestra opinión, J.M. Sala Arquer, "La adopción de medidas cautelares….", cit., p.211.

[26] *BOCG*, Serie A, núm. 70-12, de 18 de abril de 1998.

ISSN 2036-7821

grabación de las vistas, como ya había anticipado la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Pocos años después, con motivo de una serie de reformas procesales en pro de asegurar la sostenibilidad del sistema y garantizar que los ciudadanos pudieran disponer de un servicio de calidad y tratando de introducir en la legislación procesal mejoras que permitieran agilizar los distintos procedimientos, sin mermas para las garantías del justiciable, se dictó la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, cuyo artículo tercero, diez, modifica el artículo 135 LJCA, que queda redactado en los siguientes términos:

"1. Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto:

a) Apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida conforme al artículo 130. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales.

En cuanto se refiere a la grabación de la comparecencia y a su documentación serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 63.

b) No apreciar las circunstancias de especial urgencia y ordenar la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131, durante la cual los interesados no podrán solicitar nuevamente medida alguna al amparo del presente artículo.

2. En los supuestos que tengan relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen retorno y el afectado sea un menor de edad, el órgano judicial oirá al Ministerio Fiscal con carácter previo a dictar el auto al que hace referencia el apartado primero de este artículo".

Se modificaba la regulación de las medidas cautelarísimas –según confesión del legislador en la Exposición de Motivos de esta Ley-, recogiendo "las verdaderas posibilidades que en la actualidad se están llevando a cabo por los órganos judiciales: apreciar la especial urgencia y citar a la comparecencia, apreciar la especial urgencia y denegar la medida cautelar inaudita parte o bien no apreciar la urgencia y decidir tramitar conforme a las reglas generales, añadiendo la posibilidad de alegaciones por escrito en vez de comparecencia". Por otra parte, se prevé con carácter expreso la

ISSN 2036-7821

necesaria intervención del Ministerio Fiscal en determinados supuestos que afecten a menores de edad.
Este precepto no fue objeto de enmienda alguna ni en el Congreso de los Diputados ni en el Senado, por lo que tampoco hubo discusión sobre el mismo y su redacción definitiva se corresponde con la que apareció en el Proyecto de Ley[27] y que acabamos de transcribir.

2. Elementos.
Nos corresponde analizar con el detenimiento y la profundidad que nos permite un trabajo de estas características el parco contenido del precepto de la LJCA regulador de las medidas cautelarísimas.
Este análisis se llevará a cabo en cinco grandes apartados que responden a los que, en mi opinión, constituyen los elementos que conforman las medidas cautelarísimas, tal y como han sido disciplinadas por nuestro legislador.
En primer lugar, expondremos el elemento temporal para la cual deberemos estudiar el momento en que pueden ser adoptadas estas medidas y cuándo se extinguen, así como su existencia a lo largo del proceso principal.
En segundo término, nos detendremos en el elemento subjetivo. Esto es, nos interesará conocer quién puede adoptar estas medidas.
En tercer lugar, daremos cuenta del elemento formal, es decir, de los requisitos que debe tener en cuenta el Juez o Tribunal para adoptar las medidas cautelarísimas.
En cuarto lugar, pondremos nuestra atención en el elemento material o, expuesto en otros términos, conoceremos cuáles son las medidas que pueden ser adoptadas, cuál es su contenido.
Y, en último término deberemos referirnos al elemento teleológico, esto es, a la finalidad que persigue.

2.1. Elemento temporal.
A tenor de lo dispuesto en el apartado 1 de este precepto, las medidas cautelarísimas podrán ser solicitadas y adoptadas por el Juez o Tribunal en cualquier momento del proceso antes de la sentencia, si bien lo normal es que se soliciten al inicio del proceso, generalmente en el escrito de interposición del recurso, mediante otrosí.
Es preciso que pongamos de relieve que las medidas cautelarísimas, aunque en menor medida que las cautelares, podrán ser alzadas o modificadas, en aplicación de la regla *rebus sic stantibus*, durante la tramitación del proceso en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción.

[27] *BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie A, núm.117-1, de 18 de marzo de 2011.

ISSN 2036-7821

Esta regla responde, en mi opinión, a la lógica de la institución. Y del mismo modo que cualquier medida cautelar que pueda ser adoptada en el proceso puede ser levantada en cualquier momento del proceso atendiendo a las circunstancias que se produzcan, las medidas cautelares de especial urgencia que haya sido adoptadas, lógicamente, pueden ser alzadas o modificadas si las circunstancias que motivaron su adopción varían.
Asimismo, debemos anunciar que también responde a la lógica de las cosas que una vez adoptada la medida cautelar que sea y, mucho más, si se pone fin al proceso, las medidas cautelarísimas dejarán de producir efectos, ya que será la propia resolución cautelar o la propia sentencia dictada la que comience a desplegar efectos.
Cuando se trate de supuestos de inactividad o de vía de hecho de la Administración (artículos 29 y 30 LJCA), las medidas provisionalísimas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 136 de esta misma Ley, pueden solicitarse antes de iniciado el proceso contencioso-administrativo, esto es, antes del escrito de interposición del recurso, si bien el interesado inexcusablemente deberá presentar este escrito en el plazo de diez días y ratificar la solicitud de las medidas cautelarísimas, a contar desde la notificación de su adopción.
Para Casares Marcos, este artículo 136.2 LJCA establece un régimen cautelar especial. El régimen jurídico de la tutela cautelar se singulariza no solo desde el punto de vista procedimental, sino también desde el sustantivo[28].

2.2. Elemento subjetivo.
Ninguna duda parece plantear la resolución de esta cuestión, es decir, conocer qué órgano judicial ostenta la competencia para adoptar estas medidas.
El Juez o Tribunal al que corresponda conocer del proceso principal será el competente para adoptar las medidas cautelarísimas solicitadas. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, singularmente el francés, nosotros no tenemos un juez de *référé*, un "juez administrativo de urgencia", que no juzga lo principal, sino que dicta medidas cautelares, provisionales y rápidas, destinadas a salvaguardar los derechos y deberes de los administrados. Ni siquiera se encarga al Presidente de la Sala o a un magistrado delegado que sea quien conozca y resuelva las solicitudes de medidas cautelares presentadas, como se hacía también en Francia. Aquí, es el mismo Juez o Tribunal que va a resolver el fondo del asunto quien decide sobre las medidas cautelarísimas, lo que no deja de ser criticable por cuanto, aunque su resolución tenga todo el carácter provisional que se quiera y no se pretenda prejuzgar el fondo del asunto, lo cierto es que difícilmente se podrá sustraer a ese primer enjuiciamiento y, por ello, abogamos por la existencia de un juez de lo cautelar, de la misma manera que en el proceso penal quien instruye no juzga.

[28] A.B. Casares Marcos., "Eficacia de las medidas…"., cit., pp.102-103.

ISSN 2036-7821

No obstante, en los supuestos en que se soliciten medidas cautelarísimas en relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen expulsión, devolución o retorno, existe una singularidad por lo que respecta a la competencia para decidir sobre estas medidas, al corresponder al juez que desempeñe en cada circunscripción el servicio de guardia, en cometido de sustitución, las actuaciones atribuidas a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando sean instadas en días y horas inhábiles y exijan la intervención inmediata, es decir, siempre que no hubiera sido posible cursar tal solicitud al órgano naturalmente competente en días y horas hábiles. Una vez cumplimentada tal intervención y adoptada la medida provisionalísima remitirá lo actuado al órgano judicial competente para la celebración de comparecencia y posterior resolución del incidente (artículo 45.2 del Reglamento 1/2005, de 15 de agosto, de aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, según redacción dada por el Acuerdo de 28 de noviembre de 2007 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial).

Tampoco, desde la otra parte, surge ninguna duda, ya que son los interesados quienes pueden solicitar en cualquier momento del proceso contencioso-administrativo la adopción de cualquier medida cautelarísima. Es decir, la tutela cautelar o, en este caso, si se nos permite, la tutela cautelarísima es siempre a instancia de parte. El precepto que comentamos, opinamos, no puede ser más claro al respecto cuando dice, en su apartado primero, "Cuando los interesados alegaren…", al contrario de lo que sucede en el procedimiento administrativo donde el órgano competente para resolver puede, de oficio, adoptar una medida provisionalísima, puesto que el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dedicado a las medidas provisionales, tanto en su apartado 1º, las medidas provisionales en sentido estricto, como en el 2º, las medidas provisionalísimas, señalan que iniciado el procedimiento, en el primer caso, o antes de iniciado el procedimiento en el segundo, el órgano competente para resolver, en un caso, y el órgano competente para iniciar o instruir el procedimiento, en el otro, de oficio o a instancia de parte, podrá adoptar las medidas provisionales que estimen oportunas, lo que es lógico si teneos presente que mientras el procedimiento administrativo puede ser iniciado de oficio, el contencioso-administrativo siempre lo es a instancia de parte.

La carga de acreditar que la no adopción de la medida solicitada podría frustrar la finalidad legítima del recurso, recae sobre su solicitante. Es decir, el interesado en obtener la medida cautelarísima tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurrirían en el caso para acordarla, sin que sea suficiente una mera invocación genérica o una mera alegación de aquellos sin acompañarlas de la correspondiente prueba que sirva a acreditarlos; una

ISSN 2036-7821

acreditación, también, que no requiere de una prueba plena siendo suficiente aquella que, aun incompleta o por indicios, sirve a poner de manifiesto la posibilidad de que las consecuencias lesivas alegadas se produzcan, así como sobre su naturaleza y alcance.

2.3. Elemento formal.

Resulta necesario que en este subapartado analicemos los requisitos que deben darse para que el Juez o Tribunal competente pueda adoptar este tipo de medidas.

El precepto exige. Como acabamos de poner de manifiesto, que sea la parte solicitante de las medidas quien justifique las razones por las que deben adoptarse, es decir, quien argumente que, en efecto, se produce el presupuesto fáctico de estas medidas, que no es otro que la especial urgencia, así como el resto de los criterios que deben tenerse presentes para adoptar una medida cautelar o, más ampliamente, cualquier criterio que mejor convenga a su Derecho. Todo ello con la finalidad de evitar, como ha dicho Quintana Carretero, "la quiebra del derecho a la tutela cautelar"[29].

El Juez o Tribunal competente para decidir deberá llevar a cabo un juicio de razonabilidad donde -además, de valorar y, en su caso, justificar la especial urgencia- debe realizar una ponderación sobre los elementos suficientes que justifican la oportunidad y prudencia de la medida solicitada, así como el alcance y la extensión de la misma. En efecto, el artículo 135 exige que el órgano judicial competente para adoptar la medida además de apreciar los motivos de especial urgencia alegados por los solicitantes, a la hora de adoptar o denegar la medida, debe decidir su adopción o denegación, previa apreciación del *periculum in mora* y la valoración circunstanciada y ponderada de los intereses en conflicto y, en su caso, del *fumus boni iuris*, conforme a lo que determina el artículo 130 LJCA. La jurisprudencia del Tribunal Supremo así lo ha corroborado en su Sentncia de 9 de julio de 2012 (Rec. 1213/2012)

En relación al concepto jurídico indeterminado que habilita la adopción de estas medidas[30], esto es, la "especial urgencia", el Tribunal Supremo ha manifestado distintos criterios o parámetros que deben ser tenidos en cuenta para poder apreciar ese presupuesto fáctico. Así, en primer término, ha señalado que debe tratarse de "una urgencia excepcional o extraordinaria, esto es, de mayor intensidad que la normalmente exigible para la adopción de las medidas cautelares que, según los

[29] J.P. Quintana Carretero, "Comentario al artículo 135", *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, director Juan Pedro Quintana Herrero, Madrid, Lex Nova Thomson-Reuters, Valladolid, 2013, p.935.

[30] B. Roig Mateo, "Las medidas cautelares en la Ley de 13 de julio de 1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Especial referencia a las medidas cautelares *inaudita parte*", *Revista CEFLEGAL*, nº 114, 2010, ha escrito que la "especial urgencia" se erige en piedra angular de estas medidas, "un concepto jurídico indeterminado cuya determinación, límites y alcance deberán ser fijados por los tribunales a fin de dispensar o intentar dispensar un trato jurídico idéntico a situaciones análogas, p.63.

ISSN 2036-7821

trámites ordinarios se produce al término del incidente correspondiente, conforme al principio de contradicción o de audiencia de la parte contraria, connatural a todo tipo de procesos" [AATS 19 de diciembre de 2008 (Rec. 628/2008), de 16 de enero de 2007 (Rec. 4/2007) o 27 de mayo de 2019 (Rec. 212/2019]; en segundo lugar, ha manifestado que se entenderá que existe esa especial urgencia "solo cuando las circunstancias de hecho no permitan, dada su naturaleza, esperar siquiera a la sustanciación de aquel incidente procesal [ATS de 24 de mayo de 2012 (Rec. 366/2012)] o "circunstancias que pongan de manifiesto que, caso de seguir la tramitación ordinaria del incidente, prevista en el artículo 131, la adopción de la medida cautelar resultaría ineficaz, ante una ejecución inmediata y difícilmente reversible del acto impugnado (ATS de 23 de diciembre de 2013 (Rec. 512/2003); y, en tercer lugar, ha expresado que "La apreciación de la urgencia debe entenderse condicionada a la existencia de una mínima apariencia de buen derecho que avale la viabilidad de la pretensión de fondo ejercitada o que pueda ejercitarse en el proceso principal [ATS de 10 de marzo de 2004 (Rec. 56/2004)]

La falta de diligencia o actitud del solicitante que ha esperado al último día del plazo legal hábil para interponer el recurso y solicitar la media cautelarísima pone de relieve para el alto Tribunal que las circunstancias de especial urgencia no se producen [ATS de24 de mayo de 2002 (Rec. 366/2002) o, sin llegar a ese límite, ha dejado pasar un plazo de siete días cuando, como en el caso del ATS de 29 de septiembre de 2022 (Rec. 824/2022), se trataba del ingreso en prisión por un día que le fue notificado el 21 de septiembre y esperó al 28 para solicitar la medida.

El auto que resuelva la adopción o denegación de las medidas cautelarísimas deberá dictarse, *inaudita parte debitoris*, en el plazo de dos días desde que fueron solicitadas. Asimismo, después, en la misma resolución el Juez o Tribunal competente debe dar audiencia por plazo de tres días a la parte contraria para que ésta alegue lo que estime oportuno o bien deberá convocar a las partes a una comparecencia que deberá celebrarse en el plazo de los días siguientes de adoptada la medida para que manifiesten lo que tengan por conveniente para la mejor defensa de su derecho.

Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o realizada la comparecencia, el órgano judicial competente dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada que, entendemos, deberá ser dictado de manera inmediata a la realización de las actuaciones previas señaladas, si bien la Ley no dice nada, aunque la propia naturaleza de la institución así lo demanda.

En materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen expulsión, devolución o retorno y el afectado sea menor de edad, nos encontramos de nuevo con una singularidad que consiste en que deberá oírse al Ministerio Fiscal

ISSN 2036-7821

con carácter previo a dictar el auto en el que deberá apreciar la concurrencia de urgencia y decidir sobre la adopción o denegación de la medida.
También contempla el precepto que comentamos que el Juez o Tribunal competente puede no apreciar las circunstancias de especial urgencia invocadas por la parte solicitante de las medidas en cuyo caso ordenará la tramitación del incidente conforme al artículo 131 LJCA, esto es, se tramitará como cualquier medida cautelar. Así, por ejemplo, en el ATS de 18 de octubre de 2022 (Rec. 847/2022) no se estima que exista especial urgencia porque el solicitante no acredita en el escrito de interposición de recurso en el que solicita la medida cautelarísima que el acuerdo impugnado ocasione daños irreparables en la esfera jurídica del recurrente que haga adoptar con especial urgencia e inaudita parte la medida cautelar que se pretende.
En estos casos, además, los interesados no podrán volver a solicitar de nuevo medida provisionalísima alguna al amparo del artículo 135 LJCA. Ahora bien, como muy bien ha explicitado Quintana Carretero, "tal previsión legal no impide que, ante una alteración de las circunstancias que determinen la urgente necesidad de adoptar una medida provisionalísima en un momento posterior a la culminación de aquel incidente cautelar, pueda solicitarse con amparo en la urgencia sobrevenida nuevamente una medida provisionalísima"[31].
Como observamos, de acuerdo con la naturaleza de esta institución, las formalidades son mínimas debido a la especial urgencia del asunto. En cualquier momento, a través de un sencillo escrito, la parte que se considere perjudicada por el acto, inactividad o vía de hecho objeto de recurso podrá solicitar del Juez o Tribunal que conozca o vaya a conocer del asunto principal la adopción de una medida provisionalísima que se sustancia ante el órgano judicial competente de manera inmediata, en un primer momento, sin oír a la otra parte y, después, solicitando alegaciones de la otra parte o convocando a una comparecencia también en brevísimo plazo a las dos partes para que expongan lo que tengan por conveniente en relación a la medida cautelarísima solicitada.
También, se producen Autos en que se resuelve a la vez la medida provisionalísima solicitada y la medida cautelar. Esto es, se aprecia la especial urgencia y se resuelve, al tiempo, sobre la suspensión solicitada como medida cautelar. Así, por ejemplo, podemos traer a colación el Auto de la Sección Octava del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 48/2021, que resolvió la pieza separa dimanante del recurso contencioso administrativo interpuesto por los Letrados de la Asamblea de Madrid contra el Decreto 15/2021, de 10 de marzo, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, de disolución de la Asamblea de Madrid y de convocatoria de elecciones. En efecto, apreciadas las circunstancias de especial urgencia invocadas por la parte actora, el Tribunal entra a resolver también la medida cautelar solicitada que no era

[31] *Ibidem*, p.939.

ISSN 2036-7821

otra que "LA SUSPENSIÓN CAUTELAR Y CAUTELARÍSIMA de los efectos del Decreto 15/2021, de 10 de marzo, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, de disolución de la Asamblea de Madrid y de convocatoria de elecciones, por la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso. Que traen causa de la vigencia del Decreto de disolución y convocatoria recurrido que ha motivado ya el cese de las funciones estatutarias del Parlamento: legislativa y presupuestaria y de control del Gobierno".

2.4. Elemento material.

Conocer cuáles son las medidas provisionalísimas, cuál su contenido, es el objeto del presente subpartado.

La parquedad de la regulación normativa –a "brochazos" ha dicho Santamaría Pastor que está escrito este precepto[32]- nos deja sin los mimbres necesarios para poder hacer un juicio claro y directo, después de la lectura del precepto regulador de esta materia que no dice absolutamente nada sobre el particular. Pero, teniendo presente, como hemos puesto de relieve, que estas medidas cautelarísimas no son distintas de la cautelares no dudamos en afirmar que pueden ser cualquier medida apropiada para la tutela cautelar, si bien lo más normal es que se solicite la suspensión de la ejecutividad del acto o la suspensión de la vigencia de la disposición impugnada.

Así las cosas, la primera –y casi única- conclusión que, en mi opinión, puede extraerse de la regulación vigente es que los órganos judiciales competentes para adoptar estas medidas disponen de un importante grado de discrecionalidad para adoptar las que estimen necesarias con la finalidad de asegurar la efectividad de la tutela cautelar. Si acaso, añadir que los criterios del fin y el de la proporcionalidad entre medida y el fin propuesto son decisivos para pronunciarse acerca de su legalidad, de lo que se desprende la exigencia de la proporcionalidad para adoptar una medida concreta.

Además, debe ser tenido también en cuenta el principio *favor libertatis*, ya que en muchos casos la decisión adoptada por el órgano judicial competente no dejará de ser un constreñimiento a la libertad individual.

A la vista de lo expuesto, no nos queda sino afirmar que el Juez o Tribunal competente para dictar la medida provisionalísima podrá adoptar aquella que considere más adecuada para conseguir la finalidad perseguida, ateniéndose a los principios de proporcionalidad y *favor libertatis*. Esto es, el legislador ha optado por no establecer de manera expresa qué medidas pueden ser adoptadas o, dicho, en otros términos, ha establecido un *numerus apertus* de medidas cautelarísimas.

[32] J.A. Santamaría Pastor, *La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Comentario*, Madrid, 2010, Iustel, p.1316.

ISSN 2036-7821

2.5. Elemento teleológico.

Nos resta por analizar qué persigue la medida cautelarísima, qué finalidad persigue o cuál es su fin. La doctrina y la jurisprudencia han coincidido en señalar que la finalidad de estas medidas no es asegurar la ejecutividad del acto administrativo impugnado o la sentencia que en su día se dicte, sino más sencillamente, asegurar la tutela cautelar[33] o, más bien, si esa ejecutividad hace perder su objeto a una medida cautelar adoptada con arreglo a las reglas generales.

Quintana Carretero ha expresado con propiedad, en mi opinión, que la justificación de las medidas provisionalísimas se encuentra en la preservación del derecho a la tutela cautelar, que requiere, en ocasiones, la adopción de una medida cautelar con tal urgencia que no resulta posible esperar a cumplimentar un trámite de audiencia las restantes partes sin poner en peligro la efectividad de la sentencia que pudiera recaer en el litigio[34]

En el mismo sentido se expresa la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, quien en el Fundamento Jurídico Tercero del Auto de 16 de marzo de 2022, (Rec.272/2022), por citar uno de los últimos pronunciamientos, ha manifestado: "Como es sabido, la tutela cautelar prevista en el artículo 135 LJCA tiene por objeto no tanto apreciar si la ejecutividad del acto impugnado hace perder al recurso su finalidad legítima o causar perjuicios de imposible o difícil reparación, sino, más bien, si esa ejecutividad hace perder su objeto a una medida cautelar con arreglo a las reglas generales, esto es, tras oírse a la Administración recurrida",

3. Algunos problemas interpretativos y sus soluciones jurisprudenciales.

En un trabajo anterior sobre este mismo tema, elaborado poco después de la promulgación de la LJCA[35], planteé lo que, a mi juicio, constituían dos problemas que presentaba la regulación de este tipo de medidas: la imposibilidad de interponer recurso contra los autos que adopten o denieguen las medidas cautelarísimas y el trámite de comparecencia.

Ambas cuestiones deben ser abordadas para conocer qué soluciones jurisprudenciales se han aportado para resolver los problemas que planteaban.

3.1. La irrecurribilidad del auto.

El artículo 135 LJCA en su redacción dada en 1998, de manera explícita, en su primera parte disponía que "Contra este auto no se dará recurso alguno".

[33] J.J. Torres Fernández, Juan José, "Título VI, capítulos I y II", *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, VV.AA., Madrid, Aranzadi, 1998, p1076.

[34] Quintana Carretero, J.P., "Comentario…"., cit., p.936.

[35] A. Calonge Velázquez., "Medidas cautelares de urgencia", *La Ley*, nº 4890, de 23 de septiembre de 1999, pp.1-3.

ISSN 2036-7821

Sala Arquer entendió que esta prohibición solo afectaba al supuesto de que dicha medida cautelar hubiera sido otorgada, pues si fuera denegada, bien por no apreciar la urgencia alegada, bien por no concurrir los requisitos del artículo 130.1 LJCA, o bien porque, aun concurriendo, se apreciara la perturbación grave de los intereses generales o de terceros a que alude el artículo 130.2, y a la vista del silencio legal, no se ven motivos para privar al solicitante de la imposibilidad de interponer recurso[36].
Para este autor, como vemos, el artículo 135 no contemplaba el supuesto de denegación: tanto la primera como la segunda fase del procedimiento que en él se regulan partían de la premisa de que se concedía la medida cautelarísima[37].
En idéntico sentido, con anterioridad, se había pronunciado Terrero Chacón quien solo alegaba que si el auto denegara las medidas solicitadas debido, bien a que no concurre el supuesto de especial urgencia exigido por la norma, bien que, aun concurriendo el referido supuesto, no se dieran el resto de los requisitos del artículo 130, en ambos casos parece razonable que pueda ser recurrido, si procediere de conformidad con las reglas generales[38].
González Pérez, por su parte con una opinión distinta a los autores antes expuestos, al dar cuenta de la posible resolución que puede adoptar el órgano judicial respecto de estas medidas contempla una de las situaciones siguientes:
a) Que no se den las circunstancias de especial urgencia. En este caso –dice-, dictará providencia teniendo por presentado el escrito y acordando siga el incidente cautelar por los trámites del artículo 131, dando traslado a las demás partes por plazo de diez días, como este artículo establece.
b) Que se den las circunstancias de especial urgencia. En ese caso dictará auto acordando la medida cautelarísima solicitada, contra el que no se da recurso alguno[39].
En mi opinión, son varias las razones que pueden aducirse para oponerse a los juicios expresados por los autores más arriba expuestos.
Así, en primer término, entendemos que la medida cautelar solicitada solo puede concluir mediante auto, como dice de manera expresa la Ley, que podrá ser estimatorio o denegatorio, por lo que no puede entenderse que el último autor citado se pronunciara en favor de la posibilidad de concluir dicha solicitud mediante una providencia de la que se daría traslado a las demás partes por plazo de diez días para continuar lo que podríamos denominar el incidente cautelar ordinario.
Asimismo, tampoco resulte fácil de entender que este mismo autor apunte como único criterio para otorgar o denegar la medida cautelar el de la urgencia. Como

[36] "La adopción de medidas cautelares…", cit., p.213.
[37] *Ibidem*, p.212.
[38] "Las medidas cit., p.1347.
[39] J. González Pérez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, II., 3ª ed., Madrid, Civitas, p.1999.

ISSN 2036-7821

hemos puesto de relieve, en cuanto se trata de una medida cautelar "propiamente dicha" también debe atenderse a los requisitos generales señalados en el artículo 130 LJCA, esto es, la valoración circunstanciada y ponderada de los intereses en conflicto y, en su caso, la apariencia de buen derecho, pues, en definitiva, pueden darse las circunstancias de especial urgencia que señala la Ley para adoptar la medida cautelarísima, pero no darse los otros requisitos generales que enuncia el precepto citado con anterioridad y, en consecuencia, el Juez o Tribunal no dictará la medida solicitada.

Por lo que respecta a la posibilidad o no de impugnar el auto que adopte a deniegue las medidas cautelares urgentes solicitadas, entiendo que no resulta posible la distinción que hace Salar Arquer. No es, a mi juicio, suficiente argumento aducir que el artículo 135 LJCA ni en su primera ni en su segunda fase contempla el supuesto de denegación.

En nuestra opinión, las circunstancias de especial urgencia que caracterizan a estas medidas justifican la prohibición que establece la Ley de interponer recurso contra el auto que resuelve la petición de adopción de medidas provisionalísimas. La solución que ofrece el legislador, entendemos, se muestra conforme con la naturaleza de las cosas, pues de admitirse el recurso, además de ser exigido ya el principio de contradicción se perderían esas circunstancias de especial urgencia a que se refiere el precepto regulador de las medidas cautelarísimas.

La jurisprudencia resolvió estas dudas o distintos pareceres doctrinales en el sentido manifestado por nosotros, esto es, declarando la irrecurribilidad del auto por el que se otorga o deniegan las medidas provisionalísimas solicitadas, si bien con una argumentación, a nuestro juicio, meramente formalista, pues indica que no cabe el recurso contra estos autos porque no está previsto entre los que sí son susceptibles de recurso en el artículo 87.1 LJCA. A este respecto, es muy esclarecedor el ATS de 23 de enero de 2007 (Rec. 5240/2003) que dice lo siguiente:

"En el presente caso, el recurso ha de ser inadmitido al no ser susceptible de casación el auto que deniega la solicitud de medidas cautelares solicitadas al amparo del artículo 135 de la Ley Jurisdiccional, pues no se halla citado entre los prevenidos en el artículo 87.1 de la vigente Ley Jurisdiccional. En efecto, el artículo 87.1 de la mencionada Ley limita el recurso de casación contra autos solo a cuatro clases de estos -los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, hagan imposible su continuación, los que pongan término a la pieza separada de suspensión o de otras medidas cautelares y los recaídos en ejecución de sentencia-, en ninguno de los cuales cabe subsumir los que se pronuncian en aplicación del artículo 135 de la Ley Jurisdiccional, precepto que prevé una serie de especialidades procesales, con relación a los Autos que resuelven la pieza separada de medidas cautelares, para los supuestos en que concurran "circunstancias de especial

ISSN 2036-7821

urgencia". En estos casos, tal y como ha declarado la Sala por Auto de 24 de enero de 2003, la medida cautelar se puede adoptar mediante auto sin audiencia previa de la parte contraria, añadiéndose a continuación que "contra este auto no se dará recurso alguno". Imposibilidad de recurso que también es aplicable si la medida se deniega, como aquí ha sucedido, ya que en este caso el interesado puede efectuar la solicitud de medida cautelar al amparo de lo dispuesto en los artículos 129 y 130. En consecuencia, debe inadmitirse el presente recurso de casación al concurrir la causa prevista en el artículo 93.2.a) en relación con el artículo 87.1 de la Ley de la Jurisdicción, por no ser el auto impugnado susceptible de recurso de casación [...]

Más explícita y con mejor argumentación nos parece la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2011 (Rec. 5007/2010), que, citando el auto anterior y otros, señala en su Fundamento Jurídico Tercero:

"Hemos de confirmar una vez más la doctrina contenida en los dos autos citados, añadiendo a lo expuesto que la restricción de la posibilidad de recurso está plenamente justificada y, en realidad, no supone sino diferir a una fase ulterior (aquella en que se resuelve de modo definitivo sobre la procedencia de la cautela) el eventual control en casación de los autos de instancia.

El artículo 135 de la Ley Jurisdiccional establece que contra los autos que se dicten a su amparo no cabrá recurso alguno porque, en el caso de que se conceda la medida cautelar, con el consiguiente sacrificio del derecho a la defensa de la parte no oída y la excepción del principio de contradicción, su eficacia temporal es muy limitada en el tiempo y viene condicionad a la ulterior decisión casi inmediata. Debe el Tribunal en la misma resolución favorable a la pretensión actora, convocar a las partes a una comparecencia dentro de los tres días siguientes, en la que resolverá sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada. Y este "segundo" auto ya es recurrible "conforme a las reglas generales".

En el caso de que el tribunal deniegue la medida 'cautelarísima' tampoco hay realmente restricciones a la tutela judicial por el hecho de que el auto desfavorable al actor no sea susceptible de recurso inmediato. Esta denegación basada en la inexistencia de una particular situación de urgencia excepcional, no tiene más alcance que el de rechazar que concurran los presupuestos extraordinarios a los que se refiere el artículo 135 citado. Se inserta pues en un proceso de cognición muy limitada de modo que el auto que resuelve la pieza 'provisionalísima' no impide que, acto seguido, el tribunal sustancie el incidente cautelar 'ordinario' al término del cual, oídas todas las partes y tras la valoración y ponderación del conjunto de factores susceptibles de influir en el otorgamiento de la medida cautelar (entre ellos, el *periculum in mora* no cualificado por razones excepcionales) de nuevo dicte un auto –éste sí definitivo- que, previo el preceptivo recurso de reposición, será recurrible en

ISSN 2036-7821

casación conforme a las reglas generales previstas en el artículo 87 de la Ley Jurisdiccional.

En definitiva, cualquiera que sea el sentido favorable o desfavorable para el solicitante del auto que se dicte en el marco del artículo 135 de la Ley Jurisdiccional, dicha resolución 'no pone término' a la pieza de medidas cautelares, por lo que no es susceptible de recurso de casación conforme a lo establecido en el artículo 87.1.b) de la Ley Jurisdiccional".

La redacción dada al precepto que comentamos por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, excluye cualquier mención a la posibilidad de recurrir el auto que ponga fin a la solicitud de medida provisionalísima alguna o, para ser más claros, esa dicción que contenía el artículo 135 en su redacción original señalando que contra el auto que respondía a la solicitud de medidas de este tipo no era posible ha desaparecido.

3.2. La comparecencia.

La segunda duda que suscitaba el precepto que comentamos hace referencia al trámite de la comparecencia que deberá convocar o no el Juez o Tribunal en el mismo auto que adopte la medida cautelarísima y que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida. Tampoco sobre esta cuestión los autores que se pronunciaron lo hicieron de manera unánime ante el silencio de la Ley respecto a qué tramitación debería seguirse.

González Pérez[40], consideraba que esta nueva norma de la Ley sería de difícil cumplimiento, pues lo normal sería que la Administración autora de la resolución impugnada no hubiera comparecido aún y, por supuesto, tampoco los demandados, según el artículo 21.1.b LJCA. Y como el trámite que se prevé –sigue diciendo el autor citado- es una "comparecencia", no cabe la sustitución por vía de informe, sino que será necesaria la presencia de los defensores de las partes ante el órgano judicial, lo que presupone la personación. Mas para la personación, las partes disponen de unos plazos: las Administraciones públicas. El de veinte días desde que reciben el comunicado judicial reclamando el expediente (artículo 48.3 LJCA) y los demás demandados, nueve días (artículo 49.1 LJCA)

Parece, pues -acaba concluyendo-que no podrá cumplirse el plazo previsto en el artículo que comentamos (tres días) y habrá que esperar a que las partes, una vez emplazadas, se hubieren personado para citarlas a comparecencia.

De seguir esta tesis nos parece que no tendría ningún sentido la adopción de medidas cautelares urgentes o, mejor dicho, se vulneraría completamente el principio de contradicción que debe ser exigido a toda resolución judicial, aunque sea *a posteriori* –como permite el alto Tribunal-, así como el tenor literal de la ley que obliga

[40] *Ibidem*, p.2099.

ISSN 2036-7821

a que la comparecencia se lleve a cabo dentro de los tres días siguientes a aquel en que hubiera sido adoptada la medida.

Por su parte, Sala Arquer, entendió que en este punto la solución no podía apartarse de la que se siguiera en relación con el incidente cautelar ordinario, regulado en el artículo 131 de la Ley. Aunque en dicho precepto no se prevé expresamente esta posibilidad, nada se opone a que en dicho incidente se practiquen diligencias de medidas probatorias[41].

En fin, no parece que fuera esto lo querido por el legislador, por lo que consideramos más ajustada al espíritu de la Ley la solución aportada por Terrero Chacón, después de reconocer la falta de una regulación específica –y teniendo en cuenta el carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la disposición adicional sexta LJCA, entiende que la comparecencia debe sujetarse, en lo que fueren de aplicación, a los artículos 715 y ss. (hoy, 437 y ss.) del texto procesal civil relativo al juicio verbal[42]. Así, lo han entendido también los Jueces y Tribunales competentes para la adopción de estas medidas que siguen para el desarrollo de estas comparecencias las reglas que los artículos 437 a 447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establecen para el juicio verbal.

No empero lo señalado, debemos resaltar que, ahora, con la nueva redacción del artículo 135 LJCA por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, la comparecencia ya no es necesaria, ya que la nueva regulación permite que el Juez o Tribunal competente para resolver discrimine casos en que la comparecencia no es necesaria, posibilitando su sustitución por alegaciones escritas.

Como se ha señalado en algunos comentarios a la LJCA[43], el órgano judicial competente para la adopción de la medida cautelarísima deberá justificar en el auto correspondiente si opta por la comparecencia o es suficiente el escrito de alegaciones de la otra parte que, generalmente, será la Administración pública demandada. La comparecencia procederá cuando la misma aporte un plus sobre las alegaciones escritas vistas las circunstancias del caso. En todo caso, tanto la comparecencia como las alegaciones responden al principio de contradicción que debe producirse en todo proceso y, por tanto, el derecho de defensa de la parte recurrida que no ha sido oída en un primer momento y que tiene ahora la oportunidad de oponerse a dichas medidas bien solicitando se levantes o se modifiquen.

---

[41] "Medidas cautelares…"., cit., p.213. Así lo reconocieron, desde el principio, los órganos judiciales. Así, en el auto del Juez de lo Contencioso-Administrativo de Ciudad Real citado por C. Chinchilla Marín, "Medidas cautelares urgentes ante el cierre de una televisión por ondas", *Revista de Administración Pública*, nº 151, 2000, p.289, éste convoca a las partes a una comparecencia para que aleguen y "presenten las pruebas" que a su derecho convenga.

[42] J.L. Terrero Chacón, "Las medidas…", cit., p.1347.

[43] F. García y Gómez de Mercado y otros, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Quinta edición, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp.1491-1492.

ISSN 2036-7821

En cuanto se refiere a la grabación de la comparecencia y a su documentación, serán aplicables las disposiciones del artículo 63 LJCA.

III. Conclusiones.

La novedad que supuso la introducción de las medidas cautelarísimas en la Ley jurisdiccional de 1998 supuso un importante paso delante de cara a la protección del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24 de nuestra Constitución. No obstante, la parquedad de su regulación dio lugar a problemas de interpretación y aplicación que fueron resueltos acertadamente, en mi opinión, por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

No es solo la especial urgencia el presupuesto que habilita el dictado de una medida donde además no se ha escuchado a la otra parte, pero sí es el presupuesto que permite examinar los otros elementos conducentes a la adopción o denegación de la medida solicitada. De otro lado, resulta claro que las medidas cautelarísimas, en consecuencia, no resultan ni distintas ni diferentes ni, por tanto, un tipo especial de medidas distintas de la cautelares.

Abogamos para un mejor enjuiciamiento de las solicitudes de adopción de medidas cautelares por la creación de un juez de lo cautelar o atribución de estas tareas a otro distinto de aquel que ha de resolver sobre el fondo del asunto o, si se trata de un Tribunal que sea uno solo de sus miembros quien conozca de la medida cautelar solicitada con la finalidad de que el resto de los miembros integrantes del órgano judicial no queden contaminados por ese primer juicio provisional que supone la decisión sobre la tutela cautelar.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Brevi riflessioni su natura e caratteri della responsabilità degli enti collettivi per fatti delittuosi

di Giovanni Martini

(Professore associato di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università della Campania *Luigi Vanvitelli*)

Sommario

1. Premessa: oggetto, obiettivo e metodo dell'indagine. – 2. Profili problematici della disciplina nazionale in materia di 'corporate criminal liability'. – 3. Il rapporto fra reato ed ente. – 4. La natura delle responsabilità degli enti collettivi. – 5. La condotta colposa dell'ente. – 6. La responsabilità dell'ente straniero per i delitti commessi in Italia. – 7. La preferenza per la natura amministrativa dell'illecito degli enti collettivi. – 7.1 (segue) Gli effetti della riconosciuta natura amministrativa dell'illecito degli enti sul regime giuridico della conseguente responsabilità – 8. Osservazioni conclusive.

Abstract

The Italian legal system predisposed a specific discipline against organized crime phenomena through legal entities, both when the corporate shield is an opportunity to commit crimes, and when it is created far that sole purpose. However, the legislative intervention has led to the adoption of a controversial discipline, often ambiguous in the distinction between a criminal and an administrative model of corporate criminal liability, causing many problematic profiles, upon which the paper tries to reason.

In first place, the configurability of a culpable offense of the legal entity. Secondly, the problem of the liability of the foreign entity for acts committed in Italy, since it is not clear which legal criteria is necessary to connect an entity to the national legal system.

By examining these issues, the paper aims to verify, also in a *de jure condendo* perspective, whether an administrative model of corporate criminal liability (instead of a criminal one) would lead to much more coherent solutions in terms of both linearity of the legislative discipline and efficiency of the punitive response.

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa: oggetto, obiettivo e metodo dell'indagine.

Le riflessioni che seguono hanno ad oggetto l'esame della risposta sanzionatoria, predisposta dall'ordinamento nazionale, nei confronti della criminalità collegata a dinamiche proprie di soggetti collettivi. Si tratta di un sistema punitivo che, per come configurato, presenta numerose zone d'ombra relative, in modo particolare, alla natura della relativa responsabilità (se amministrativa o penale), ed al regime di imputazione dell'illecito – posto in essere, necessariamente, da una persona fisica – all'ente collettivo[1].

[1] L'ampiezza dei contributi sul punto ben dimostra le 'dimensioni' della riflessione dottrinale. Fra gli scritti più recenti si possono, in particolare, segnalare: G. STAMPANONI BASSI (a cura di), *Responsabilità degli enti: problematiche e prospettive di riforma a venti anni dal d.leg. 231/01*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 2021, fasc. 1 bis, ed in particolare i contributi di: G. DI VETTA, *Il giudice* border guard *nei «grandi spazi»: prospettive critiche intorno alla responsabilità degli enti*; F. SARDELLA, *La valutazione dei modelli organizzativi: aspetti legali e sistemi di certificazione - I punti di forza del d.leg. 231/2001 e le prospettive di riforma*; R. TREZZA, *L'intelligenza artificiale come ausilio alla standardizzazione del modello 231: vantaggi «possibili» e rischi «celati»*; A. VIANELLI e F. VALENTI, *RegTech e Modelli 231: uno sguardo al futuro per un'esigenza presente*; CASTAGNO J.P. e A.A. STIGLIANO, *Lo strano caso delle vicende modificative dell'ente: è giusto punire Jekyll per le colpe di Hyde?*; G. ZARRELLA, *Il sistema disciplinare nel d.leg. 231/2001: tra efficacia e difficoltà di concreta ed idonea attuazione*; R. DE PAOLIS, *Responsabilità degli enti e reati colposi: verso il tramonto dell'«interesse o vantaggio»?*; M. MOSCARDINI, *L'efficacia esimente dei modelli di gestione della sicurezza, una promessa mai mantenuta*; M. CIRIGLIANO, *Dal d.lgs. 231/2001 al Gdpr (regolamento Ue 2016/679) attraversando il d.leg. 81/2008: il modello di organizzazione gestione e controllo integrato, avanguardia di un progetto di attuazione normativa combinata, un'opportunità per le aziende da intuire e cogliere*; A. MORELLO, *Vent'anni di decreto 231 e di cambiamenti epocali nel diritto societario: consiglieri di sorveglianza, amministratori indipendenti (e sindaci) di fronte al rischio 231*; D. QUARTO, *Il ruolo dei modelli di organizzazione e gestione nella prevenzione della crisi d'impresa, tra prevenzionismo ed obbligatorietà*; R. DE LUCA, *Prevenzione della crisi e compliance 231: binomio irrinunciabile per la governance d'impresa*; P. GAUDIANO, *La colpa d'organizzazione e il rischio fiscale: un «nuovo volto» del modello 231?*; ASSUMMA F., *Valorizzazione del sistema premiante previsto dal d.leg. 231/2001*; A. SAVARINO, *L'illecito dell'ente tra combinazione di moduli punitivi e affievolimento di garanzie: deroghe e scostamenti disciplinari al vaglio di legittimità costituzionale e convenzionale*; U. LECIS, *La prescrizione dell'illecito amministrativo nella prospettiva del giusto processo e Osservatorio 231/2001 Ucpi, Interesse e colpa di organizzazione dell'ente: il punto di vista dell'osservatorio d.leg. 231/2001 dell'unione delle camere penali italiane*. Si vv., inoltre: L. CATALANO e M.P. SACCO, *Modelli 231 e proposta di direttiva sulla Corporate sustainability due diligence: quali possibili interazioni?*, in *Resp. amm. società e enti*, 2022, fasc. 3, pp. 307 ss.; C. PIERGALLINI, *Aspettative e realtà della (ancor breve) storia del D.Lgs. n. 231/ 2001 in materia di responsabilità da reato degli enti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2022, pp. 861 ss.; M. LEVIS e A. PERINI (diretto da), *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza a vent'anni dalla sua promulgazione*, Zanichelli, Bologna, 2021; F. BOSI, *Profili di illegittimità euro-costituzionale dell'art. 6, lett. a) d.leg. 231/2001, con riferimento all'attribuzione alla società dell'onere della prova quanto all'idoneità del modello*, in *Antiriciclaggio & compliance*, 2020, pp. 89 ss.; L. PISTORELLI, *La responsabilità da reato degli enti: un bilancio applicativo*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2017, pp. 610 ss.; C.E. PALIERO, *Dieci anni di corporate liability nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in *Società*, 2011, suppl. al n. 12, Gli Speciali (D.leg. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi); C. PIERGALLINI, *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in *Società*, 2011, suppl. al n. 12, Gli Speciali (D.leg. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi); A. ROSSI A., *I soggetti persone giuridiche: su quali enti vigila il d.leg. 231?*, in *Società*, 2011, suppl. al n. 12, Gli Speciali (D.leg. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi); G. IZZO, *Problemi applicativi della responsabilità da reato degli enti e prime risposte della cassazione*, in *Impresa*, 2007, pp. 1646 ss.; G. AMATO, *Finalità, applicazione e prospettive della responsabilità amministrativa degli enti*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 346 ss.

ISSN 2036-7821

Com'è ben noto, il legislatore nazionale, al pari di altri in Europa e non solo, ha inteso dettare una apposita disciplina per contrastare i fenomeni criminosi riconducibili all'azione di persone giuridiche[2]. Ciò può verificarsi sia quando il delitto rappresenta un momento isolato nella vita dell'ente, funzionale al superamento di una situazione di difficoltà, od anche a consolidare una propria posizione nel mercato, sia quando la persona giuridica diventa lo strumento utilizzato per il compimento di attività illecite, al cui solo fine viene costituita[3].
Proprio con riguardo all'ambito soggettivo di applicazione della disciplina in parola, le precisazioni da fare sarebbero tantissime, tuttavia, nel prosieguo dell'indagine si farà riferimento unicamente alle 'figure', onnicomprensive, della persona giuridica o dell'ente collettivo.
Tali nozioni sono in grado, infatti, di ricomprendere, sebbene a costo di una minor precisione nella descrizione del fenomeno giuridico, l'intero ambito della soggettività non umana, in quanto la individuazione delle singole tipologie di enti – quali ad esempio le associazioni (riconosciute e non), le società, od anche le persone giuridiche di diritto pubblico operanti nel mercato – cui attribuire la responsabilità per la realizzazione di fattispecie criminose, resta, comunque, il frutto di una scelta di politica legislativa/repressiva che non incide, se non in maniera marginale, sulla individuazione dei problemi relativi alla natura e ai caratteri di tale responsabilità[4].

---

[2] Si tratta di una decisione presa per seguire le linee di indirizzo provenienti dall'ordinamento europeo. L'art. 3 del «Secondo Protocollo della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee stabilito in base all'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea» (97/C 221/02) stabilisce che: «Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili della frode, della corruzione attiva e del riciclaggio di denaro commessi a loro beneficio da qualsiasi persona che agisca individualmente o in quanto parte di un organo della persona giuridica, che detenga un posto dominante in seno alla persona giuridica, basati — sul potere di rappresentanza di detta persona giuridica, o — sull'autorità di prendere decisioni per conto della persona giuridica, o — sull'esercizio del controllo in seno a tale persona giuridica, nonché della complicità, dell'istigazione a commettere tale frode, corruzione attiva o riciclaggio di denaro o del tentativo di commettere tale frode» (co. 1); e che «La responsabilità della persona giuridica ai sensi dei paragrafi 1 e 2 non esclude l'azione penale contro le persone fisiche, che siano autori , istigatori o complici della frode, della corruzione attiva o del riciclaggio di denaro» (co. 3).

[3] Si tratta del fenomeno della cd. 'società illecita'. Per un approfondimento del tema si v.: L.D. CERQUA, *L'ente intrinsecamente illecito nel sistema delineato dal d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2012, 2, pp. 9 ss.; F. D'ARCANGELO, *Abuso dello schermo societario, utilizzo strumentale dell'ente e logica sanzionatoria del d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, 3, pp. 7 ss.; I. SCALERA, *Le nuove frontiere della concorsualità la globalizzazione, la crisi senza insolvenza, l'impresa senza patrimonio, l'impresa illecita, l'impresa virtuale, la prevenzione al fallimento*, in *Dir. fallim.*, 2003, I, 875; G. GRAZIANO, *L'impresa illecita dalla disciplina codicistica alla normativa comunitaria*, in *Dir. e pratica società*, 2000, fasc. 19, pp. 39 ss.

[4] Si soffermano a ragionare sulla natura dei soggetti sottoposti al regime di responsabilità introdotta dal D.Lgs. n. 231/2001, in particolare: G. PALMIERI, *Le carenze strutturali ed organizzative delle aziende ospedaliere quale nuova frontiera della responsabilità da reato degli enti collettivi ex d.leg. 231/2001 - Analisi in una prospettiva comparatistica e de iure condendo alla luce dell'emergenza sanitaria Covid-19 Pandemy*, in G. STAMPANONI BASSI (a cura di), *Responsabilità degli enti: problematiche e prospettive di riforma a venti anni dal d.leg. 231/01* cit.; S. GAETANO, *La fondazione universitaria Delinquere non potest! - Rilievi ai fini dell'esclusione dell'applicabilità del d.leg. 231/2001 agli enti privati a controllo pubblico*, in *Riv. elettronica dir., econ., management*, 2017, fasc. 3,

ISSN 2036-7821

Questa rapidissima precisazione appare tuttavia utile a chiarire l'obiettivo della presente riflessione. Muovendo dalla descrizione dei principali nodi problematici che la previsione della responsabilità della persona giuridica per fatti delittuosi solleva, si cercherà di chiarire, anche in una prospettiva *de jure condendo*, sino a che punto l'utilizzo dello strumento della sanzione amministrativa (in luogo di quella penale) possa rappresentare uno strumento maggiormente praticabile, non solo in termini di effettività della risposta punitiva, ma anche per la maggiore linearità nella soluzione delle problematiche di carattere giuridico che la disciplina legislativa solleva, al fine di scoraggiare forme di criminalità d'impresa.

Più in dettaglio, scopo ultimo dell'indagine è quello di comprendere se riconducendo la responsabilità della persona giuridica all'ambito della sanzione amministrativa, nei limiti in cui una prospettiva siffatta appaia praticabile alla luce del dettato normativo, si possa giungere a (meglio) 'differenziare' la responsabilità dell'ente rispetto a quella della persona fisica autore materiale dell'illecito. Ciò consentendo di giungere ad una più lineare soluzione anche alla problematica, quanto mai dibattuta (sia in dottrina che in giurisprudenza), del delitto commesso nel territorio nazionale nell'interesse del soggetto collettivo operante, in via esclusiva, all'estero.

Invero, non pare revocabile in dubbio che quelle appena descritte sono questioni in grado di presentarsi, in maniera pressoché identica, nell'ambito di qualunque ordinamento orientato alla punizione della persona giuridica, sebbene differenti possono mostrarsi, in concreto, le scelte normative che ciascuno di essi decida di assumere per farvi fronte[5].

---

pp. 63 ss.; G. AMARELLI, *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. N. 231/2001 quindici anni dopo. Tracce di una razionalità inesistente*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2016; A. TORTORA e G. D'URSO, *Spunti di riflessione sull'attuale estensione dell'ambito applicativo della disciplina sulla responsabilità degli enti*, in *Riv. guardia di finanza*, 2015, pp. 113 ss.; M.F. FERRERO, *L'applicabilità del d.leg. 231/2001 agli enti confessionali civilmente riconosciuti*, in *Resp. amm. società e enti*, 2014, fasc. 2, pp. 69 ss.; F. CONSORTE e T. GUERINI, *Reati associativi e responsabilità degli enti: profili dogmatici e questioni applicative*, in *Resp. amm. società e enti*, 2013, fasc. 2, pp. 265 ss.; F.C. BEVILACQUA, *La responsabilità da reato degli enti si applica anche alle imprese individuali? (Nota a Cass. pen., sez. III, 15 dicembre 2010, n. 15657)*, in *Giur. comm.*, 2012, II, pp. 656 ss.; S. MASSI, *La tipologia degli enti responsabili per l'illecito da reato in Europa*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2012, pp. 411 ss.; A. QUARANTA, *Enti pubblici economici soggetti alla disciplina del d.leg. n. 231*, in *www.ilquotidianogiuridico.it*, 2012; G. ALICE e A. DE SANCTIS, *Responsabilità «amministrativa» degli enti da reato e impresa individuale*, in *Controlli fiscali*, 2011, fasc. 12, pp. 32 ss.; G. AMARELLI, *Imprese individuali e responsabilità da reato degli enti: tra interpretazione estensiva ed analogia* (Nota a Cass. pen., sez. III, 15 dicembre 2010, n. 15657), in *Gazzetta forense*, 2011, fasc. 3, pp. 51 ss.; O. DI GIOVINE, *Sanità ed ambito applicativo della disciplina sulla responsabilità degli enti: alcune riflessioni sui confini tra pubblico e privato (Nota a Cass. pen., sez. II, 9 luglio 2010, n. 28699, V)*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 1889 ss.; N. MENARDO, *Sulle responsabilità da reato dell'ente pubblico (Nota a Cass. pen., sez. II, 26 ottobre 2010, n. 234, Soc. Enna Uno)*, in *Giur. it.*, 2011, pp. 2382 ss.; C. PETRUCCI, *Responsabilità amministrativa degli enti: società pubbliche e modelli organizzativi* (Nota a Cass. pen., sez. II, 26 ottobre 2010, n. 234, Soc. Enna Uno e Cass. pen., sez. II, 9 luglio 2010, n. 28699, V), in *Dir. e pratica lav.*, 2011, pp. 978 ss.; G. FIDELBO, *Enti pubblici e responsabilità da reato*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 4079 ss.

[5] Per un approfondimento dei 'modelli' adottati in altri ordinamenti si vv.: F. CAMPLANI, *La responsabilità degli enti per i reati nel diritto amministrativo punitivo tedesco*, in *Dir. pen. XXI* secolo, 2022, pp. 70 ss.; G.T.

ISSN 2036-7821

Un tale approccio potrà, dunque, consentire di utilizzare la disciplina adottata dal legislatore nazionale come una valida 'cartina di tornasole' per individuare le criticità di maggior rilievo che un sistema di responsabilità criminale estesa a soggetti collettivi è in grado di sollevare.

Una volta precisato l'obiettivo occorre descrivere il metodo da utilizzare per conseguirlo.

Pertanto, dopo aver provato a delimitare le questioni di maggiore problematicità che la configurazione di una autonoma responsabilità della persona giuridica per fattispecie delittuose, commesse nell'interesse dell'ente dai propri preposti o dipendenti, può sollevare, l'indagine sarà condotta coniugando induzione e deduzione.

Muovendo dall'analisi del diritto vivente, ricavato, induttivamente, dalle decisioni della giurisprudenza[6], si proverà a scrutinare, deduttivamente, le conclusioni cui esse pervengono alla luce «della *teoria generale del diritto*, della *logica giuridica* e dei *principi e valori* fondamentali dell'ordinamento»[7].

Partendo dall'esame dell'opinione, generalmente condivisa dalla giurisprudenza, che riconduce la responsabilità dell'ente collettivo entro i confini del diritto penale, si cercherà di verificarne la tenuta al fine di ragionare sulla praticabilità (o meno) dell'inquadramento di tale fattispecie nell'ambito dell'illecito amministrativo. E, conseguentemente, se ciò consenta di giungere a conclusioni dogmaticamente più coerenti con riguardo alle questioni maggiormente dibattute (sia in giurisprudenza che in dottrina) relative: alla estensione della responsabilità all'ente in conseguenza del fatto illecito del dipendente; alla configurabilità della condotta colposa della persona giuridica; alla responsabilità del soggetto collettivo straniero per illeciti commessi nel territorio nazionale.

2. *Profili problematici della disciplina nazionale in materia di* 'corporate criminal liability'

POLCINI, *La responsabilità degli enti derivante da reato nei paesi del G20*, in *Resp. amm. società e enti*, 2022, 1, pp. 157 ss.; G. MORGESE, *L'ente come soggetto di diritto metaindividuale: l'archetipo dell'imputazione soggettiva della responsabilità 231 tra dato letterale, esigenze di sistema e prospettive comparatistiche*, in G. STAMPANONI BASSI (a cura di), *Responsabilità degli enti: problematiche e prospettive di riforma a venti anni dal d.leg. 231*/01 cit.; M. RAMPF e M. AUGSCHELLER, *Cenni in materia di responsabilità amministrativa degli enti e sistemi di Csm nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. soc.*, 2020, pp. 1025 ss.; M. MORETTI, M. MONTERISI, G. BELFIORE, *La disciplina della responsabilità degli enti in Uk: profili applicativi ed extraterritorialità del Bribery Act 2010 - L'impatto sulle società italiane operanti nel Regno Unito e sulle società inglesi operanti in Italia*, in *Resp. amm. società e enti*, 2012, fasc. 1, pp. 73 ss.

[6] In questa sede si intende accogliere la nozione di diritto vivente proposta da L. MENGONI, voce *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VI, 1990, pp. 445 e ss., 448, secondo il quale «il diritto vivente è una formula che sintetizza il complesso problema della partecipazione del giudice alla formazione del diritto (posto che egli trae la regola di decisione non solo dalle norme legali, ma anche dai dati extratestuali della realtà sociale determinata dalla norma come proprio ambito di applicazione) e del controllo delle valutazioni da lui compiute».

[7] Così G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il ruolo del giurista studioso nel processo di modernizzazione della P.A.*, in *Dir. pubbl.*, 2016, pp. 1019 ss., 1029 (corsivi dell'A.).

ISSN 2036-7821

Non sembra potersi dubitare che il legislatore, nel disciplinare le conseguenze di delitti connessi all'azione di enti collettivi, si sia trovato di fronte alla difficoltà di ragionare su nozioni che, nella riflessione giuridica propria dei paesi di *civil law*, sono da sempre elaborate con riguardo alla persona umana[8].

Le condizioni di rimproverabilità dell'azione *contra ius*, la tipologia della pena, e gli effetti che essa comporta, ove riferite alla persona giuridica richiedono, a prescindere dal contesto ordinamentale di riferimento, di essere ripensate in riferimento a processi volitivi, e di azione, che rappresentano l'esito di dinamiche interne a strutture plurisoggettive complesse.

Fatta questa premessa, non appare peregrino ritenere, anche all'esito di una veloce analisi del fenomeno – e pur con il rischio di eccessiva assertività –, che le questioni di maggior rilievo con cui confrontarsi riguardano, in via principale: a) il rapporto fra reato ed ente collettivo e, conseguentemente, b) la natura giuridica della relativa responsabilità; c) la configurabilità della condotta colposa dell'ente; d) i limiti alla punibilità dell'ente collettivo straniero per fatti commessi all'interno del territorio di altro Stato.

Si tratta, com'è evidente, di problematiche di non agevole soluzione, rispetto alle quali ciascun ordinamento può aver assunto una differente posizione, in dipendenza dell'ampiezza e gravità del fenomeno, dei vincoli costituzionali cui obbedire, della sensibilità del legislatore nei confronti del peculiare fenomeno criminoso.

Invero, non pare potersi dubitare che ciascuno dei profili problematici individuati ben si presterebbe ad una autonoma ed approfondita trattazione; ciò, tuttavia, andrebbe ben oltre lo scopo di queste brevi note, volte, in ultima analisi, a ragionare sulla effettività e sufficienza – per contrastare efficacemente una forma di criminalità particolarmente subdola ed aggressiva – di una risposta sanzionatoria in forma amministrativa in luogo di quella penale.

3. Il rapporto fra reato ed ente

[8] Con riguardo al superamento del dogma *societas delinquere non potest* si vv.: M.L. PICCINNI, *Lo scardinamento del principio del societas delinquere non potest anche rispetto alla responsabilità dell'ente per reati contro il patrimonio culturale*, in *Resp. amm. società e enti*, 2022, fasc. 3, pp. 47 ss.; P. CORSO, Societas delinquere non potest, *un dogma che ha resistito al (primo) ventennio di 231*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2021, pp. 199 ss.; F. VIGNOLI, *Il superamento del principio societas delinquere non potest nella disciplina introdotta dal d.leg. n. 231 del 2001*, in *Rass. avv. Stato*, 2006, fasc. 1, pp. 376 ss.; G. AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2003, pp. 941 ss.; C. SCIARAFFA e G. ROMEO, *Societas delinquere non potest*, in *Riv. guardia di finanza*, 2002, pp. 699 ss.; C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest - Riflessioni sul recente (contrastato) superamento di un dogma*, in *Questione giustizia*, 2002, pp. 1087 ss.; C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2002, pp. 571 ss.; M.F. FONTANELLA, *Corruzione e superamento del principio societas delinquere non potest nel quadro internazionale*, in *Dir. comm. internaz.*, 2000, 941.

ISSN 2036-7821

Appare evidente che il primo 'dogma' da abbandonare, ove si voglia provare a configurare una responsabilità della persona giuridica conseguente alla realizzazione di una fattispecie di reato, è quello espresso dal noto brocardo *societas delinquere non potest*.

L'idea di base secondo cui l'applicazione della pena, quale conseguenza dell'azione delittuosa, rappresenta pur sempre un *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*[9], cioè un male che venga percepito come tale, costituisce il fondamento di ogni sistema penale incentrato sulla pena detentiva che presuppone la fisicità del soggetto sanzionato[10].

È sin troppo evidente che, in linea di principio, nulla preclude al legislatore di prevedere apposite fattispecie delittuose connesse all'azione di persone giuridiche[11]. Particolarmente attuale, a tal proposito, è l'affermazione secondo cui il Parlamento può fare tutto «except change a man into a woman and a woman into a man»[12]. Tuttavia, l'idea di un sistema penale fortemente antropomorfico, tuttora presente in molti ordinamenti – di sicuro quello italiano –, ha contribuito al radicarsi dell'opinione che mira ad estendere all'ente la responsabilità per delitti commessi nel proprio interesse da parte di soggetti comunque legati alla persona giuridica da un rapporto giuridico qualificato.

Pur esulando da queste brevi riflessioni l'approfondimento delle problematiche relative alla natura degli enti sottoposti ad una siffatta disciplina ed al rapporto fra questi e la persona fisica autrice del delitto, occorre, nondimeno, fare un rapido cenno alla disciplina introdotta dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, nei limiti in cui ciò appaia indispensabile a ricostruire la natura giuridica della responsabilità della persona giuridica per fatti di reato.

Il legislatore nazionale ha previsto una disciplina apposita, volta a regolare la responsabilità – espressamente definita amministrativa[13] – degli enti collettivi nell'ipotesi di reati commessi nel loro (anche non esclusivo) interesse, prevedendo due ipotesi: quella della cd. impresa illecita, e quella di delitti occasionalmente compiuti nell'interesse dell'ente.

---

[9] U. GROZIO, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XX, § 1,1.

[10] S. MANACORDA, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri d'imputazione*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2012, n. 1, pp. 91 ss.; G. CECCACCI, *Limiti di spazio della responsabilità da reato degli enti: il reato commesso in Italia nell'interesse o a vantaggio di società avente sede all'estero*, in *Cass. pen.*, 2020, pp. 4715 ss.

[11] Si v. sul punto G. GENTILE, *L'illecito colposo dell'ente collettivo. Riflessioni alla luce del* Corporate Manslaughter, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 37 ss., il quale, riprendendo una riflessione sorta in seno alla dottrina inglese, osserva che «la responsabilità delle *corporations* poteva estendersi a tutti i reati, eccetto quelli che, come l'alto tradimento o i reati contro la persona, "traevano la loro natura dalla mente corrotta" dei loro artefici».

[12] Secondo la ben nota affermazione di Jean-Louis de Lolme, in *The Constitution of England*, 1771.

[13] D.lgs. 8/6/2001, n. 231, che alla Sez. I reca: «Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità amministrativa».

ISSN 2036-7821

Si tratta di due differenti fattispecie che, pur presentando un elemento comune, relativo all'autore materiale dell'illecito, si distinguono nettamente con riguardo sia ai presupposti dell'illecito sia alla sanzione applicabile.
Del tutto peculiare, infatti, è il caso della cd. impresa illecita, che ricorre laddove l'ente collettivo sia creato all'unico scopo di consentire la commissione di delitti, com'è, ad esempio, nell'ipotesi di società finanziaria destinata unicamente al riciclaggio del danaro di provenienza illecita e/o a contrarre prestiti usurari. In una tale ipotesi, ferma restando la responsabilità personale di chi abbia materialmente agito per conto dell'ente – elemento questo comune rispetto all'ipotesi di delitto occasionale a favore della persona giuridica –, l'imputazione all'ente dei delitti commessi sarà ricostruita in termini di dolo (e non di agevolazione colposa) e la sanzione prevista è quella della immediata interdizione della persona giuridica, finalizzata alla sua cancellazione dal mondo giuridico.
Nell'ipotesi più comune, di delitto commesso da una persona fisica inserita (in posizione apicale o come mero dipendente) nella struttura organizzativa dell'ente, al fine di agevolarne l'attività, il legislatore ha subordinato la responsabilità del soggetto collettivo al ricorrere di un doppio requisito di imputazione.
Dal punto di vista oggettivo, l'ente sarà chiamato a rispondere unicamente di quei delitti, tassativamente indicati dalla legge, realizzati nel suo interesse o dai quali sia ad esso derivato un vantaggio[14].
La riconducibilità soggettiva del reato viene, invece, fatta dipendere, almeno in principio, dalla omissione nella predisposizione di un modello organizzativo interno, idoneo ad impedire l'azione delittuosa da parte dei soggetti inseriti nella struttura aziendale[15]. Si tratta, a ben riflettere, di una responsabilità, di natura colposa, discendente dal non aver agito al fine di impedire il delitto commesso dall'*intraneous* nell'interesse dell'ente.
Proprio quest'ultimo requisito presenta i tratti di maggiore problematicità allorquando si voglia provare a riflettere sulle condizioni che consentano di escludere la responsabilità dell'ente. Appare, infatti, lecito domandarsi sino a che punto possa pretendersi uno sforzo organizzativo, da parte della persona giuridica, al fine di impedire la realizzazione di delitti commessi nel suo interesse.
Ed infatti, mentre in alcuni casi sembra impossibile imporre al soggetto collettivo oneri organizzativi particolarmente gravosi, che distoglierebbero ingenti risorse dal perseguimento dei fini sociali, di modo che ben potrebbe trovare applicazione il principio secondo cui *ad impossibilia nemo tenetur*. Di contro, possono verificarsi situazioni in cui le dimensioni dell'ente, e il suo operare nell'ambito di più

[14] D.lgs. n. 231/2001, art. 5.
[15] D.lgs. n. 231/2001, art. 6.

ISSN 2036-7821

ordinamenti, rendono arduo non solo configurare adeguati oneri organizzativi ma anche imporli.

In quest'ultima ipotesi chiaramente si comprendono le ragioni alla base dell'osservazione, propria della dottrina anglosassone, secondo cui questi soggetti – proprio perché operanti oltre i confini di un singolo Stato nazionale – sarebbero "Too big to convict"[16].

Quest'ultima affermazione merita, tuttavia, una precisazione. Se il riferimento è alle dimensioni delle cd. imprese multinazionali che, travalicando i confini dei singoli ordinamenti, sarebbero in grado di garantirsi, per questa sola ragione, il conseguimento di una più o meno ampia immunità dal diritto sanzionatorio (anche penale) degli Stati – nonostante la realizzazione di fenomeni criminosi ad elevato impatto economico-sociale –, evidentemente diventerebbe difficile condividere una siffatta opinione[17].

Se, invece, come appare ben più plausibile ritenere, si volesse porre l'accento sulla multiforme organizzazione di tali soggetti, che rende arduo identificare la sussistenza di condotte partecipative e/o agevolative di fattispecie delittuose, soprattutto in presenza di procedimenti interni ad elevato tasso di complessità. Oppure, se si volesse semplicemente richiamare l'attenzione alle ipotesi in cui il danno, da cui rilevare la sussistenza del delitto, si verifichi ad una distanza temporale (ma anche spaziale) tanto notevole – rispetto alla disfunzione organizzativa riconducibile all'ente – da rendere quanto mai complessa l'individuazione di un centro di imputazione della condotta illecita da sanzionare, se non addirittura da impedire di distinguere quale sia la condotta dell'ente da ricollegare causalmente alla realizzazione dell'illecito, evidentemente l'affermazione della dottrina anglosassone ben coglie nel segno.

Si tratta di difficoltà che si presentano in tutta la loro evidenza già al momento di definire le scelte di indirizzo delle politiche normative, allorquando occorre provare a descrivere, all'interno del precetto sanzionatorio, i tipi delle condotte illecite. Operazione resa ancor più disagevole dal fatto che i soggetti collettivi destinatari dei precetti operano nell'ambito di molteplici ordinamenti, ciascuno caratterizzato dalla predisposizione di proprie ed autonome discipline, spesso fra loro non collimanti.

Proprio quest'ultima evenienza pone al legislatore problemi di non poco conto con riguardo, in particolare, sia alla individuazione del catalogo dei delitti suscettibili – al ricorrere dei descritti requisiti di imputabilità (oggettiva e soggettiva) in capo al soggetto collettivo – di impegnare la responsabilità dell'ente. Sia alla individuazione

[16] È questo il titolo di un recente convegno tenuto presso l'Università di Derby (UK) in data 7 giugno 2022 (i cui atti sono in corso di pubblicazione).

[17] Si v. B.L. GARRETT, *Too Big to Jail: How Prosecutors Compromise With Corporations*, Harvard University Press, 2014, *passim*.

ISSN 2036-7821

delle cautele organizzative sufficienti ad escludere il coinvolgimento della persona giuridica nella verificazione della fattispecie delittuosa.

A questo proposito, va, infatti, precisato che – almeno per quanto concerne l'ordinamento nazionale – la persona giuridica non è chiamata a rispondere, anche solo potenzialmente, di qualsiasi delitto commesso nel proprio interesse dai soggetti indicati dalla legge, bensì solo di quelle fattispecie di reato espressamente individuate[18]. Con l'evidente conseguenza che per ottemperare alla legge, il soggetto collettivo che abbia la propria sede principale e/o operi in Italia, legittimamente potrà dotarsi di una organizzazione sufficiente ad impedire la verificazione di questi soli reati; quand'anche ciò non sia sufficiente ad escludere la sua responsabilità per gli eventuali ulteriori delitti che, ove commessi – dai propri operatori (amministratori o dipendenti) – in altro ordinamento, possono comunque essere imputati all'ente.

A questi problemi che, con ogni evidenza, impegnano in via diretta l'attività dei legislatori nazionali, se ne aggiungono altri di rilievo senz'altro non marginale.

Ben ci si potrebbe domandare – riprendendo una suggestione in precedenza solo accennata –, con riguardo all'ampiezza degli oneri organizzativi in grado di elidere (soggettivamente) la responsabilità dell'ente, sino a che punto può spingersi la pretesa (anche legislativa) alla adozione di modelli idonei a prevenire la commissione di un catalogo sempre più ampio ed eterogeneo di fattispecie delittuose.

Ciò emerge in maniera chiara laddove una particolare *compliance* finisca con il ridurre in maniera significativa (o anche solo apprezzabile) la produttività aziendale, rendendo così evidente come qualunque disciplina sul punto finisca con il mettere a confronto due ordini di valori: da un lato le ragioni della produzione, connesse alla libertà della iniziativa economica privata (garantita anche dalla CEDU), dall'altro gli interessi protetti dalla normazione sanzionatoria[19].

Si tratta di uno scontro che, in mancanza di indicazioni, se non precise – attesa la complessità strutturale delle imprese di grandi dimensioni, e la rapidissima evoluzione dei modelli organizzativi aziendali –, almeno non troppo lacunose, da parte dei legislatori nazionali, rischia di concludersi sempre a vantaggio dei beni giuridici presidiati dalla sanzione penale.

Allo stato, ipotizzare una qualunque soluzione a questa problematica non di poco conto, sulla quale finisce, inevitabilmente, col misurarsi la tenuta dei sistemi

[18] È agevole osservare come il legislatore, al fine di adeguare la risposta punitiva, abbia incrementato il catalogo dei delitti imputabili agli enti, senza verificare se tale incremento fosse o meno compatibile con la disciplina generale in materia di responsabilità delle persone giuridiche.

[19] Si v. O. DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, in G. LATTANZI e P. SEVERINO (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2020, p. 235, secondo cui «ove l'ente volesse impegnarsi in una *compliance* a 360°, effettiva e non cosmetica, dovrebbe impiegare risorse (economiche, di personale e di tempo) probabilmente proibitive anche per imprese dotate di notevoli capacità economico-patrimoniali». Sul punto si v. anche J. REASON, *Human error*, Cambridge University Press, 1990, pp. 233 ss.

ISSN 2036-7821

nazionali disciplinanti la responsabilità degli enti collettivi, sposterebbe l'indagine all'ambito della politica del diritto, oltrepassando lo scopo di questa breve indagine. Non va tuttavia taciuta la 'scivolosità' del terreno su cui tutti i legislatori sono chiamati ad operare, in quanto un allargamento eccessivo dei modelli organizzativi di garanzia, influendo sul reddito dell'impresa, ben può risolversi in una perdita della capacità di concorrenza dei soggetti operanti in ciascun Paese.

Quello che, tuttavia, va immediatamente messo in rilievo – restando fedeli ad una prospettiva di stretto diritto positivo –, è la abdicazione da parte degli Stati a confrontarsi con un tale, non agevole, compito. Ed infatti, attesa la difficoltà di cimentarsi con le dinamiche interne a complesse strutture aziendali, gli Stati hanno preferito rimettere agli stessi enti collettivi, destinatari della disciplina sanzionatoria, l'individuazione delle forme organizzative necessarie a garantire la prevenzione dei delitti. Limitandosi unicamente, sebbene in maniera non coerente, ad intervenire sul catalogo dei delitti riconducibili alla persona giuridica, e consegnando alla sede processuale la verifica della idoneità degli strumenti organizzativi di prevenzione predisposti dalle imprese al fine di essere esentate da ogni responsabilità.

Questa scelta, che solo in apparenza potrebbe sembrare particolarmente oculata, in quanto in grado di esonerare il legislatore dal cimentarsi con il funzionamento dei multiformi processi decisori interni agli enti, con il pericolo, sempre presente, di predisporre accorgimenti organizzativi suscettibili di rallentare i processi aziendali di adeguamento alle mutevoli esigenze del mercato, sconta, tuttavia, un (sia pur non troppo evidente) vizio di fondo.

Così procedendo si rischia, infatti, di confondere, se non addirittura di ridefinire, il ruolo che gli ordinamenti riconoscono agli enti privati operanti – sia pur con una marginale approssimazione – nella produzione di beni e servizi. Si tratta di operatori economici, aventi come scopo precipuo quello di massimizzare i ricavi e minimizzare le perdite, che, così operando, l'azione legislativa intrapresa finisce, di fatto, col trasformare in 'gendarmi privati', cui gli Stati, con la minaccia della sanzione, rimettono una funzione di controllo sul rispetto delle leggi (che ne disciplinano l'attività) avente, o che almeno dovrebbe avere, natura eminentemente pubblicistica.

Questa osservazione appare ben lungi dal poter essere etichettata come una mera speculazione scientifica, in quanto dalla delimitazione delle funzioni rimesse ai soggetti collettivi viene a dipendere la definizione del grado di diligenza, che da essi può legittimamente pretendersi, al fine di escludere la responsabilità per i delitti commessi nel loro interesse.

Ma, come recita un altro vecchio brocardo, *dum Romae consulitur, Saguntum expugnatur*. E cioè, mentre in presenza di disposizioni al riguardo poco chiare il dibattito dottrinale procede quanto mai animato, tocca pur sempre alla

ISSN 2036-7821

giurisprudenza provare a dirimere le complesse questioni che si agitano intorno alla disciplina della responsabilità delle persone giuridiche.

4. La natura della responsabilità degli enti collettivi

Per ragionare sulla natura della responsabilità degli enti collettivi, in conseguenza di reati commessi a loro vantaggio, imprescindibile punto di partenza è la lettera della legge[20], che nel titolo reca per l'appunto «Disciplina della responsabilità *amministrativa* delle persone giuridiche»[21].

Il riferimento espresso alla natura amministrativa della responsabilità di tali soggetti, che appare anche nella prima sezione del decreto n. 231, non viene poi ripetuto nel corpo dell'art. 1, dove il richiamo alla 'responsabilità' rimane privo di qualificazione.

Nonostante l'inequivoca lettera della legge, l'imprescindibile collegamento con un delitto presupposto ha contribuito ad alimentare l'idea – presente anche in giurisprudenza – che la disciplina della responsabilità delle persone giuridiche, per i delitti commessi nel proprio interesse dalla persona fisica del dipendente, sia da ascrivere alla sfera del diritto penale[22]. Una siffatta interpretazione, oltre a svilire la lettera della legge – di fronte ad una precisa scelta fatta dal legislatore, in ossequio al principio secondo cui *in claris non fit interpretatio*, nessun margine di azione dovrebbe residuare all'interprete –, consente di accedere ad interpretazioni particolarmente 'libere' del dettato normativo, sì da giustificare conclusioni, circa la natura della responsabilità in parola, che non sembrano certo segnalarsi per la logicità dei risultati.

L'esame della giurisprudenza è, a tale proposito, particolarmente significativo. Anche laddove la questione della natura della responsabilità viene, almeno in apparenza, lasciata sullo sfondo, in quanto ritenuta irrilevante per la soluzione del problema giuridico affrontato, il giudice finisce, comunque, col fare applicazione della disciplina contenuta nel Codice penale allorquando la normativa che regola la responsabilità degli enti si presenti lacunosa.

Sebbene non manchi qualche pronuncia, seppur isolata, che sostiene apertamente la natura penale della responsabilità degli enti – nonostante la legge si esprima in

[20] Il rifermento, com'è evidente, è al D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, recante «Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300».

[21] Corsivo di chi scrive.

[22] S. MANACORDA, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri d'imputazione*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2012, n. 1, pp. 91 ss., 93, secondo il quale «siamo dinanzi ad uno specifico 'tipo d'autore' caratterizzato da potenzialità criminose straordinarie ma pur sempre da ricondursi entro gli schemi formali delle categorie del diritto e del processo penale». Si v., inoltre, G. CECCACCI, *op. ult. cit.*, p. 4716, secondo cui «In breve, a fronte di chi fa leva sul dato letterale, secondo una diversa opinione si tratterebbe, al contrario, di responsabilità penale celata dietro una palese "frode delle etichette"».

ISSN 2036-7821

termini di responsabilità amministrativa derivante da reato[23] – la restante giurisprudenza, pur non soffermandosi a ricostruire la natura giuridica dell'illecito, nondimeno si adopera al fine di estendere all'ente il reato commesso nel suo interesse. Sicché a fronte di una duplicità di condotte, quella della persona fisica (autore materiale del reato) e quella dell'ente (non impeditiva dell'azione della persona fisica), unico viene ritenuto essere l'evento del reato, di cui entrambi (persona fisica e giuridica) sono così chiamati a rispondere.

Ad una tale conclusione la giurisprudenza perviene percorrendo due strade alternative.

Secondo un primo orientamento, sostenuto anche in dottrina[24], la responsabilità dell'ente andrebbe ricondotta alla nozione del concorso (colposo) nel reato commesso dalla persona fisica del dipendente. Questa interpretazione, che ha trovato seguito anche in una non recentissima pronuncia delle Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione[25], inquadra la condotta dell'ente nel «paradigma penalistico della "responsabilità concorsuale", prendendo spunto da un'accorta dottrina che aveva classificato l'illecito della persona giuridica come "fattispecie plurisoggettiva di parte speciale, tipizzante una nuova ipotesi di concorso necessario di persone fisiche e giuridiche nello stesso reato"»[26].

Altra parte della giurisprudenza ha inteso, invece, seguire un differente percorso argomentativo.

Secondo quest'ultimo orientamento, espresso di recente anche dalla Suprema Corte, il reato della persona fisica si estende all'ente in conseguenza del rapporto di immedesimazione organica che lega tali soggetti. Nell'ottica di questa ricostruzione, colui che opera per conto della persona giuridica, in quanto inserito nella organizzazione aziendale, agisce in veste di organo dell'ente e non di soggetto autonomo, di modo che il delitto, eventualmente realizzato, deve imputarsi direttamente al soggetto collettivo[27].

---

[23] Trib. Torino, 10/1/2013, in *www.dejure.it*.

[24] Si v. C.E. PALIERO, *Art. 7, soggetti sottoposti all'altrui direzione e modelli di organizzazione dell'ente*, in M. LEVIS, A. PERINI (a cura di), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti: d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Zanichelli, Bologna, 2014, pp. 186 ss.

[25] Cass. pen., SS.UU., 2/7/2008, n. 26654, in *Riv. pen.*, 10, 2008, pp. 1000 ss.: «V'è quindi una convergenza di responsabilità nel senso che il fatto della persona fisica, cui è riconnessa la responsabilità della persona giuridica, dev'essere considerato "fatto" di entrambe, per entrambe antigiuridico e colpevole, con l'effetto che l'assoggettamento a sanzione sia della persona fisica che di quella giuridica si inquadra nel paradigma della responsabilità concorsuale».

[26] Trib. Lucca, 31/7/2017, n. 222, *www.giurisprudenzapenale.com* (decisione poi confermata da Corte d'Appello di Firenze, 20/6/2019, n. 3733, in *www.giurisprudenzapenale.com*). Si v., inoltre, Cass. pen., Sez. VI, 6/2//2009, n. 19764, in *Cass. pen.*, 2010, 5, p. 1956.

[27] Cass. pen., 16/7/2010, n. 27735, in *Le Società*, 2010, pp. 1241 ss. Trib. Trani, 11/1/2010, in *Dir. proc. pen.*, 7, 2010, pp. 848 ss.

ISSN 2036-7821

Questa ricostruzione, sia pur implicitamente, sembra ripresa da un'altra recentissima decisione della Suprema Corte di Cassazione, la quale – sebbene sostenendo espressamente la natura amministrativa dell'illecito dell'ente –, nel riferirsi all'evento del delitto realizzato nell'interesse della persona giuridica, afferma che essa risponde, al pari di chiunque, degli effetti della *propria condotta*. Così mostrando di ritenere proprio dell'ente il reato realizzato dal dipendente[28].

L'esame della giurisprudenza rivela con estrema chiarezza come l'impianto ricostruttivo della responsabilità degli enti sconti una evidente tensione fra l'attrazione alla sfera del diritto penale, e la espressa qualificazione, in termini di illecito amministrativo, voluta dal legislatore.

La principale manifestazione di questa prima linea di indirizzo si rinviene nell'estensione alla persona giuridica del medesimo reato compiuto dalla persona fisica dell'*intraneous*, come pure nella tendenza del giudice a ricorrere, in via suppletiva, alla disciplina del Codice penale laddove la specifica disciplina (in materia di responsabilità degli enti) risulti carente. Ad incoraggiare questa tendenza, neppure va sottovalutato il fatto che il soggetto deputato a decidere sulla sussistenza dell'illecito sia lo stesso tribunale chiamato a giudicare sulla sussistenza del reato presupposto della persona fisica, avendo il legislatore fatto coincidere i criteri legali per l'individuazione del giudice competente a decidere su entrambi gli illeciti[29].

Di contro, il rispetto, solo formale, della lettera della legge si esprime nel mero richiamo alla natura legale della responsabilità dell'ente come illecito amministrativo, sparso un po' ovunque in giurisprudenza, senza che tuttavia da ciò si traggano le dovute conseguenze con riguardo alla disciplina applicabile. Questo vizio di base, nella ricostruzione della natura giuridica della responsabilità dei soggetti collettivi, emerge in maniera particolarmente evidente laddove il giudice sia chiamato a ragionare sulla (possibile o meno) estensione all'ente dei delitti colposi dell'*intraneous*, come pure nell'ipotesi di delitto compiuto nel territorio nazionale nell'interesse di una persona giuridica avente la propria sede principale all'estero.

5. La condotta colposa dell'ente

Il problema della individuazione della colpa dell'ente è sorto allorquando il legislatore, ampliando il catalogo dei reati presupposto in grado di impegnare il soggetto collettivo, vi ha fatto rientrare anche i delitti colposi di evento.

---

[28] Cass. pen., Sez. VI, 11/2/2020, n. 11626, in *Cass. pen.*, 12, 2020, pp. 4706 ss. Una differente opinione è espressa da Cass. pen., SS.UU., 24/4/2014, n. 38343, in *Cass. pen.*, 2, 2015, pp. 490 ss., ove si afferma che «Il Collegio considera che, senza dubbio, il sistema di cui si discute costituisce un corpus normativo di peculiare impronta, un tertium genus, se si vuole. Colgono nel segno, del resto le considerazioni della Relazione che accompagna la normativa in esame quando descrivono un sistema che coniuga i tratti dell'ordinamento penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficienza preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia».

[29] D.lgs. n. 231/2001, art. 36. Sul punto si v. S. MANACORDA, *op. ult. cit.*, p. 96.

ISSN 2036-7821

Senza indugiare troppo sulla peculiare struttura di tali reati, sembra difficile superare una evidente aporia sistemica discendente dal fatto che nel delitto colposo, per definizione, l'evento non è voluto dal suo autore. Se, infatti, l'ente è chiamato a rispondere del fatto del terzo (posto in posizione di direzione o di subordinazione all'interno dell'azienda) quando il delitto è commesso nel suo interesse, appare davvero arduo configurare la sussistenza di un siffatto interesse laddove le conseguenze dell'azione lesiva siano, dal suo autore, non volute[30].

Dunque, a meno di non voler ritenere che l'estensione della responsabilità degli enti collettivi ai delitti colposi di evento sia il frutto di una svista del legislatore, sì da disapplicare la lettera della legge, occorre confrontarsi con due questioni collegate: a) la compatibilità del reato colposo (di evento) con la responsabilità dell'ente; b) la verifica della colpa del soggetto collettivo.

Per riuscire a ricondurre alla responsabilità dell'ente anche il reato colposo di evento, la giurisprudenza verifica la sussistenza dell'interesse (o del vantaggio), che la persona giuridica ricava dal reato del proprio dipendente, unicamente con riguardo al momento in cui si verifica la violazione delle regole cautelari da cui il delitto deriva. Così operando, il giudice non si domanda se l'evento dannoso – che, per definizione, non è voluto dal soggetto agente – sia stato realizzato nell'interesse dell'ente, ma unicamente se tale interesse fosse (o meno) alla base della violazione delle regole precauzionali che hanno condotto alla verificazione del reato[31].

Si è così osservato, in una vicenda riguardante la violazione della normativa in materia di sicurezza all'interno dei luoghi di lavoro, che «la giurisprudenza consolidata (seppure solo a livello di giudici di primo grado) ritiene che il requisito dell'interesse o vantaggio deve essere riferito non all'intera fattispecie di reato,

---

[30] A. ALESSANDRI, *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, 2, pp. 337 ss., 342, secondo il quale «immaginare che un fatto (illecito) non voluto dall'autore si possa dire commesso nell'interesse di qualcun altro appare una contraddizione in termini». Sul punto si vv. anche N. ABRIANI, G. MEO, G. PRESTI (a cura di), *Società e modello "231": ma che colpa abbiamo noi?*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, 2, *passim*.

[31] M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, ESI, Napoli, 2012, pp. 77 ss., ad opinione della quale il giudice potrà «estrapolare dal "reato" quell'unica parte del fatto tipico, la condotta, compatibile con il dover essere commessa nell'interesse o a vantaggio». Sul punto si vv. anche: S. BELTRANI, *Il punto sulla responsabilità da reato colposo degli enti*, in *Resp. amm. società e enti*, 2020, 1, pp. 297 ss.; V. D'AQUARONE, *Il ruolo del risarcimento del danno nel sistema della responsabilità degli enti: problematiche relative ai reati colposi*, in *Resp. amm. società e enti*, 2016, 3, pp. 67 ss.; N. VALIANI, *L'omicidio colposo degli enti – L'esperienza italiana e quella inglese a confronto*, in *Studi senesi*, 2013, pp. 115 ss.; L. TROYER e A. INGRASSIA, *La difficile compatibilità tra reati presupposto colposi d'evento e responsabilità degli enti: una possibile soluzione compromissoria*, in *Riv. dott. commercialisti*, 2012, pp. 910 ss.; T. GUERINI, *L'interesse o vantaggio come criterio di imputazione dei reati colposi di evento agli enti collettivi - Riflessione a margine del caso «Thyssenkrupp»*, in *Resp. amm. società e enti*, 2012, fasc. 3, pp. 83 ss.; C. SANTORIELLO, *Riflessioni sulla possibile responsabilità degli enti collettivi in presenza dei reati colposi*, in *Resp. amm. società e enti*, 2011, 4, pp. 71 ss.; T.E. EPIDENDIO e G. PIFFER, *La responsabilità degli enti per reati colposi*, in AA.VV., *D.lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in *Le Società*, 2011, spec. suppl. al n. 12/2011, pp. 35 ss.; G. GENTILE, *L'illecito colposo dell'ente collettivo. Riflessioni alla luce del* Corporate Manslaughter cit.

ISSN 2036-7821

comprensiva dell'evento lesivo, ma alla sola condotta violativa delle norme antinfortunistiche»[32].

Questo orientamento, oramai stabile, oltre a far passare in secondo piano l'esame della condotta tenuta dall'ente, ha prodotto evidenti riflessi negativi anche con riguardo alla valutazione della colpa del soggetto collettivo.

Come più volte ribadito, la persona giuridica, nel cui interesse il delitto (anche colposo) è stato commesso, ben può evitare la condanna dimostrando di aver adottato i modelli organizzativi idonei a prevenire quello specifico fatto di reato.

Tuttavia, la particolare attenzione dedicata alla condotta tenuta dall'autore del delitto presupposto nell'interesse dell'ente, e l'assimilazione della disfunzione organizzativa alla colpa intesa come violazione di norme di precauzione, inducono la giurisprudenza a ritenere che la mancanza (o l'inattuazione) di un valido modello organizzativo non rilevi come un elemento della fattispecie sanzionatoria propria del soggetto collettivo, quanto piuttosto come requisito soggettivo di (non) imputabilità. In tal senso, la presenza di una valida *compliance* aziendale potrà valere come causa (oggettiva) di esclusione della colpevolezza[33].

Questo orientamento si è tradotto nella affermazione costante, da parte dei giudici, secondo cui «È vero che non vi è un obbligo di adottare specifici modelli organizzativi, ma questa differenza non appare fondamentale dal momento che nel sistema italiano l'adozione di tali modelli è una causa di esclusione della responsabilità»[34].

Una tesi questa ribadita, di recente, anche dalla Suprema Corte che, una volta focalizzata l'attenzione sulla struttura del reato posto in essere dalla persona fisica, relega la colpa organizzativa a mero criterio di imputazione, indispensabile per rimproverare all'ente il medesimo fatto di reato posto in essere nel suo interesse (o a suo vantaggio)[35].

Questo univoco orientamento, se pure ritenuto dal giudice indispensabile «nell'ottica di consentire alla norma di trovare applicazione anche nelle ipotesi di reati colposi di evento, perché altrimenti se l'interesse o il vantaggio fosse riferibile anche all'evento […] colpos[o], è evidente che i suddetti profili non si configurerebbero mai»[36], si espone a critiche di non poco momento.

È agevole, infatti, obiettare che questa ricostruzione tradisce la lettera, oltre che la *ratio*, della disciplina contenuta agli artt. 5 e 6 del decreto n. 231/2001, potendosi

[32] Trib. Torino, 10/9/2013, n. 91211, in *www.dejure.it*. Nello stesso senso si esprime anche Cass. pen., SS. UU, 18/9/2014, n. 38343, in *www.giurisprudenzapenale.com*.

[33] S. DOVERE, *La responsabilità amministrativa degli enti di diritto straniero per reati commessi in Italia*, in *Rivista231*, 4/2021, pp. 9 ss., 17.

[34] App. Firenze, n. 3733/2019 cit.

[35] Cass. pen., Sez. IV, 7/4/2020, n. 11626, in *Cass. Pen*, 12/2020, pp. 4706 ss.

[36] Trib. Torino, n. 91211/2013 cit.

ISSN 2036-7821

osservare, per un verso, che l'art. 5 ricollega il (doppio) criterio dell'interesse e del vantaggio alla fattispecie delittuosa della persona fisica nella sua intierezza, di modo che, limitare il criterio in parola alla sola condotta rappresenta un'evidente petizione di principio. Per altro verso, che, nella logica dell'art. 6, la previsione di un modello organizzativo idoneo alla prevenzione di delitti rappresenta un elemento che connota la tipicità del fatto (proprio) dell'ente, e non una causa oggettiva di esclusione della colpevolezza.

6. La responsabilità dell'ente straniero per i delitti commessi in Italia

Non pare revocabile in dubbio che il problema della responsabilità del soggetto collettivo per i delitti commessi (nel suo interesse o a suo vantaggio) nel territorio di uno Stato terzo, rispetto a quello della propria sede principale, assume rilievo del tutto marginale in quegli ordinamenti nei quali questa fattispecie sia stata espressamente regolata, apparendo, di contro, particolarmente spinoso allorquando una specifica disciplina non vi sia[37].

In tale ultima ipotesi dovendosi verificare – problema questo che sembra essere comune ad ogni ordinamento giuridico che non si sia dotato di una apposita disciplina sul punto – se, e fino a che punto, possa trovare applicazione il principio di territorialità del diritto penale, e più in generale del diritto sanzionatorio[38].

Si tratta di un interrogativo la cui soluzione, com'è evidente, finisce col dipendere dalla ricostruzione del legame che, secondo la disciplina di riferimento, si viene ad

[37] Che la questione sia particolarmente avvertita lo dimostra l'ampiezza del dibattito dottrinale. Sul punto, in particolare, si vv.: S. BELTRANI, *Ancora sulla giurisdizione nazionale in tema di responsabilità da reato di enti aventi sede esclusiva all'estero, quando il reato-presupposto sia commesso in Italia (Nota a Cass. pen., sez. IV, 8 gennaio-6 settembre 2022, n. 32899)*, in *Resp. amm. società e enti*, 2022, 2, pp. 239; A. DI MARTINO, *Illecito punitivo di enti stranieri tra giurisdizione punitiva e giurisdizione penale, territoriale ed extraterritoriale: somiglianze apparenti, realtà inosservate (a proposito della sentenza della Corte di cassazione sul "disastro di Viareggio") (Nota a Cass. pen., sez. IV, 8 gennaio – 6 settembre 2021, n. 32899)*, in *Cass. pen.*, 2022, pp. 2747 ss.; M. MONTESANO, *L'ordinanza del G.i.p. di Milano dello scorso 20 maggio interviene su un tema già esplorato in passato e afferma un principio legato alla estensione agli enti stranieri delle previsioni del D.lgs. 231/2001. In particolare, viene riconosciuto il diritto ad avere la tradizione nella lingua conosciuta dal legale rappresentante della società straniera dell'atto di incolpazione ex. art. 59, d.lg. 231/2001*, in *Resp. amm. società enti*, 2022, fasc. 3, pp. 277 ss.; N. GIANARIA e M. SAMO, *Onori e oneri degli enti stranieri operanti in Italia: la cassazione di Viareggio conferma l'assoggettabilità delle società estere alla responsabilità «231» in caso di reato-presupposto commesso sul territorio nazionale*, in *Resp. amm. società e enti*, 2021, fasc. 4, pp. 245; M.M. SCOLETTA, *Enti stranieri e «territorialità universale» della legge penale italiana: vincoli e limiti applicativi del d.leg. n. 231/2001 (Nota a Cass. pen., sez. VI, 11 febbraio 2020, n. 11626, C. M.)*, in *Società*, 2020, pp. 621 ss.; G. RUTA, *La responsabilità amministrativa degli enti stranieri e i limiti del principio di territorialità*, in *Resp. amm. società e enti*, 2018, fasc. 4, pp. 25 ss.; M. LO GULLO, *Responsabilità amministrativa di società ed altri enti dipendente da reato, ambito di applicazione nello spazio della potestà sanzionatoria dello stato e libertà comunitarie*, in *Contratto impr. Europa*, 2008, pp. 854 ss.

[38] Se lo domanda S. MANACORDA, *op. ult. cit.*, p. 91. Sul punto si v., inoltre, A. FIORELLA, *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in G. LANCELLOTTI (a cura di), *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 102 ss.

ISSN 2036-7821

instaurare fra il delitto della persona fisica e la responsabilità dell'ente. L'attrazione della fattispecie alla materia penale, e la riconducibilità alla persona giuridica del reato commesso nel suo interesse (o a suo vantaggio), inducono, infatti, a concludere per la sussistenza della giurisdizione dello Stato in cui si manifesta il delitto della persona fisica, senza che a tal fine assuma rilevanza il luogo in cui è avvenuta la disfunzione organizzativa che ne abbia agevolato (o non impedito) la verificazione.
La Suprema Corte di Cassazione giunge a questa conclusione, oramai largamente condivisa in giurisprudenza, fondando il proprio ragionamento su due principali argomentazioni.
In primo luogo, rileva il fatto che la responsabilità della persona giuridica è pur sempre derivata da quella della persona fisica, con la conseguenza che la giurisdizione va individuata con riguardo a questo delitto, nessun peso potendosi riconnettere al fatto che la disfunzione organizzativa (agevolativa o non impeditiva del delitto) sia avvenuta all'estero.
Di poi, ed in conseguenza di quanto sostenuto, la Cassazione osserva, altresì, che non vi sono valide ragioni per differenziare il trattamento riservato alla persona giuridica rispetto a quello proprio delle persone fisiche. Anche gli enti collettivi sono soggetti ai principi di obbligatorietà e territorialità della legge penale nazionale, e sono chiamati a rispondere, a prescindere da nazionalità o sede legale, dei delitti commessi (nel loro interesse) sul territorio nazionale.
In ragione di ciò, la Corte esprime il principio secondo cui la persona giuridica potrà sempre essere chiamata a rispondere dinanzi al giudice italiano, purché questi sia fornito di giurisdizione nei confronti dei delitti commessi dai propri amministratori o dipendenti[39].
Altra parte della giurisprudenza aveva già in precedenza chiarito che l'adesione ad una differente interpretazione, volta ad escludere la responsabilità degli enti aventi sede legale all'estero, avrebbe creato una evidente disparità di trattamento con eventuali soggetti collettivi stranieri aventi, invece, una sede (o una succursale) nel territorio nazionale. Favorendone, economicamente, l'attività in danno di tali soggetti e ingenerando dubbi non solo di incostituzionalità, ma anche di contrasto con i principi comunitari di non discriminazione nel diritto di stabilimento[40].
Così opinando, i giudici riescono a colmare la lacuna legislativa, relativa alla responsabilità degli enti stranieri per i delitti commessi (nel loro interesse o vantaggio) in Italia, valorizzando il rapporto di dipendenza con il reato della persona fisica. In questo modo il giudice italiano potrà sottoporre a giudizio anche la persona

[39] Cass. pen., Sez. VI, n. 11626/2020 cit.
[40] App. Firenze, n. 3733/2019 cit. Si vv. anche: Trib. Lucca, 31/7/2017, n. 222, in *www.giurisprudenzapenale.com*; G.i.p. Milano, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, n. 3-4, 2004, p. 989.

ISSN 2036-7821

giuridica straniera laddove sia fornito di giurisdizione nei confronti del reato presupposto.
Ed infatti, il ricorso alle figure – esaminate in precedenza – dell'immedesimazione organica e del concorso della persona giuridica nel delitto della persona fisica, comportando l'estensione all'ente della fattispecie delittuosa posta in essere dal dipendente (o dall'amministratore), rende rilevante solo questo reato al fine di individuare *tempus* e *locus commissi delicti*.
A dare coerenza alla ricostruzione dei giudici è anche la riconduzione della inefficienza organizzativa dell'ente al ruolo di esimente, quale causa di esclusione della colpevolezza. In questo modo nessun rilievo può avere la decisione, assunta all'estero, di non adottare un valido modello di *compliance*, che resta del tutto priva di valore ai fini della fissazione della giurisdizione nazionale, come parimenti è irrilevante il luogo in cui venga assunta la volizione criminosa.
Né di particolare rilievo, al fine di decidere sulla giurisdizione del giudice nazionale, è l'opinione secondo cui le sanzioni irrogate nei confronti del soggetto collettivo straniero, in applicazione dei ben noti criteri Engel, andrebbero comunque ritenute di natura penale. L'applicazione di tali criteri, infatti, incide unicamente sull'ampiezza delle garanzie applicabili nel giudizio, non anche sulla individuazione della giurisdizione, la cui fissazione resta regolata dal diritto interno.

7. *La preferenza per la natura amministrativa dell'illecito degli enti collettivi*
L'indagine svolta ha evidenziato come la riconducibilità della responsabilità degli enti collettivi alla sfera penalistica susciti, in sede applicativa, non poche perplessità.
Ciò che si vuole ora provare a verificare è se, attraendo la fattispecie all'ambito dell'illecito amministrativo, si possa giungere, senza pregiudicare l'efficacia della risposta punitiva, a soluzioni dotate di una maggiore coerenza sistematica[41].
In primo luogo, non pare possa dubitarsi del fatto che la preferenza per il modello sanzionatorio amministrativo abbia l'indiscutibile pregio di rispettare la qualificazione giuridica sancita dal legislatore per questo particolare tipo di responsabilità.
Né una siffatta scelta può indurre a ritenere che la risposta sanzionatoria, da parte dell'ordinamento, sia connotata da una minore effettività ed afflittività rispetto a quella penale. È oramai ben acquisito in dottrina che la riconduzione dell'illecito degli enti collettivi al 'diritto sanzionatorio amministrativo', in un'ottica sia general che special-preventiva, rappresenta, nei confronti della cd. 'criminalità finanziaria', un deterrente più efficace, anche in termini di proporzionalità della risposta punitiva, di quanto non riesca ad essere la pena detentiva.

[41] D'altronde, lo *stigma* tipico della sanzione penale non sembra essere un elemento indispensabile al fine di garantire l'afflittività della sanzione imposta alla persona giuridica.

ISSN 2036-7821

Gli organi della giustizia penale solo di rado riescono ad ottenere la condanna di coloro che sono ai vertici di organizzazioni criminali, i quali continuano normalmente a godere dei profitti delle attività criminose sfuggendo alle maglie della giustizia[42].

A ciò vanno anche aggiunte le difficolta`, normalmente incontrate dal giudice (penale), nell'aggredire gli ingenti patrimoni, o comunque i proventi dell'attività criminosa, successivamente utilizzati per il finanziamento di ulteriori attività illecite[43].

Non sembra, dunque, illogico ritenere che la reazione dell'ordinamento avverso la commissione di un fatto illecito possa apparire più efficace se volta ad attaccare in via diretta i profitti conseguiti piuttosto che la persona dell'autore, in quanto ad orientare (od inibire) la spinta motivazionale verso la commissione di un illecito un peso maggiore riveste la speranza del profitto rispetto al timore della pena (criminale)[44].

Si tratta di ragioni che ben riescono a giustificare la preferenza per la sanzione amministrativa. Consentendo di ritenere perfettamente congrua, ed anzi opportuna, la scelta legislativa di qualificare come amministrativa tale tipo di responsabilità, quale frutto non di una svista – come sembra trasparire dall'orientamento maggioritario del giudice – bensì di un preciso indirizzo di 'politica repressiva'[45].

Un approccio siffatto sembra essere il frutto della medesima idea di fondo che ispira anche il regime della responsabilità del dipendente pubblico nei confronti della P.A.

---

[42] F.J. MCKENNA – K. EGAN, *Ireland: The Multi-Disciplinary Approach to Proceeds of Crime*, in YOUNG, N.M. SIMON (a cura di), *Civil Forfeiture of Criminal Property*, Edward Elgar Publishing, 2009, pp. 52 ss., 56, secondo i quali «it was legitimate to take account of the international phenomenon of organized crime and the characteristic ability of those in the higher echelons of criminal organization to evade the arm of the law».

[43] Si v. Working Group on Confiscation, *Third Report: Criminal Assets* (London, Home Office 1998) par. 4.13, come il successivo Report, *Recovering the Proceeds of Crime* (London, Cabinet Office 2000) p. 38, nella parte in cui sono riportate le parole di Willie Hofmeyr, Head of the Asset Forfeiture Unit, South Africa, secondo il quale «[Offenders] smiled when they got a 15 or 20-year jail sentence, which they regard as an occupational hazard I suppose, but they literally burst into tears when they lost their favourite Rolls-Royce, the family home, the kids' private education and the wife's luxurious lifestyle. Police have started seeing forfeiture as a way of hurting and getting at these guys».

[44] Si v. *HM Advocate v. McIntosh* (United Kingdom Privy Council), in *http://uniset.ca/other/cs4/20031AC1078.html*, ove si afferma che «it is desirable to deprive traffickers of their illgotten gains, so that the hope of profit is heavily outweighed by the fear of punishment». Nello stesso senso si esprimono anche T. JAGGAR – M. SUTHERLAND WILLIAMS, *Civil recovery: then and now*, in Criminal Bar Quarterly, 2, 2010, pp. 5 ss., 6, secondo i quali «recovery of the proceeds of crime through the civil courts looked to be an expedient method of appropriating criminals' ill-gotten gains when compared to the 118 clumsy and expensive unpredictability of the full criminal trial».

[45] Si sul punto già avuto modo di chiarire, in G. MARTINI, *Potere sanzionatorio della P.A. e diritti dell'uomo. I vincoli CEDU all'amministrazione repressiva*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 165-166, la necessità di «ricostruire la pretesa punitiva dello Stato come un fenomeno unitario, a prescindere dal fatto che essa si traduca nelle forme della sanzione civile, penale oppure di quella amministrativa, questa scelta dipendendo, com'e` evidente, non solo dalla natura, o forse più correttamente dal rango, del bene protetto e dalle modalità di aggressione cui può essere sottoposto, ma anche da ragioni di economicità e soprattutto di effettività del risultato concretamente raggiungibile, pure in termini di concreta afflittività della sanzione irrogata».

ISSN 2036-7821

Non è di certo casuale che in dottrina sia maggioritario l'indirizzo volto a riconoscere una preminente «funzione *repressivo-sanzionatoria* nella responsabilità amministrativo-contabile»[46].

Se, infatti, è indubbio che il pubblico dipendente venga condannato a ristorare la P.A. della perdita patrimoniale conseguente alla sua azione illegittima, tale condanna unisce, ad una evidente finalità ripristinatoria del patrimonio pubblico depauperato, un ulteriore scopo «punitivo (da ascriversi all'autore dell'illecito), ma anche dissuasivo»[47], una funzione di carattere tipicamente risarcitorio cui si aggiunge una finalità preventiva diretta a tutelare il prevalente valore del buon andamento dell'azione amministrativa[48].

Una volta ricostruita la responsabilita di impresa (per il fatto delittuoso del dipendente) come illecito amministrativo, i punti di contatto con la responsabilità, anch'essa amministrativa, del dipendente pubblico (nei confronti della P.A.) appaiono quanto mai evidenti. In entrambi i casi, infatti, la tipicità dell'illecito – che è corollario della funzione punitiva – resta limitata alla peculiare disciplina che ne connota il regime, restando, di contro, atipiche le fattispecie che inverano la lesione del precetto sanzionatorio.

Sia la condotta causativa del danno erariale (o contabile), sia la mancata predisposizione di una valida *compliance* aziendale, mal si prestano, infatti, ad una previa e compiuta definizione da parte del legislatore. Sebbene ciò renda configurabili perplessità, non del tutto infondate, circa il rispetto della riserva di legge (relativa alla misura della sanzione ma, soprattutto, alla descrizione dei comportamenti sanzionati) quale presupposto necessario per l'esercizio di potestà punitive[49].

---

[46] Così V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in ID. (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 25 ss., 52-53 (corsivo dell'A.). Sul punto si vv. anche: P. PATRITO, *La responsabilità amministrativa tra reintegrazione e sanzione in Italia e in Francia: il danno alla concorrenza e il danno all'immagine*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, pp. 38 ss.; A. MINGARELLI, *Il percorso della responsabilità amministrativa nel suo modello generale risarcitorio e nelle nuove tipologie sanzionatorie*, in *Comuni d'Italia*, 2008, fasc. 9, pp. 55 ss.; S. CIMMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 170 ss.; A. ROMANO TASSONE, *La valenza sanzionatoria e quella risarcitoria della responsabilità amministrativa*, in D. SORACE (a cura di), *Le Responsabilità pubbliche*, Cedam, Padova, 1998, pp. 281 ss. Infine, sia consentito rinviare a G. MARTINI, *Il potere sanzionatorio della Corte dei conti per fatti di cattiva amministrazione*, in M. ANDREIS e R. MORZENTI PELLEGRINI (a cura di), *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, (Atti dell'incontro preliminare AIPDA, Bergamo 7 giugno 2016), Giappichelli, Torino, 2016, pp. 121 ss.

[47] Così ancora V. TENORE, *op. ult. cit.*, p. 57.

[48] Sul punto cfr.: F. MERUSI, *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa, ovvero la riforma incompiuta*, in *Dir. amm.*, 2006, pp. 1 ss.; ID., *Dalla responsabilità verso i cittadini alla responsabilità dei dipendenti pubblici nei confronti della P.A.*, in D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche* cit., pp. 257 ss.; A. POLICE, *La natura della responsabilità amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Cedam, Padova, 1997, pp. 154 ss.

[49] Rispetto a questa ricostruzione si esprime in maniera critica F. MERUSI, *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa ovvero la riforma incompiuta*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)* (atti del LI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 15-17

ISSN 2036-7821

Pur con gli evidenziati dubbi relativi alla mancanza di tipicità dei precetti sanzionatori, una volta ricondotto l'illecito degli enti collettivi al *genus* della responsabilità amministrativa, in maniera dogmaticamente più coerente possono sciogliersi i dubbi relativi al rapporto con il reato della persona fisica, al ruolo della disfunzione organizzativa che ha facilitato (o non impedito) il delitto dell'amministratore o del dipendente, nonché, infine, quelli relativi alla individuazione del giudice fornito di giurisdizione nell'ipotesi di delitto commesso in Italia nell'interesse (o a vantaggio) di un ente straniero.

7.1 *(segue) Gli effetti della riconosciuta natura amministrativa dell'illecito degli enti sul regime giuridico della conseguente responsabilità*

Riguardo al rapporto con il reato presupposto, dalla riconosciuta natura amministrativa dell'illecito dell'ente discende l'interruzione del nesso con il delitto posto in essere dalla persona fisica – che la responsabilità di natura penale inevitabilmente presuppone –, di modo che quest'ultimo (ed il relativo evento) può ricondursi al ruolo di semplice elemento della fattispecie sanzionatoria. In altri termini, l'ente non sarà più chiamato a rispondere del medesimo delitto commesso nel suo interesse (o a suo vantaggio), che andrà a costituire unicamente un requisito del fatto tipico.

La persona giuridica, in tal modo, risponderà unicamente dell'omessa predisposizione di un sistema di controlli sull'operato dei propri dipendenti e amministratori, che ha consentito (o anche solo agevolato) la commissione di un delitto nel proprio interesse.

Sicché, passando così a sciogliere il successivo dubbio relativo al ruolo della disfunzione organizzativa nella struttura dell'illecito, ne viene di conseguenza che la previsione di una adeguata *compliance* aziendale potrà valere non come causa di esclusione della colpevolezza dell'ente, bensì come 'elemento negativo del fatto'.

La presenza di una organizzazione interna idonea, almeno in astratto, ad impedire il compimento di delitti nel proprio interesse, renderà inapplicabile la fattispecie sanzionatoria perché il fatto illecito (amministrativo) non potrà configurarsi, e non per l'impossibilità di muovere un rimprovero all'ente in termini di colpevolezza.

La reale difficoltà, a tal proposito, è quella relativa al giudizio sull'adeguatezza della *compliance* aziendale. Si tratta di una valutazione che sconta la notoria incertezza che caratterizza lo svolgimento, in sede processuale, di tale accertamento, quale conseguenza della mutevolezza dei modelli di organizzazione aziendale frutto di

settembre 2005), Giuffrè, Milano, 2006, pp. 111 ss., secondo il quale se la responsabilità amministrativa deve ricondursi alla «potestà punitiva dello Stato», individuare il danno erariale come unico presupposto per l'applicazione della sanzione rischierebbe di assimilare il giudizio «alla stregoneria o all'eresia».

ISSN 2036-7821

scelte relative alla produzione ed alla pianificazione dei costi, anche di natura fiscale, che ogni soggetto operante nel mercato non può non tenere nel debito conto.

Tale impianto, com'è evidente, si interseca – in ragione dell'approccio comune prescelto dal legislatore al fine di prevenire fenomeni di deviazione della legalità – con quello introdotto nel 2012 per contrastare la corruzione nelle amministrazioni pubbliche[50]. Lo dimostra, altresì, il fatto che all'adozione dei modelli previsti dalla legge cd. anticorruzione sono tenuti, in alcuni casi, anche enti formalmente privati, che restano in tal modo soggetti all'applicazione di entrambe le discipline[51].

L'esame di tale rapporto appare particolarmente rilevante in quanto l'utilizzo di soluzioni organizzative, discendenti dalla applicazione della normativa cd. anticorruzione, di cui alla L. n. 190/2012, si presenta come un utile strumento per risolvere i numerosi problemi relativi alla delineazione dei modelli di *compliance* sufficienti ad escludere la 'partecipazione' degli enti collettivi al fatto (delittuoso) dei propri dipendenti. Contribuendo, altresì, a fornire ulteriori elementi idonei a sostenere la natura amministrativa della relativa responsabilità.

Il sovrapporsi delle due discipline, aventi finalità differenti – come si avrà modo di verificare a seguire –, e pensate, almeno all'origine, con riferimento a soggetti aventi differente natura, ha dato vita ad una osmosi fra i rispettivi modelli, che, tutt'ora, non sembra risentire della tendenza legislativa volta ad indebolire l'azione pubblica di contrasto ai fenomeni corruttivi nel settore pubblico[52]. Un procedimento osmotico favorito, sul piano metodologico, dalla identità dei processi di definizione dei rischi,

---

[50] Per un approfondimento del tema, in particolare, si vv.: F. FIECCONI, Il sistema anticorruzione in Italia: una lenta ma progressiva evoluzione, in *Dir. pen. globalizzazione*, 2022, pp. 127 ss.; R. CANTONE e E. CARLONI, «Percezione» della corruzione e politiche anticorruzione, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2019; F. DI LASCIO, Anticorruzione e contratti pubblici: verso un nuovo modello di integrazione tra controlli amministrativi?, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, pp. 805 ss.; M. CLARICH e B.G. MATTARELLA, *Anticorruzione: un ruolo strategico da Salvaguardare*, in *Guida al dir.*, 2018, 28, pp. 10 ss.; A. BARONE, *La prevenzione della corruzione nella* governance del territorio, in *Dir. economia*, 2018, pp. 571 ss.; R. CANTONE, *L'attività dell'autorità nazionale anticorruzione a favore della trasparenza e buona gestione della p.a.*, in *Riv. guardia di finanza*, 2018, pp. 1231 ss.

[51] È quanto accade, ad esempio, con riguardo alle società operanti nel settore sanitario (D.M. n. 70/2015, art. 1, co. 5, lett. b), che sono tenute ad adottare sia modelli di *compliance* ai sensi del D.Lgs. n. 231/01, sia il piano di prevenzione della corruzione secondo quanto stabilito dalla L. n. 190/2001.

[52] Indebolimento, come rilevato da E. CARLONI, *Passi indietro su anticorruzione e trasparenza? Considerazioni a margine del PNRR e del Decreto p.a.*, in *www.orizzontideldirittopub.com*, derivante, in particolare, dalla previsione del Decreto 9 giugno 2021, n. 80 (recante «Misure urgenti per il rafforzamento della capacita` amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia») secondo cui il PIAO (Piano integrato di attività e organizzazione) definisce «gli strumenti e le fasi per giungere alla piena trasparenza dei risultati dell'attività e dell'organizzazione amministrativa nonché per raggiungere gli obiettivi in materia di contrasto alla corruzione» (art. 6, co. 2,. lett. d). È inoltre previsto che «con decreto del Ministro per la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa in sede di Conferenza unificata, ai sensi dell'articolo 9, comma 2, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, è adottato un Piano tipo, quale strumento di supporto alle amministrazioni di cui al comma 1» (art. co. 6), ciò finendo, inevitabilmente, con l'indebolire le funzioni dell'ANAC.

ISSN 2036-7821

e, sul piano soggettivo, dalla indifferenza circa la natura dei soggetti tenuti alla applicazione dei modelli in parola.

Dal punto di vista del metodo, impiegato per giungere alla definizione dei piani prevenzione (dell'illegalità, genericamente intesa, nel modello ex lege 231/2001, e della corruzione nel modello ex lege 190/2012), in entrambi i casi si è proceduto partendo dalla mappatura dei processi (aziendali) e dei procedimenti (amministrativi) al fine di 'prevedere' i possibili eventi dannosi (delitti e fenomeni di cd. *maladministration*), e di 'prevenire' la loro verificazione mediante una revisione dell'assetto organizzativo (e di controllo) tale da renderlo adeguato, rispettivamente, all'attività svolta ed alle funzioni eserciate. Valutazione da ripetere in presenza di sopravvenienze legislative (relative, ad esempio, alla tipologia dei reati suscettibili di far sorgere la responsabilità degli enti), come pure di processi di riorganizzazione interna[53], di modo che, com'è stato affermato «Il modello non può consistere in un manufatto preconfezionato, ma deve rappresentare una confezione sartoriale»[54].

Sul piano soggettivo, come accennato in precedenza, la disciplina in materia di anticorruzione ben può trovare applicazione anche nei confronti di enti formalmente privati (in aggiunta al modello ex lege 231/2001). È quanto può accadere quando il soggetto privato sia comunque soggetto ad una qualche forma di controllo o partecipazione pubblica, oppure quando svolga attività ritenute di interesse generale[55]. Ciò, tuttavia, è fonte di non poca difficoltà, di carattere pratico ma anche giuridico, per l'ente, in quanto chiamato a cimentarsi con una duplicità di adempimenti, basti pensare al solo fatto che mentre il PTPCT va aggiornato annualmente (ai sensi dell'art. 1, co. 8, L. n. 190/2012), il modello prescelto di *compliance* (ex lege n. 231/2001) va, sempre, rivisto in presenza di modifiche di natura organizzativa, oppure nell'ipotesi di controllo negativo da parte degli organi di vigilanza[56].

---

[53] Così dispongono le 'linee guida' elaborate dalle associazioni di categoria approvate dal Ministero della Giustizia, di concerto con gli altri Ministeri competenti, ai sensi dell'art. 6, co. 3, del D.Lgs. n. 231/2001.

[54] V. MANES e A.F. TRIPODI, *L'idoneità' del modello organizzativo*, in F. CENTONZE e M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 137.

[55] Proprio per garantire l'armonizzazione delle rispettive discipline il legislatore ha introdotto (ad opera del D.Lgs. n. 97/2016, art. 41, co. 1, lett. b) l'art. 2-bis nel testo della L. n. 190/2012. Nello stesso senso si vv. anche le Deliberazioni ANAC nn. 329 e 330 del 29/3/2017. Sul punto si v. R. DAGOSTINO, *Nuovi modelli di ibridazione fra pubblico e privato: dai modelli organizzativi ex D.Lgs. n. 231/2001 ai piani per la prevenzione della corruzione nella PA*, in *Dir. soc.*, 1, 2022, pp. 113 ss., 156, secondo cui dalla «neutralità della natura giuridica dell'ente ai fini dell'applicazione dei principi e regole di derivazione pubblicistica», nonché «dalla struttura bilaterale del reato di corruzione […] non è escludibile che alcuni enti di diritto privato siano chiamati ad applicare, con testualmente, sia la normativa sulla prevenzione della corruzione di cui alla L. n. 190/2012 e i conseguenti obblighi di trasparenza, sia la disciplina di cui al D.Lgs. n. 231/2001». Nonché, infine, E. SCAROINA, *La specialità del modello organizzativo per la prevenzione dei reati nelle società a partecipazione pubblica*, in F. AULETTA (a cura di), *I controlli nelle società pubbliche: D. lgs. 19 agosto 2016, n. 175-T.U. in materia di società a partecipazione pubblica*, Zanichelli, Bologna, 2017, pp. 135 ss.

[56] Come riferito da R. DAGOSTINO, *Nuovi modelli di ibridazione fra pubblico e privato* cit., p. 157, «Non a caso,

ISSN 2036-7821

Se evidenti sono i punti di contatto, e dunque di intersezione, fra gli obblighi imposti dal legislatore per prevenire la corruzione nelle PP.AA. e la commissione di delitti a vantaggio di soggetti collettivi (privati), numerosi, e di non poco momento, sono anche gli elementi distintivi.

Appare subito evidente, innanzitutto, la differente finalità che ispira i due modelli. Disciplinando la responsabilità amministrativa dei soggetti collettivi, il legislatore ha inteso impedire ipotesi di strumentalizzazione dell'attività dell'ente suscettibili di sfociare nel compimento di fattispecie delittuose, di cui l'impresa stessa finisce per avvantaggiarsi. Differentemente, l'obiettivo della normativa di contrasto dei fenomeni (anche in senso lato) corruttivi nell'ambito delle amministrazioni è di disincentivare comportamenti scorretti, in grado di pregiudicare il buon andamento dell'azione amministrativa, da parte dei pubblici funzionari.

Questa differente finalità ha immediate ricadute sulla specifica regolamentazione adottata dal legislatore. Ed infatti, mentre la disciplina relativa ai delitti commessi nell'interesse della persona giuridica mira ad estendere la responsabilità dell'ente oltre l'ipotesi della cd. impresa illecita, la normativa in materia di anticorruzione ha il differente scopo di incrementare i doveri (e con essi la responsabilità) del dipendente pubblico riducendo – in conseguenza alla interruzione del rapporto di immedesimazione organica che la violazione dei doveri d'ufficio comporta – quella (concorrente) della P.A.

Proprio al fine di accertare la sussistenza della responsabilità, del soggetto collettivo privato e del dipendete pubblico, un elemento di rilievo non marginale si può rinvenire nella differente natura giuridica del PNA (e del PTPCT) rispetto all'autoregolamentazione che ciascuna impresa è tenuta ad adottare.

Se pure è innegabile che il PNA abbia adottato una metodologia di approccio al rischio corruttivo non dissimile rispetto a quella seguita nel settore privato[57], si tratta, pur sempre, di un atto eteronomo rispetto alle amministrazioni chiamate ad applicarlo, promanante dall'autorità pubblica che presiede a tale specifico settore e dotato di forza cogente in ragione della sua natura di atto di indirizzo e coordinamento[58]. In grado, pertanto, di indicare «con puntualità e dettaglio le

---

l'indicazione normativa è quella di una mera integrazione del Modello 231 con il PTPCT negli enti che lo abbiano adottato, con la precisazione, tuttavia, che sia necessario nominare il responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza, individuandolo in un soggetto diverso dai componenti dell'Organismo di vigilanza».

[57] Sul punto si v. R. DAGOSTINO, *op. ult. cit.*, p. 128-129, secondo cui le «indicazioni metodologiche», contenute nel PNA, «ricalcano, pedissequamente, quelle declinate nel settore privatistico dalle associazioni di categoria ai fini della mappatura dei rischi aziendali, fra cui vi rientra, oggi, anche il rischio di commissione di uno (o alcuni) dei reati fra quelli tassativamente declinati nel D.Lgs. n. 231/01».

[58] Il PNA è così espressamente definito dall'1, co. 2-bis, L. n. 190/2012. Per una ricostruzione della sua natura giuridica si vv.: F. FRACCHIA e P. PANTALONE, *La fisionomia delle linee guida: abbozzo di una traiettoria evolutiva con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici*, in *Il dir. dell'econ.*, 1, 2021, pp. 11 ss.; F. MUZJ, *Natura giuridica delle Linee Guida ANAC e disciplina delle richieste di accesso massive*, in *www.federalismi.it*, 24/2020; S. AMOROSINO, *Il Piano Nazionale Anticorruzione come atto di indirizzo e coordinamento amministrativo*, in *Nuove autonomie*, 1, 2014, pp.

ISSN 2036-7821

indicazioni metodologiche che le pp.aa. dovrebbero seguire per la redazione dei PTPCT»[59].

Viceversa i piani e le regole di condotta adottati da soggetti collettivi privati, pur se conformi alle linee guida generali adottate dagli organismi di categoria, restano comunque atti di natura privata, con la conseguente difficoltà di ricondurre alla loro violazione conseguenze di carattere sanzionatorio, in modo particolare ove si tratti di conseguenze di natura penale[60].

A tale differente natura ha fatto, inoltre, riscontro una differente tipologia del sindacato giurisdizionale esercitato, rispettivamente, dal giudice amministrativo (o contabile) e da quello penale.

Il PNA, infatti, impone alle singole amministrazioni tenute alla applicazione della disciplina in materia di anticorruzione un vincolo di natura solo metodologica, restando impregiudicata la discrezionalità del singolo ente pubblico – od anche privato nelle ipotesi individuate in precedenza – nella redazione del proprio piano triennale. Da ciò potendosi ricavare che «Il sindacato giurisdizionale sull'adeguatezza del sistema di pianificazione amministrativa del rischio corruzione, dunque, troverebbe un limite invalicabile nella riserva di amministrazione»[61].

Il sindacato esercitato dal giudice muta radicalmente, invece, allorquando occorra giudicare sulla idoneità dei modelli adottati dalla persona giuridica privata per la prevenzione di condotte delittuose dei propri dipendenti o amministratori. Pur godendo anche gli enti privati di una discrezionalità non minore nella definizione di tali modelli, la natura privatistica delle regole di condotta (auto-)imposte induce il giudice ad una indagine molto più incisiva sulla loro effettiva capacità di contrastare il rischio di delitti[62].

Il giudice penale, infatti, ha assunto un orientamento[63] volto «a giudicare con il *senno di poi* la colpa (in genere e, nella specie, quella) d'organizzazione dell'ente, attivando

---

21 ss.

[59] R. DAGOSTINO, *op. ult. cit.*, p. 128.

[60] Questa difficoltà è messa in rilievo da C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2014, pp. 1099 ss.; nonché da ID., *La società punita: del come, del perché', e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen*, 4, 2008, pp. 1516 ss. Sul punto si v. anche C. PIERGALLINI, Ius sibi imponere: *controllo penale mediante autonormazione?*, in C. E. PALIERO, S. MOCCIA, G. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELLISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, ESI, Napoli, 2016, pp. 117 ss.

[61] Così R. DAGOSTINO, *op. ult. cit.*, p. 151.

[62] Sul punto si vv.: R. LOMBARDI, Compliance 231 *e misure di* risk management: *la* nouvelle vague *della "regolazione responsiva" degli attori pubblici economici*, in *Dir. amm.*, 1, 2019, pp. 127 ss.; C. PIERGALLINI, *Pragmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. 231/2001)*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 2049 ss.

[63] Orientamento che risale a Cass. pen., Sez. V, 18/12/2013, n. 4677, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3/3/2014, con nota di L. SANTANGELO, *Prevenzione del rischio di commissione di aggiotaggio ed "elusione fraudolenta" del modello organizzativo ai sensi del d.lgs. n. 231/01: un'interessante pronuncia della Corte di Cassazione*. Sul punto si v. anche R.A. RUGGIERO, *Il futuro della responsabilità degli enti e la valorizzazione del modello* post factum *mediante*

ISSN 2036-7821

schemi di ragionamento che, a ritroso, ricostruiscano la cautela […] oppure desumano l'inefficacia/ineffettività di cautele esistenti dall'avvenuta realizzazione del reato»[64]. Orientamento accentuato dalla natura autonoma delle regole di cautela adottate dall'ente collettivo, con il rischio evidente «di delegittimarle, facendole apparire aprioristicamente meno attendibili agli occhi dell'interprete impreparato in materia aziendale»[65].

Si tratta, tuttavia, di un orientamento che si espone a due evidenti critiche.

In primo luogo, il giudice finisce con l'interferire nella libertà di autodeterminazione delle scelte imprenditoriali, che pure sembra ricevere una copertura costituzionale ad opera dell'art. 41 della Carta, decisioni che non necessariamente appaiono ispirate ad una logica, pur razionale, di mero profitto[66].

Di poi, la possibilità non remota che fra la predisposizione della regolamentazione cautelare, da parte dell'impresa, ed il verificarsi del reato, possa intercorrere un lungo lasso di tempo, rende quasi sempre agevole individuare la possibilità di praticare comportamenti virtuosi che, ove posti in essere, avrebbero evitato la commissione del delitto. Appare, infatti, evidente che «a cercarla a reato compiuto, la falla nel sistema di *compliance*, la si troverebbe sempre»[67].

Se a ciò si aggiunge che, in un bilanciamento fra gli interessi in gioco, l'interesse alla produttività aziendale appare, per definizione, recessivo rispetto sia a quello più generale rappresentato dalla legalità del sistema, sia a quello particolare presidiato dalle singole disposizioni penali, ne discende che i margini per evitare un giudizio di colpevolezza sono davvero minimi per la persona giuridica privata.

La previsione di una responsabilità diretta dell'impresa per i delitti commessi dall'*intraneus* (dipendente e/o amministratore), e la sua intersezione – in alcuni casi sovrapposizione – con la disciplina per la prevenzione della correzione nelle amministrazioni pubbliche, «comportando una metamorfosi dell'organizzazione e delle modalità di esercizio dell'attività»[68], ha inciso in maniera rilevante sulla

---

un nuovo rito speciale, in *Cass. pen.*, 2019, pp. 3386 ss.

[64] Così O. DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, in G. LATTANZI e P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, Vol. I, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 203 ss., 219. Si v., inoltre, C.E. PALIERO, *L'imputazione della responsabilità all'ente per il fatto-reato dei soggetti apicali: il punto di vista della Cassazione*, in *Le Società*, 2014, 4, pp. 469 ss.

[65] O. DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva* cit., p. 221. Sul punto si v., inoltre, R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, Cacucci, Bari, 2020, *passim*; V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3, 2011, pp. 69 ss.

[66] Si v. M. MOTTERLINI e F. GUALA, *Menti, mercati, decisioni. Introduzione all'economia cognitiva e sperimentale*, Università Bocconi Editore, Milano, 2011. Si v. anche A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 140 ss.

[67] O. DI GIOVINE, *op. ult. cit.*, p. 224. L'A. rinvia anche a G.M. FLICK, *Giustizia penale ed economia pubblica e privata: profili problematici*, in *Cass. pen.*, 2017, pp. 3466 ss.

[68] R. DAGOSTINO, *op. ult. cit.*, p. 164.

ISSN 2036-7821

teleologia dell'azione delle persone giuridiche private, che viene, di fatto, assimilata a quelle delle amministrazioni pubbliche.

Può dirsi in questo modo avviato, ad opera del legislatore (anche europeo), un processo di moralizzazione dell'attività di impresa – ed in modo particolare della grande impresa, maggiormente esposta al rischio di condotte delittuose poste in essere nel suo interesse –, il cui obiettivo, accanto alla realizzazione di utili, «is to produce solutions to problems of people and planet and in the process to produce profits, but profits are not per se the purpose of companies. They are derivative from purpose rather than fundamental in their own rights»[69]. Da ciò discendendo, altresì, la necessità di ridefinire il confine fra pubblico e privato, dovendosi «riavvicinare le due dimensioni (pubblica e privata) a partire dalla regolazione della *corporation* che deve perseguire scopi (anche) di interesse pubblico e non più solo privato»[70].

Il raffronto con la disciplina in materia di prevenzione della corruzione nelle amministrazioni pubbliche appare, comunque, utile al fine di trarre ulteriori considerazioni sulla la natura amministrativa della responsabilità delle persone giuridiche private.

La riconduzione all'illecito amministrativo riesce innanzitutto a superare le difficoltà connesse alla fonte deputata alla fissazione delle regole, dalla cui violazione discende la responsabilità dell'ente. Si è evidenziato in precedenza come la violazione di piani e norme di condotta posti in essere da soggetti privati mal si concilia con un tipo di responsabilità di natura penale, che postula, nella definizione del precetto, uno stretto rispetto del principio della riserva (assoluta) di legge. Viceversa l'illecito amministrativo non è sottoposto ai medesimi, stringenti, obblighi di previa (e compiuta) definizione della condotta sanzionata ad opera della legge, la riserva a favore della fonte legislativa potendosi declinare anche in maniera relativa[71].

Riserva quest'ultima che ben potrebbe considerarsi rispettata laddove la regolamentazione sia posta in essere, anche ad opera di soggetti privati, in base ad una legge che tale facoltà (ed i connessi limiti) espressamente preveda.

Ed inoltre, ove ricondotte le decisioni (private) di *compliance* ad elemento del fatto, nell'ambito di una autonoma fattispecie di illecito amministrativo, esse si sottrarrebbero ad un giudizio di sufficienza svolto – non *ex ante* come dovrebbe accadere laddove si tratti di accertare un elemento della condotta – *ex post*, come accade laddove esse siano ricostruite come causa di esclusione della colpevolezza

[69] C. MAYER, *Prosperity: Better Business Makes the Greater Good*, Oxford University Press, 2018, p. 109. Sul punto si v. anche U. TOMBARI, Corporate purpose *e diritto societario: dalla "supremazia degli interessi dei soci" alla libertà di scelta dello "scopo sociale"?*, in *Riv. soc.*, 1, 2021, pp. 1 ss., 2, secondo il quale «la *corporation* deve tendere in modo profittevole a risolvere i problemi della comunità di riferimento e del pianeta, curando, conseguentemente, anche gli interessi dei principali *stakeholders*».

[70] U. TOMBARI, *op. ult. cit.*, p. 12.

[71] Sul punto sia consentito rinviare a G. MARTINI, *Potere sanzionatorio della P.A. e diritti dell'uomo. I vincoli CEDU all'amministrazione repressiva*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, *passim*.

ISSN 2036-7821

(del soggetto collettivo) nei confronti del delitto del dipendente e/o amministratore (esteso alla persona giuridica).
Infine, una volta scollegata la responsabilità dell'ente dal reato dell'*intraneus*, risulta più agevole anche ragionare sulla individuazione della giurisdizione competente, nell'ipotesi di delitto commesso (in Italia) a beneficio di soggetto collettivo straniero.
Dall'esame della giurisprudenza, condotto in precedenza, è emerso che il riconoscimento della natura penale di tale responsabilità viene utilizzato dalla Suprema Corte di Cassazione per affermare la sussistenza della giurisdizione domestica, anche quando nel territorio nazionale si verifichi il solo evento del reato commesso a beneficio dell'ente (o venga posta in essere una frazione della condotta). A nulla rilevando che esso non abbia la propria sede entro i confini dell'ordinamento italiano, e dunque, almeno in astratto, non sia tenuto a conformarsi ai modelli da questo previsti al fine di evitare l'applicazione di sanzioni.
La riflessione su questo particolare oggetto merita, com'è evidente, qualche ulteriore, breve, precisazione, assumendo tale fattispecie una differente fisionomia una volta ricondotta nell'alveo della responsabilità amministrativa.
Occorre, infatti, evitare l'ingenerarsi di un equivoco. Non si vuole certo sostenere che il ricorso allo strumento dell'illecito amministrativo comporti di dover escludere, a priori, la responsabilità degli enti aventi la sede principale in un Paese terzo, per i delitti commessi in Italia dalle persone fisiche legate ad essi da un rapporto qualificato di dipendenza. Una siffatta conclusione condurrebbe a risultati inaccettabili, in quanto suscettibile di vanificare l'applicazione della disciplina sulla responsabilità delle persone giuridiche, favorendo condotte elusive oltre ad un minore impegno nella prevenzione dei delitti commessi al di fuori del Paese in cui l'ente abbia la propria sede principale.
Di contro, anche l'opposta opinione – fatta propria dalla giurisprudenza – sembra provare troppo. Ritenendo applicabile la disciplina sanzionatoria nazionale per il solo fatto che in Italia si è consumato il delitto della persona fisica legata all'ente, si svilisce eccessivamente il collegamento, pur rilevante, con l'ordinamento in cui l'impresa ha la sede principale.
Una volta separati la condotta e l'evento del delitto della persona fisica, che opera per conto dell'ente, da quelli della persona giuridica, occorre pur sempre rinvenire un collegamento con l'ordinamento italiano al fine di far sorgere il dovere di rispettarne i precetti e di giustificare la sottoposizione alla relativa giurisdizione in caso di violazione.
Ciò che appare plausibile sostenere è la necessità di individuare comunque la sussistenza di un seppur minimo (od occasionale) legame dell'ente con l'ordinamento nei cui confini il delitto, o la condotta delittuosa, dell'amministratore o del dipendente si manifesta. Solo l'esistenza di un tale collegamento, in virtù del

ISSN 2036-7821

principio di territorialità del diritto sanzionatorio frequentemente richiamato dalla giurisprudenza, può far sorgere il dovere di applicare la legge italiana mediante la predisposizione di una valida *compliance* aziendale.
Ma, affinché ciò si verifichi, è sufficiente che l'ente straniero operi, con o senza una sede secondaria stabile, nel territorio dello Stato, nel quale il delitto (imputabile ai propri amministratori o dipendenti) a suo vantaggio è stato posto in essere. A rilevare, dunque, non sarà 'l'ubicazione' della sede principale dell'ente, bensì lo svolgimento di operazioni commerciali all'interno del territorio nazionale.
Non si rinvengono, infatti, ragioni plausibili a sostegno della tesi che vorrebbe estendere la disciplina sanzionatoria italiana anche a quei soggetti collettivi che non operano in Italia, e che dal delitto commesso in Italia traggano vantaggio per l'attività svolta all'estero. D'altronde, se la *ratio* è quella di non creare discriminazioni con le imprese che operano in Italia, essa deve ritenersi soddisfatta laddove si escluda l'applicazione della disciplina sanzionatoria nazionale a quelle imprese che operano esclusivamente in altro Stato.
Solo in tal modo, inoltre, si riesce a garantire alle sanzioni previste un imprescindibile effetto di deterrenza. Non sembra, infatti, suscettibile di produrre alcun effetto pratico (e forse neppure giuridico) un provvedimento sanzionatorio, a maggior ragione se interdittivo o di commissariamento, emesso nei confronti di un soggetto collettivo avente la propria sede, ed operante esclusivamente, in Brasile o nelle Filippine.

8. Osservazioni conclusive

All'esito dell'indagine si può fondatamente sostenere che la sottrazione dell'illecito degli enti collettivi alla sfera penalistica conduce a risultati sistematicamente più lineari.
Il superamento della artificiosa sovrapposizione tra il fatto del dipendente (o dell'amministratore) e quello dell'ente, oltre a restituire alla responsabilità della persona giuridica il giusto livello di autonomia, in conformità alla lettera della legge, impedisce il verificarsi di conseguenze al limite della logicità, ciò che accade quando si voglia sanzionare – per un reato presupposto commesso in Italia – il soggetto collettivo che in Italia non abbia alcuna sede né vi eserciti alcuna attività.
Non sembra revocabile in dubbio che la prospettiva penalistica sia incoraggiata dalla previsione legislativa della competenza del giudice penale ad irrogare le sanzioni previste per l'ente. Tuttavia, da una norma con ogni evidenza introdotta al solo fine di garantire il *simultaneus processus* fra l'accertamento del reato commesso nell'interesse (o vantaggio) dell'ente ed il conseguente illecito amministrativo, sembra arduo far discendere univoche indicazioni sulla natura della responsabilità

ISSN 2036-7821

della persona giuridica. E ciò vieppiù a fronte di un inequivoco dettato legislativo che espressamente qualifica come amministrativa la responsabilità in parola.

In una prospettiva *de jure condendo*, sarebbe forse auspicabile, anche in considerazione degli orientamenti assunti dalla giurisprudenza, rimettere alla competenza dell'amministrazione innanzitutto la previsione di un modello generale di *compliance* aziendale che, sulla falsariga di quanto previsto per le amministrazioni pubbliche dalla cd. 'legge anticorruzione', possa fornire precise indicazioni su oggetti e fattori di rischio, sia pur modellati in ragione della ampiezza dei soggetti collettivi e dei settori di azione/produzione.

D'altronde, nell'ottica dell'illecito amministrativo, il venir meno della necessità che sia una disposizione legislativa (in senso formale) a descrivere compiutamente il precetto sanzionatorio rappresenta, sul piano dogmatico (e non solo), un indubbio vantaggio. Non prestandosi la legge, a differenza di un atto di indirizzo, o comunque programmatico, posto in essere da un'autorità amministrativa, alla fissazione delle regole di condotta applicabili dalle persone giuridiche private, in quanto, oltre ad essere uno strumento eccessivamente rigido, mal si adatterebbe alle quanto mai mutevoli necessità organizzative dell'impresa[72].

Naturalmente, ciò richiederebbe la creazione di una apposita amministrazione a vocazione eminentemente tecnica, in grado di intendere le dinamiche del mercato e di adeguare ad esse le misure precauzionali (da adottare) che, in tal modo, assumerebbero un valore, almeno tendenzialmente, cogente. Un'amministrazione dotata della medesima indipendenza di cui godono oggi la generalità delle ccdd. *authorities*, riuscirebbe a garantire, non solo l'imparzialità del giudizio, ma anche il possesso di una componente specialista che, a fronte della complessità e mutevolezza delle dinamiche aziendali ben potrebbe sfuggire al giudice.

Va da sé che l'irrogazione delle sanzioni da parte di un soggetto formalmente e sostanzialmente amministrativo contribuirebbe, in maniera decisiva, a risolvere ogni dubbio sulla natura (amministrativa) della relativa disciplina. Si tratterebbe di un modello non nuovo che, seppure necessiti, per funzionare al meglio, di un adeguato sistema di coordinamento con l'azione penale, è già in uso con riguardo agli illeciti in campo finanziario ove, per le medesime condotte punite penalmente, la Consob dispone di incisivi poteri sanzionatori.

Tuttavia, pur a prescindere da una siffatta modifica al sistema sanzionatorio, che richiederebbe, com'è evidente, un intervento mirato del legislatore, l'analisi svolta

[72] Com'e stato osservato da O. DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva* cit., p. 227, un intervento di carattere pubblicistico «quand'anche non riuscisse nell'intento di vanificare la propensione a giudicare secondo il senno del poi, potrebbe quanto meno veicolare una maggiore omogenizzazione della *due diligence* senza gravare gli enti di ulteriori adempimenti. Per riprendere la metafora usata all'inizio, l'abito cesserebbe di essere sartoriale, divenendo *prêt-à- porter*. Dovrebbe però poter essere "aggiustato" su misura e rimarrebbe comunque un capo di alta fascia».

ISSN 2036-7821

sembra confermare l'ipotesi di partenza. Non soltanto non sembrano sussistere ostacoli di carattere logico-sistematico a ricondurre l'illecito degli enti collettivi all'ambito del diritto sanzionatorio amministrativo, ma una tale soluzione appare anche dogmaticamente più coerente rispetto ad una soluzione, a dir così, pan-penalistica.

La separazione dell'illecito dell'ente dal delitto (presupposto) del dipendente riesce, infatti, a giustificare sia la previsione della responsabilità della persona giuridica per i delitti colposi commessi nel proprio interesse, sia ad eliminare i rischi di una eccessiva ed indebita espansione del diritto punitivo nazionale, che di sicuro accadrebbe ove si volesse affermare la sussistenza della giurisdizione nazionale anche nei confronti di soggetti che non hanno alcuna sede, e né tantomeno operano all'interno del territorio dello Stato.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Percorsi organizzativi e strumenti di tutela del diritto all'istruzione e alla salute: spunti per l'elaborazione di un modello di cittadinanza aperto ed inclusivo in una prospettiva interdisciplinare e

di Mariaconcetta D'Arienzo

(Professore associato di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope")

Sumario

1. Cittadinanze amministrative e funzioni del benessere: una introduzione – 2. Servizi e disservizi dell'organizzazione scolastica e sanitaria durante e oltre le crisi e gli stati di emergenza. – 3 Abbandoni istituzionali, trascuratezze sociali, abbandoni indiretti e discriminazioni: cause, conseguenze, rimedi – 4. Spunti per l'elaborazione di strategie di *policy* e modelli organizzativi per uno sviluppo umano e solidale sostenibile. – 5. Conclusioni.

Abstract

Overcoming the boundaries of sectoral approaches to education and health, the paper aims at outlining new perspectives of development and understanding of self-evident, complex and multifactorial phenomena generating discrimination in the school environment, as well as in the access to care and social and health assistance, marginalization and social exclusion to the detriment of disabled children, terminally ill patients and their families. On the base of this scenario, the paper formulates "recommendations" aimed at identifying policy strategies, organizational models, remedies to the early school leaving, to the child educational poverty and social exclusion, as well as techniques to protect fundamental rights.

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

ISSN 2036-7821

1. Cittadinanze amministrative e funzioni del benessere: una introduzione.

A distanza di 75 anni dall'entrata in vigore della Costituzione è tempo di fare un bilancio sul futuro assetto dei rapporti tra Stato di diritto e il cittadino-persona posto al centro di una Costituzione promettente, ma presto dimenticata immaginandone l'assetto futuro sulla scorta dei programmi dell'attuale Governo[1].

A tal fine può tornare utile partire proprio dalle azioni di contrasto al fenomeno della dispersione scolastica, particolarmente diffuso - specie durante l'emergenza sanitaria - e divenuto quasi endemico soprattutto in alcune regioni. Ciò rende l'obiettivo invero molto ambizioso per il Governo che tuttavia ha inteso raccogliere la sfida ponendo in campo diverse iniziative che spaziano dal mutamento morfologico dell'ambiente scolastico, all'introduzione di un *tutor* per gli studenti difficili.

Muovendo dall'impostazione tradizionale della Costituzione che aveva sancito la priorità assiologica della persona umana e della sua dignità, l'Esecutivo si propone di recuperarne il fondamento e la *ratio* puntando sulla personalizzazione dell'insegnamento, sul merito, sullo sviluppo dei talenti individuali e sulla promozione delle attitudini dei discenti.

Il Governo, quindi, ha di recente varato delle Linee guida con cui ha inteso rivoluzionare il sistema e l'organizzazione scolastica, che prevedono l'introduzione della figura del *tutor* in ogni gruppo classe dotato di una formazione specifica e che, coordinandosi con gli altri insegnanti, dovrà prendere in carico e dedicarsi agli alunni in difficoltà e a quelli particolarmente meritevoli che abbiano bisogno di nuovi stimoli per non disaggregarsi.

La formazione costante e continua si associa ad un percorso di accompagnamento delle famiglie per meglio indirizzarle nella scelta degli studi per i propri figli sulla base delle potenzialità ed attitudini di ciascuno che siano emerse, che saranno oggetto di una valutazione complessiva espressa in un voto numerico che, tuttavia, tiene conto altresì della partecipazione, dell'impegno, della capacità e del livello di maturità raggiunti. A tal fine, sulla scorta di altri Paesi europei (Francia) si rende opportuno aprire una fase preliminare di consultazione e di confronto con il personale in servizio presso le scuole più disagiate, investendo risorse per la riqualificazione, messa in sicurezza e abbattimento delle barriere architettoniche, palestre e mense scolastiche nelle regioni in difficoltà per una scuola più inclusiva e aperta a tutti, nonché incentivando anche economicamente l'assunzione di docenti più preparati e motivati e impiegati, grazie all'utilizzo dei fondi del PNRR, nel contrasto al fenomeno della dispersione scolastica[2]. Si intende, così, raggiungere

[1] P. Provenzano, F. Midiri, *La costituzione "dimenticata" il diritto allo studio e il merito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2021, 167 ss.

[2] Riduzione dei divari e lotta alla dispersione scolastica nelle oltre 3000 scuole sono obiettivi per i quali sono stati stanziati circa 500 milioni di euro già assegnati alle diverse istituzioni scolastiche che dovranno caricare in piattaforma i progetti entro il 28 febbraio p.v. elaborati in base alle indicazioni di cui al D.M. 24 giugno 2022, n.

ISSN 2036-7821

l'obiettivo di una sana, prudente e continuativa gestione anche dell'uso della tecnologia, e quindi nella formazione della cd. cittadinanza digitale, investendo parallelamente sulla digitalizzazione della scuola, sulla revisione di alcuni programmi di studio e dell'offerta formativa al fine di creare risorse qualificate e prevedere agevolazioni per le imprese, specie nelle Regioni del Mezzogiorno.
Tali iniziative costituiscono, evidentemente, il frutto di una riflessione attenta sul diritto sociale all'istruzione che al pari del diritto alla salute, da tempo è al centro del dibattito, appuntato su nodi interpretativi irrisolti sul piano concettuale, nozionistico, contenutistico e definitorio - responsabili sia "del superamento dei limiti dell'ambito di intervento che viene tradizionalmente riconosciuto allo Stato" che "d*ella* dispersione di risorse e di distorsioni del mercato"[3], della effettività dei diritti e della tutela giurisdizionale. Profili, questi, che testimoniano la complessità di un diritto caratterizzato da un "assetto ... risulta(nte) dal sistema normativo complessivo, e quindi da una serie nutrita di disposizioni allocate a livello di legge ordinaria"[4] sottolineando l'imprescindibile doverosità dell'impegno pubblico per fini di garanzia e di benessere sociale[5] e del coinvolgimento degli Enti del Terzo Settore (in seguito ETS) in azioni programmate, frutto di un un approccio pluralistico e integrato alle politiche in materia di istruzione e salute e alla gestione degli interventi sociali (in un'ottica olistica ed ecosistemica dell'individuo)[6], previa individuazione dei bisogni, delle priorità di intervento e dell'impegno di spesa indispensabili per l'attuazione della Costituzione rivitalizzando la capacità precettiva delle disposizioni volte a garantire l'effettività e le tutele reali, personalizzate ed economicamente sostenibili, di diritti "in movimento" che incarnano i valori e principi costituzionali vincolanti per il legislatore e per l'interprete, preservandone il "nucleo

170 ed alle correlate istruzioni operative del 30 dicembre 2022. Si prevedono diversi tipi di intervento e azioni definite "Percorsi di mentoring e orientamento" che, tuttavia, dovrebbero svolgersi in orari diversi da quelli di frequenza scolastica, ... *eventualmente* anche in prosecuzione pomeridiana dell'orario scolastico e, comunque, in orari non sovrapposti a quelli delle lezioni curricolari". Di fronte alle osservazioni di diversi dirigenti e team di progetto i quali evidenziavano criticità attuative e difficoltà operative da parte di docenti e professionisti già impiegati durante l'orario scolastico nell'attività di supporto agli studenti presso lo sportello psicologico dell'istituto scolastico, tali da concretizzare il rischio di inefficacia del progetto, l'Unità di Missione ha chiarito che tali percorsi "possono essere svolti anche in orario antimeridiano da formatori o *tutor* che non siano impegnati negli stessi orari nell'attività curricolare". Tale precisazione, quanto mai opportuna, si auspica che nel frattempo diventi una indicazione di valenza generale e istruzione operativa per tutte le scuole che presenteranno il progetto.

[3] C. Franchini, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, 2021, 60.

[4] G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 758.

[5] F. Liguori, *Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata*, ESI, Napoli, 1995, 110 ss.; M. Luciani, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Questionegiustizia*, n. 6/2021, passim.

[6] Tra i contributi più recenti sul tema, R. Morzenti Pellegrini, *Il ruolo del terzo settore nel sistema integrato di interventi e servizi sociali*, in F. Manganaro, V. Molaschi, R. Morzenti Pellegrini, D. Siclari, (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2020, 280 ss.; M. Del Signore, *I servizi sociali nella crisi economica*, in *Dir. amm.*, 2018, 3, 587 ss.; S. S. Scoca, *I servizi sociali*, in F. G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, spec. 584.

ISSN 2036-7821

fondamentale", "essenziale" o "incomprimibile" all'esito del bilanciamento con altri diritti e/o interessi, a maggior ragione se disomogenei[7].
Essi, infatti, ponendosi al crocevia tra normazione ed organizzazione (finalizzata alla erogazione della prestazione o del servizio all'utenza)[8], sono naturalmente finalizzati ad arginare le distorsioni del potere discrezionale che provoca scompensi e disallineamenti tra gli interessi in conflitto fornendo, al contempo, al decisore indicazioni essenziali destinate a trasfondersi in autonomi "capi" e/o punti della decisione.
L'indagine sulla "questione sociale", *id est* sulla effettività dei diritti fondamentali sociali a prestazione - recentemente rinvigorita dalla emergenza sanitaria che oltre a riproporre il problema ciclico dell'impatto economico-sociale delle crisi, ha riacceso i riflettori sul ruolo dello Stato e, in particolare, sugli obblighi di protezione che fanno emergere nuove aspettative in termini di inclusione - intercetta il concetto plurale e polisemico di cittadinanze amministrative[9] qui riferito, in particolare, a coloro che vivono in condizioni di estremo disagio, fragilità ed insicurezza in quanto esposto a rischi in tutti i contesti, formali e non formali.
L'analisi si appunta, quindi, sui fenomeni, atti e comportamenti che rappresentano una minaccia per l'autodeterminazione, l'inserimento, l'integrazione, ostacolando l'accesso ai servizi e alle prestazioni volte ad assicurare il raggiungimento dello stato di benessere dei soggetti vulnerabili e delle loro famiglie, auspicando per il futuro interventi pubblici a tutela degli stessi, nonché l'adozione di misure idonee a correggere «i processi di produzione del divario» nel godimento dei diritti sociali e, quindi, a sviluppare la capacità di cogliere le diversità di cittadinanza[10] collegata ai bisogni delle persone, e a «scalfire lo strato superficiale della povertà»[11] aggravata dalla «crisi (che) si è abbattuta su un Paese già fragile dal punto di vista economico, sociale ed ambientale».

---

[7] I. Ciolli, *La salute come diritto in movimento. Eguaglianza, universalismo ed equità nel sistema sanitario, oggi*, in *BioLaw Journal*, n. 2/2019.

[8] M. Del Signore, *I servizi sociali nella crisi economica*, in *Dir.amm.*, n. 3/2018, 587 ss. e C. Franchini, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, cit., 188.

[9] S. Cassese, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 1015 ss. C.E. Gallo, *Le cittadinanze*, in *Dir. amm.*, 2002; R. Cavallo Perin, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.* 2004; F. Cortese, *Cittadinanza e liberalizzazioni*, In F. Cortese, G. Santucci, A. Simonati, *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza*, Trento, 2014; A. Bartolini, A. Pioggia (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, in L. Ferrara, D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi, Cittadinanze amministrative*, Firenze, 2017, 9 ss. F. Manganaro, *Vecchi problemi e nuove prospettive della cittadinanza*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone (a cura di), *Persona ed amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004.

[10] La locuzione evoca le priorità trasversali del PNRR e, in particolare, le politiche tese a ridurre il divario di cittadinanza, ad esempio attraverso interventi finalizzati a ridurre l'abbandono scolastico nella scuola secondaria di secondo grado (Missione 4) e con investimenti che riducano i divari tra i sistemi sanitari regionali (Missione 6) a tutela degli anziani non autosufficienti e delle persone con disabilità.

[11] Le espressioni tra virgolette sono di C. Franchini, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, cit., 203 ss.

ISSN 2036-7821

La constatazione della estrema vulnerabilità della condizione umana (per natura, per genere, ecc.)[12] – aggravata dalla debolezza del sistema politico e giuridico e dai meccanismi sociali che l'hanno generata – offre lo spunto per svolgere una riflessione sulla funzione precipua del diritto che consiste, appunto, nell'assicurare protezione ai diritti sociali e ai diritti fondamentali[13], ma anche sui fattori strutturali della società che producono disuguaglianze e discriminazioni "oltre" la legge, in una prospettiva di analisi multidisciplinare e multilivello che coinvolge le dimensioni politico-istituzionali, culturali, professionali, partecipative ed organizzative e, quindi, le competenze, la titolarità delle funzioni del benessere e le relative responsabilità giuridica, politica ed economica in materia di istruzione e salute[14].

La considerazione secondo la quale il pluralismo giurisdizionale, delle fonti del diritto e dei centri di sovranità a lungo andare rischia far perdere di vista la centralità della persona umana e, quindi, la reale percezione delle situazioni di vulnerabilità e delle condizioni di vita dei soggetti particolarmente fragili, quali le persone con disabilità e i malati terminali, vanificando gli sforzi profusi nella ricerca di un antidoto contro il rischio e il disagio sociale a garanzia dell'effettività e della tutela

[12] Sul concetto polisemico di vulnerabilità e sul rilievo che esso ha assunto nel procedimento di formazione delle decisioni politiche e/o dei provvedimenti giurisdizionali delle Corti nazionali e della CGUE e della tutela personalista delle persone con disabilità. In particolare sull'uso del potere discrezionale ai fini della valutazione degli elementi che determinano la situazione di vulnerabilità, locuzione con cui si suole indicare un concetto estremamente dinamico che è assurto a criterio di selezione delle posizioni giuridiche meritevoli di tutela riflettendo la eterogeneità dell'approccio multilivello a un fenomeno multiforme e delle fattispecie, a dimostrazione della particolare attenzione rivolta agli aspetti sociali, a fini di promozione dello sviluppo sostenibile e di integrazione dei diritti umani a livello europeo, cfr., M. G. Bernardini, et al. (a cura di), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, IF Press, 2018. R. Chenal, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Ars Interpretandi*, 2, 2018, 35 ss. S. Rossi, *Forme della vulnerabilità e attuazione del programma costituzionale*, in *AIC*, n. 2/2017. F. Masci, *L'inclusione scolastica dei disabili: inclusione sociale di persone*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2017, 133 ss., spec. § 1; S. Zullo, *Lo spazio sociale della vulnerabilità tra «pretese di giustizia» e «pretese di diritto». Alcune considerazioni critiche*, in *Politica del diritto*, n. 3/2016, 478. Id., *Lo spazio sociale della vulnerabilità tra 'pretese di giustizia' e 'pretese di diritto'. Alcune considerazioni critiche*, ivi, 475 ss; M.G. Bernardini, *Disabilità, giustizia, diritto: itinerari tra filosofia del diritto e Disability Studies*, Torino, Giappichelli, 2016. F. Masci, *La tutela costituzionale del disabile*, in *Federalismi.it*, n. 1/2020, spec. §§ 4, 4.1, 4.2, 4.3. A. Furia, S. Zullo (a cura di), *La vulnerabilità come metodo: percorsi di ricerca tra pensiero politico, diritto ed etica*, Carocci, 2020. A. De Giuli, *Sul concetto di "vulnerabilità" secondo la Corte di Giustizia UE*, in *DPU, Criminal Law and Human condition*, n. 10/2020, 1 ss. Sull'uso "proattivo" della discrezionalità e sul contributo della giurisprudenza costituzionale alla elaborazione del concetto di "nucleo essenziale" dei diritti sociali delle persone con disabilità e, in particolare, alla parabola del diritto fondamentale all'istruzione, inclusione ed integrazione attraverso la socializzazione cfr., Corte cost., 26 febbraio 2010, n. 80 richiamata da ultimo nella sentenza 11 aprile 2019, n. 83. Id., 20 luglio 2020, n. 152. A.M. Poggi, *Per un "diverso" stato sociale. La parabola del diritto all'istruzione nel nostro Paese*, Bologna, 2019.

[13] G. Arena, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, 179; S. Pellizzari, *La cittadinanza amministrativa tra diritto europeo e diritto nazionale*, in F. Cortese, G. Santucci, A. Simonati, *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza*, cit.,127.

[14] Di recente, specificamente sulle competenze secondarie o "accessorie" dell'UE, di sostegno, coordinamento e completamento delle politiche nazionali in materia di istruzione superiore, cfr. B. Gagliardi, *Le competenze dell'Unione europea in materia di istruzione superiore: un confronto con lo "spending power" degli Stati Uniti d'America*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, fasc.5-6, 2021, 675.

ISSN 2036-7821

dei diritti fondamentali, sembrerebbe confermata dal fatto che la domanda di giustizia proveniente da tali soggetti, nella prospettiva della soddisfazione del bisogno di servizi e prestazioni, costituisce il fulcro delle criticità del sistema di tutela giurisdizionale, l'indagine stigmatizza l'involuzione che, non di rado, ha comportato la rinuncia alla protezione di tali diritti.

Sul presupposto, invece, che tali diritti non esistono solo nel processo ed evidenziando la discrasia tra la disciplina processuale e consistenza del diritto fondamentale che identifica piuttosto una posizione giuridica rafforzata che postula l'effettività degli strumenti processuali - lo studio si inserisce nel dibattito sull'organizzazione amministrativa dell'istruzione e della salute, al contempo «originaria» e «servente» nei confronti di diritti fondamentali a prestazione e finanziariamente condizionati[15], verificandone la capacità conformativa e protettiva - insita nell'esercizio del potere con cui si stabiliscono le modalità di accesso ai servizi e alle prestazioni - .e che si misura con l'attitudine/idoneità a mettere il soggetto in condizione di autodeterminarsi e di esercitare i diritti di cittadinanza nella consapevolezza che ciascun "individuo (è) differente da tutti gli altri e (che) ciascun individuo (è) una persona uguale a tutte le altre"[16].

Investendo il problema della sua adeguatezza (che presuppone a monte l'inquadramento e la contestualizzazione della situazione della condizione di vita del soggetto al fine di meglio individuare gli interventi di protezione e di riparazione in caso di lesione per la tutela della dignità umana) che si misura con la «soluzione organizzativa (prescelta la quale) è (o dovrebbe essere), insieme la risposta agli interessi da soddisfare e la matrice delle situazioni soggettive»[17], la sintesi del valore e delle funzioni dell'organizzazione, la esternazione di un modello «tarato» sull'individuo e sulla priorità dei diritti che su di essa si fondano, esso intende rimarcare e rafforzare il profilo dinamico dell'organizzazione e, in particolare, il tema della doverosità organizzativa, ovvero dell'assunzione di oneri organizzativi e di erogazione dei servizi e delle prestazioni[18].

---

[15] Con specifico riferimento al diritto all'istruzione, cfr., di recente, Cons. Stato, sez. VI, 2 luglio 2021, n. 5060. Id., 5 ottobre 2020, n. 5839. In dottrina G. Pastori, *Diritti e servizi oltre la crisi dello stato sociale*, in *Scritti in onore di V. Ottaviano*, I, Milano, 1993, 1083. F. Fracchia, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Torino, 2008, 35. A. Sandulli, *Per la tutela della dimensione costituzionale dell'istruzione*, in F. Angelini, M. Benvenuti (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, Napoli, 2014, 645. In senso contrario G. Gaspari, *Istruzione, formazione e scuola digitale. Profili (critici) di diritto amministrativo*, Napoli, 2021, 136 ss., considera l'istruzione un "diritto sociale fondamentale non finanziariamente condizionato".

[16] L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari, 2018, 4 ss.

[17] G. Rossi, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria. Crisi e nuove prospettive del diritto amministrativo*, Torino, 2011. Id., *Principi di diritto amministrativo*, IV ed., Torino, 2021.

[18] Il che, da un lato, ha indotto la dottrina a modificare la fisionomia del diritto all'istruzione degli alunni con disabilità ampliandone e specificandone il contenuto (C. Colapietro, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il "nuovo" diritto alla socializzazione*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, 121 ss.; C. Colapietro, F. Girelli, *Persone con disabilità e Costituzione*, Napoli, 2020) e, dall'altro, a riconoscere che "l'azione

ISSN 2036-7821

2. Servizi e disservizi dell'organizzazione scolastica e sanitaria durante e oltre le crisi e gli stati di emergenza

Recenti dati statistici[19] evidenziano problemi ad oggi irrisolti che originano dalla mancata individuazione ed affermazione di uno *standard minimo comune* che alla base delle sperequazioni sociali e confermano l'arretramento del costituzionalismo, ossia la crisi dell'effettività dei diritti di cui si rivendica l'identità e del sistema delle tutele nei confronti di scelte organizzative incidenti sul concreto esercizio degli stessi e sul rispetto della dignità dell'individuo che ne costituisce a tutti gli effetti l'essenza e il fondamento.

Essa affonda le radici nella crisi della politica e delle Istituzioni che si specchia nell'alternanza di governo e ha condotto al sistematico rovesciamento degli assetti preesistenti con evidenti ricadute sul piano della efficacia e concretezza degli interventi.

Molteplici sono stati gli esiti (o effetti) di tale involuzione in materia di istruzione: mi riferisco alla povertà educativa, alla dispersione scolastica[20] e ai fenomeni di devianza in un sistema connotato da forti disparità a livello territoriale e sociale, da nord a sud del Paese, specialmente nelle zone più periferiche e nei contesti più poveri dal punto di vista culturale, economico e sociale, e disagiati in cui vivono le persone con disabilità[21], aggravate dall'avvento e in seguito agli sviluppi della pandemia[22], e a cui si correla un elevato rischio di abbandono e fallimento scolastico ai quali si è tentato di porre rimedio adottando un modello di cooperazione fondato su logiche integrate e di sistema.

In linea con gli obiettivi dei Patti educativi di comunità[23] introdotti con il Piano Scuola 2020-2021[24] e confermati anche in quello 2021-2022[25], i recenti sviluppi

---

pubblica deve essere necessariamente ispirata ad una certa "elasticità" prestazionale e organizzativa" (M. Calabrò, *Il diritto all'istruzione dell'alunno disabile: principio di uguaglianza sostanziale e "tailorizzazione" del servizio*, in *questeistituzioni.it*, n. 3/2022, 20) al fine di offrire un servizio personalizzato e inclusivo L. Giani, *Disabilità e diritto all'istruzione: alla ricerca di un difficile equilibrio tra persona e valore economico della prestazione (pubblica)*, in M. Interlandi (a cura di), *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità*, Napoli, 2022, 152.

[19] I dati Istat e Invalsi 2021 più preoccupanti riguardano il fenomeno della dispersione scolastica: il nostro Paese detiene il primato dei giovani inattivi tra i 15 e i 19 anni (13,2%).

[20] M. Immordino, L. Giani, *I diritti fondamentali degli immigrati tra emergenza, rifugiati e crisi economico/finanziaria: quale ruolo per le amministrazioni?*, in F. Astone, R. Cavallo Perin, A. Romeo, M. Savino, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Torino, 2019, 76. A. Romeo, *Amministrazione pubblica e diritti fondamentali*, in *Statoechiese.it*, 19/2019; A.M. Poggi, *Per un "diverso" Stato sociale. La parabola del diritto all'istruzione nel nostro Paese*, Bologna, 2019. F. Cortese, *La Costituzione scolastica: radici, temi e risultati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2018, 45 ss.; G. Corso, *Emergenza e organizzazione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2020,13 ss.; A. Ruggeri, *Emergenza sanitaria e tutela dei diritti sociali*, in *Dir. reg.*, 2/2022, 1 ss.

[21] E. Carloni, *Il diritto all'istruzione al tempo del coronavirus*, in *Astrid Rassegna*, n. 6/2020, 9.

[22] Su questi temi, di recente, M. Calabrò, S. Tuccillo, *Diritto all'istruzione e social diversity in Italia nel periodo pandemico*, in *Ambientediritto.it*, n. 2/2022.

[23] Tali patti consistono in accordi da sottoscrivere tra istituto scolastico, enti locali o realtà private operanti sul territorio, al fine di favorire la messa a disposizione di spazi e strutture alternative a quelle proprie del plesso

ISSN 2036-7821

normativi - uniformandosi agli obiettivi previsti dal PNRR (Missione 4 "Istruzione e ricerca" e 5 "Interventi speciali per la coesione territoriale")[26] - spingono verso la diffusione di ulteriori forme (*rectius*: pratiche) di collaborazione e l'avvio di processi di *governance* collaborativa che costituisce una "leva di opportunità" strategica di sviluppo locale orientato "verso un modello di leadership diffusa o distribuita … nel quale la scuola può svolgere un ruolo di coordinatore di servizi sul territorio e rispondere più efficacemente ai bisogni dei minori."[27]

Così, sul presupposto che «la legalità resta il parametro dell'azione, ma l'efficienza il risultato»[28] la scuola «si *dovrebbe* apr*i*re alle famiglie e al territorio circostante, facendo perno sugli strumenti forniti dall'autonomia scolastica ...»[29] e, parallelamente, i Comuni cooperare con l'Ambito Territoriale «al fine di definire, in maniera concertata, politiche e interventi coerenti con i fabbisogni locali e settoriali del territorio»[30] in ciò coadiuvati dalle associazioni di categoria ed ETS[31] coinvolti in tutte

scolastico, quali musei, parchi, biblioteche, etc., ove svolgere attività complementari a quelle della didattica in senso proprio necessarie ai fini della soddisfazione piena del diritto all'istruzione.

[24] Decreto MIUR 26 giugno 2020 "Adozione del documento per la pianificazione delle attività scolastiche, educative e formative in tutte le Istituzioni del Sistema nazionale di Istruzione per l'anno scolastico 2020/2021".

[25] Il Piano scuola 2021-2022 dopo il fallimento del precedente avrebbe dovuto rappresentare una svolta epocale da diversi punti di vista da attuarsi attraverso un sistema integrato di interventi, ma l'emergenza sanitaria ha amplificato il divario territoriale esistente tra diverse Regioni che ne ha ostacolato l'attuazione. G. Matucci, *La scuola nell'emergenza pandemica, fra inclusione e solidarietà*, in *Quad. cost.*, 3/2021, 623 ss.; G. Laneve, *I tanti significati del luogo scuola: uno sguardo costituzionale*, in G. Laneve (a cura di), *La scuola nella pandemia. Dialogo multidisciplinare*, Macerata, 2020, 13 ss

[26] L'obiettivo è specificato nella linea d'azione M4C1.1 Miglioramento qualitativo e ampliamento quantitativo dei servizi di istruzione e formazione e, in particolare, nell'Investimento 1.2: Piano di estensione del tempo pieno e mense, ove si precisa che "La misura mira a finanziare l'estensione del tempo pieno scolastico per ampliare l'offerta formativa delle scuole e rendere le stesse sempre più aperte al territorio anche oltre l'orario scolastico e accogliere le necessità di conciliazione vita personale e lavorativa delle famiglie (con particolare attenzione alle madri). Con questo progetto si persegue l'attuazione graduale del tempo pieno, anche attraverso la costruzione o la ristrutturazione degli spazi delle mense per un totale di circa 1.000 edifici entro il 2026. Il piano è gestito dal Ministero dell'Istruzione ed è attuato, quanto alla costruzione e riqualificazione delle mense e palestre, dagli Enti locali proprietari dei relativi edifici. La durata stimata del progetto è di 5 anni (fino al 2026)". S. Staiano, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza guardato da Sud*, in *Federalismi.it*, n. 14/2021. M. Clarich, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astrid Rassegna*, n. 12/2021, 5 ss.

[27] Così, Porcarelli, Marucci, *Il ruolo del Terzo settore nei processi di governance dei Patti educativi di comunità*, in *Iul Research – Open Journal of IUL Unversity*, vol. 3, n. 5/2022, 270-272. Cfr., inoltre, Scialdone, Marucci, C. Porcarelli, *Tra Child Guarantee e "Patti educativi di comunità". La rilevanza di approcci inclusivi basati su pratiche territoriali di contrasto alla povertà educativa minorile*, in *Rivista italiana di Educazione Familiare*, n. 1/2022.

[28] P. Calandra, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet. Amministrazione e Organizzazione*, vol. I, Milano, 1987, spec. 157 e 161.

[29] L'espressione tra virgolette è di P. Di Padova – A.R. Piesco, M. Marucci, C. Porcarelli, *Dal sistema di garanzia dell'infanzia ai Patti educativi di comunità. Strategie comunitarie e approcci integrati per il contrasto ai rischi di esclusione dei minori* (2021), in *https://oa.inapp.org*. Tali considerazioni intercettano la tematica dell'autonomia organizzativa e funzionale scolastica, su cui di recente, F. Saitta, *L'autonomia statutaria delle istituzioni scolastiche: prospettiva concreta o «utopia imperfetta»?*, in *Federalismi*, n. 6/2019.

[30] Cfr., Avviso n. 1/2021. A. Romeo, *Autonomia scolastica e diritti fondamentali*, in *Nuove autonomie*, n. 1/2016, 62 ss.

ISSN 2036-7821

le fasi del processo, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, di solidarietà e di comunanza di interessi.

A ben vedere, tuttavia, il rischio di insuccesso di tale modello di integrazione e coordinamento è piuttosto elevato al punto da mettere in discussione il ruolo centrale di aggregatori dei Comuni ripercuotendosi sull'efficacia delle politiche correlate.

Fatta eccezione per la Strategia Nazionale per le Aree Interne (SNAI) che rappresenta una modalità innovativa di approccio integrato allo sviluppo territoriale finalizzata a "contrastare, nel medio periodo, il declino demografico che caratterizza talune aree del Paese … e creare nuove possibilità di reddito e di assicurare agli abitanti maggiore accessibilità ai servizi essenziali, con riferimento prioritariamente ai servizi di trasporto pubblico locale, di istruzione e socio-sanitari, è sostenuta sia dai fondi europei (FESR, FSE e FEASR), per il cofinanziamento di progetti di sviluppo locale, sia da risorse nazionali"[32], problemi attuativi nascono dal difetto di organicità e di uniformità degli interventi; dall'insufficienza del ricorso ai patti educativi o territoriali di comunità in assenza del necessario coordinamento tra i *policy makers* territoriali e in mancanza, peraltro, di azioni ed interventi mirati volti ad incoraggiare la frequenza scolastica tramite l'adozione di misure di sostegno e di accompagnamento alle famiglie[33].

Si potrebbe quindi pensare, ad esempio, all'opportunità di creare un "ponte" tra il reddito di cittadinanza[34], il registro elettronico dei figli a scuola, il profitto scolastico,

---

[31] Cfr., Piano Nazionale degli interventi e dei servizi sociali 2021-2023; Linee guida sul rapporto tra amministrazioni pubbliche ed enti del Terzo settore; artt. 55–57 del Codice del d.m. n. 72/2021.

[32] Inserita nell'Accordo di Partenariato 2014/2020 e 2021/2027 (Obiettivo di policy 5 "Un'Europa più vicina ai cittadini".

[33] Ciò è quanto è emerso nel paper di ricerca "*Dal Sistema di Garanzia dell'Infanzia ai Patti educativi di comunità*" sollecitando l'attivazione di politiche e interventi mirati a livello interno ed europeo per affrontare le sfide dal punto di vista formativo e di sostenibilità del servizio nel solco tracciato dalla "Prima Strategia generale dell'UE sui diritti dei minori", la Child Guarantee (Sistema europeo di garanzia per l'infanzia) istituito all'indomani della Raccomandazione del Consiglio dell'UE del 14 giugno 2021 a tutela delle persone che vivono in condizioni di vulnerabilità in attuazione del principio n. 11 del "Piano d'azione del Pilastro Europeo dei diritti sociali sull'assistenza all'infanzia" del 2017 (inclusione socioeconomica, diritto alla salute e all'istruzione, assistenza sanitaria, ecc.).

[34] Quest'ultimo è peraltro definito nell'incipit dell'art. 1, c. 1 del d.l. n. 4/2019 innanzitutto una "misura fondamentale di politica attiva del lavoro a garanzia del diritto al lavoro". In tema P. Grazioli, *Misure di contrasto alla povertà e di sostegno al reddito*, in *Il Dir. dell'Econ.*, n. 1/2020, 423 ss.; C. Tripodina, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Torino, 2013, 161 ss.; F. Fracchia, *Combattere povertà ed esclusione: ruolo, strategie e strumenti per i soggetti pubblici*, cit., 41 ss.; S. Toso, *Reddito di cittadinanza o reddito minimo?*, Bologna, 2016; P. Grazioli, *Lotta alla povertà e all'esclusione sociale: il Reddito di cittadinanza come strumento di reddito minimo garantito*, in *Dir. economia*, n. 1/2020, 321-344; S. Spattini, *L'introduzione del c.d. Reddito di cittadinanza nell'ordinamento italiano*, in *Professionalità Studi*, n. 5/2019; F. Scuto, *"Reddito minimo", contrasto all'esclusione sociale e sostegno all'occupazione tra Pilastro europeo dei diritti sociali ed evoluzioni dell'ordinamento italiano*, in *Federalismi.it*, n. 4/2018; M. Cocconi, *Misure sociali e per la famiglia*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2020, 586 ss. Si veda quanto al reddito di inclusione l'art. 2, c. 13, d. lgs. n. 147/2017 ("Il ReI costituisce livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, nel limite delle risorse disponibili nel Fondo Povertà") e, quanto al reddito di cittadinanza, l'art. 1, c. 1, d.l. n. 4/2019 ("Il Rdc costituisce

ISSN 2036-7821

l'accesso ai servizi sanitari prevedendo, altresì, bonus di sport sociale sulla base di convenzioni con il CONI, associazioni polisportive, ecc. "ricercando piuttosto negli interventi di risanamento infrastrutturale e nella individuazione di modelli alternativi della gestione del "tempo scuola" la strada per rispondere all'esigenza di tutela del diritto alla salute adeguatamente bilanciato con il "diritto alla scuola", intendendosi per quest'ultimo la somma di più diritti costituzionali (istruzione, formazione e salute) inscindibili e tutti irrinunciabili"[35].

3. Abbandoni istituzionali, trascuratezze sociali, abbandoni indiretti e discriminazioni: cause, conseguenze, rimedi

Il tema del diritto all'istruzione delle persone con disabilità deve essere analizzato anche alla luce del decreto interministeriale di adozione del nuovo "PEI" le cui previsioni, infatti, se, da un lato, potrebbero sembrare astrattamente riconducibili ai principi di autodeterminazione dello studente disabile - a garanzia dello sviluppo materiale e spirituale della sua personalità, del «rispetto (della) dignità intrinseca individuale ... e (del)l'indipendenza»[36] - e di personalizzazione degli apprendimenti, in realtà si sostanziano in illegittime restrizioni del «diritto all'educazione e all'istruzione che non può essere impedito da difficoltà di apprendimento né da altre (criticità) derivanti dalle disabilità connesse all'handicap» (cfr., art. 12, comma 4, l. n. 104/1992) in violazione delle norme e dei principi sanciti dalle fonti ed elaborati dalle Corti nazionali ed europee[37].

---

livello essenziale delle prestazioni nei limiti delle risorse disponibili"). Osserva al riguardo che "l'introduzione delle misure del Reddito di inclusione, prima, e del Reddito di cittadinanza, poi, segna la fine di una ventennale fase caratterizzata dalla sperimentalità, a cui si sostituisce la previsione di uno strumento di lotta alla povertà, concepito come livello essenziale delle prestazioni" (P. Grazioli, *Misure di contrasto alla povertà e di sostegno al reddito*, cit., 415. S. Spattini, *L'introduzione del c.d. Reddito di cittadinanza nell'ordinamento italiano*, in *Professionalità Studi*, n. 5/2019. F. Scuto, *"Reddito minimo", contrasto all'esclusione sociale e sostegno all'occupazione*, cit. S. Toso, *Reddito di cittadinanza o reddito minimo?*, cit.). Le controversie relative alla legittimità delle suddette misure rientrano nella giurisdizione del G.A (cfr., TAR Molise, Sez. I, 13 febbraio 2017, n. 54 e Cons. Stato, Sez. V, 1° agosto 2018, n. 4764). Giova, in proposito, evidenziare che in Molise (art. 49 L.R. 6 maggio 2014, n. 13) l'inclusione del "reddito minimo di cittadinanza" tra gli "interventi e i servizi per le persone a rischio di esclusione sociale" in aggiunta "alle prestazioni erogate ai sensi dell'art. 117, c.2, lett. m), Cost." eccezionalmente esonera il giudice dal richiamare e i predetti lep o liveas a sostegno della pretesa dell'avente diritto (cfr., G. Morbidelli, *Il contributo del giudice amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2020, 963 ss.; M. A. Sandulli, *Il giudice amministrativo come giudice dell'emergenza*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021. G. Montedoro, E. Scoditti, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Quest. Giust.*, 1/2021, 11 ss.

[35] M. Calabrò, S. Tuccillo, *Diritto all'istruzione e social diversity in Italia nel periodo pandemico*, cit.

[36] cfr., art. 3, lett. a) Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità. TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 12 maggio 2020, n. 1714.

[37] Il riferimento è agli artt. 34, 3 e 38, comma 3, Cost. lette in combinato disposto con l'art. 24 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, l'art. 15 della Carta sociale europea e l'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali UE richiamati di recente dalla Corte EDU (sez. I, 10 settembre 2020, n. 24888). Di recente, M. Calabrò, *Il diritto all'istruzione dell'alunno disabile*, cit., 16 ss.; A. Romeo, *Sviluppo economico e diseguaglianze territoriali: il divario Nord-Sud nell'Italia del nuovo millennio*, in *Dir. amm.*, 4/2020, 807 ss. Cfr., inoltre,

ISSN 2036-7821

Basti pensare all'esonero dello studente da alcune materie di studio senza limiti di orario, in assenza di adeguata motivazione e della indicazione dei criteri nel provvedimento che racchiude una scelta discrezionale non imperscrutabile né insindacabile e che infatti non si sottrae al controllo giurisdizionale a maggior ragione perché facilmente può trasmodare in arbitrio. Lo stesso discorso vale per l'individuazione del fabbisogno dei docenti e delle ore di sostegno e di assistenza all'alunno disabile che mortificano i bisogni individuali - i quali richiederebbero l'elaborazione di percorsi educativi personalizzati e indipendenti in vista del raggiungimento degli obiettivi (inclusione, integrazione sociale, sviluppo della personalità e delle capacità relazionali)[38] - e di fatto ostacolano o quanto meno allungano i tempi di realizzazione del processo di trasformazione del diritto all'istruzione avviato dalla Consulta che riconosce il diritto all'istruzione come "un limite alla discrezionalità del legislatore esplicitato nella «garanzia del nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati", o meglio quel nucleo indefettibile che consente di dare piena soddisfazione al diritto»[39].

Trattasi di misure discriminatorie che nei fatti comportano la marginalizzazione degli alunni e delle loro famiglie - quasi a voler loro riconoscere un «difetto genetico» della cittadinanza[40] - tale da escludere la stessa appartenenza del soggetto alla comunità e dal godimento dei diritti di cittadinanza a causa della condizione psico-fisica personale, ciò ostando alla libertà, uguaglianza e partecipazione, ovvero alle garanzie (dei diritti inviolabili e della promozione della dignità umana) ineludibili per la piena realizzazione della sua personalità (in violazione dell'art. 54, comma 1, Cost.), espressione dei princìpi (personalistico, pluralistico e solidaristico) e del complessivo impianto valoriale della Costituzione, paradigmi fondamentali della cittadinanza e pilastri dello Statuto giuridico della persona con disabilità[41] coerente

---

E. Boscolo, *Istruzione ed inclusione: un percorso giurisprudenziale attorno all'effettività dei diritti prestazionali*, in *Munus*, 2/2014, 165 ss.; M. Renna, *Le disuguaglianze sostenibili nel sistema scolastico*, in *Serv. pubbl. app.*, 1/2006, 1 ss.

[38] Come chiarito dalla Corte costituzionale a partire dalla nota sentenza 26 febbraio 2010, n. 80 e ribadito a più riprese, anche di recente, dalla giurisprudenza amministrativa (*ex multis*, TAR. Campania, Napoli, Sez. IV, 27 marzo 2020, n. 1273; Id., 19 febbraio 2020, n. 794; Cons. Stato, Sez. VI, 1 dicembre 2015, n. 5428).

[39] L. Giani, *Disabilità e diritto all'istruzione: alla ricerca di un difficile equilibrio tra persona e valore economico della prestazione (pubblica)*, cit.

[40] Prendendo in prestito una espressione tanto significativa quanto efficace di G. Romeo, *Il "difetto genetico" della cittadinanza negli Stati Uniti d'America*, in *Diritticomparati.it*.

[41] Cfr., Corte cost. 10 maggio 2019, n. 114. Di recente sui rapporti tra disabilità, istruzione e vincoli di bilancio in applicazione del principio di non discriminazione cfr., Corte EDU, sez. I, 10 settembre 2020, ric. 59751/15 - G.L. c. Italia, § 49 ss. che ha dato la stura alla predisposizione del d.d.l. delega per l'adozione di un "Codice per la persona con di disabilità" al fine di "armonizzare, riordinare e semplificare, anche innovandole, le disposizioni vigenti in materia di disabilità, anche ai fini della definizione" del predetto Codice frutto di un programma di interventi fitto e ambizioso confluito nella apposita riforma prevista dal PNRR "nell'ottica della de-istituzionalizzazione e della promozione dell'autonomia delle persone con disabilità" che si realizzano attraverso "il rafforzamento e la qualificazione dell'offerta di servizi sociali da parte degli Ambiti territoriali, la semplificazione dell'accesso ai servizi socio-sanitari, la revisione delle procedure per l'accertamento delle

ISSN 2036-7821

con l'approccio al problema e al modello sociale elaborato al livello sovranazionale - adducendo ragioni economiche o esigenze organizzative della P.A. al chiaro scopo di deresponsabilizzare la scuola e i docenti curricolari.
Eppure, la cura e l'assistenza scolastica e sanitaria dei soggetti fragili è espressione di un preciso dovere etico, e sociale, prima ancora che giuridico e, tra l'altro, la costante crescita della domanda necessita di reti efficienti ed efficaci di decisori che garantiscano la concreta "presa in carico" della questione sociale, una risposta anche primaria ai bisogni del disabile che non deve essere più ricercata solo nella famiglia in un'ottica individualistica che proietta per lo più sulla stessa il peso delle innumerevoli difficoltà e disagi di natura biologica, psicologica e sociale e la responsabilità della gestione della disabilità del figli.
In effetti da tempo la rete familiare ha svolto un ruolo di supplenza del sistema pubblico e privato (ampiamente riconosciuto dalla Corte costituzionale fin dalla sentenza 5 dicembre 2003, n. 350) per il mancato soddisfacimento dei bisogni specificamente correlati alla disabilità, che si è mostrato piuttosto carente dal punto di vista dell'accesso ai servizi di cura e assistenza, dell'attuazione del LEP, dell'istruzione e l'inclusione sociale[42].
L'emergenza sanitaria ha avuto un impatto negativo significativo ampliando divari preesistenti e generando nuovi fattori di discriminazione, ma anche facendo emergere nuove forme di disabilità che hanno messo a nudo tutte le criticità del sistema di tutele.
Si è reso, quindi, indispensabile un ribaltamento di prospettiva, in cui la famiglia continua a mantenere un ruolo importante di stimolo quotidiano delle capacità e abilità in funzione dello sviluppo della personalità del portatore di handicap, ma «la disabilità *cessa di essere* relegata alla sfera privata e att*enere* unicamente alla persona che ne è direttamente toccata: *come se fosse* ... una 'tragedia personale»[43] e una responsabilità esclusivamente famigliare, bensì uno *status* cui si correla il "diritto alla cura" che costituisce il patrimonio irriducibile della dignità della persona e a cui corrispondono precisi obblighi di salvaguardia a carico dello Stato e dell'amministrazione prestazionale a garanzia e dell'effettività dei diritti delle persone con disabilità e che, si auspica, in futuro «possa ispirare *politiche pubbliche e* soluzioni legislative mirate al sempre più pieno sviluppo della personalità dei

disabilità, la promozione dei progetti di vita indipendente e la promozione delle unità di valutazione multidimensionale sui territori, in grado di definire progetti individuali e personalizzati". Per approfondimenti si rinvia a F. Sanchini, *I diritti delle persone con disabilità tra dimensione costituzionale, tutela multilivello e prospettive di riforma*, in *Federalismi.it*, n. 24/2021.

[42] Cfr., Corte cost. 14 gennaio 2016, n. 2. C. Colapietro, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit.,131 ss.

[43] P. Addis, *Il diritto alla vita indipendente e all'inclusione sociale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 1/2021.

ISSN 2036-7821

soggetti deboli»[44], in condizioni di uguaglianza riconoscendogli pari dignità sociale, "presupposto e fine di ogni situazione giuridica soggettiva *e* … un valore supremo, assoluto, inalienabile e trasversale"[45].

Il "diritto alla cura", infatti, si declina come diritto all'assistente di sostegno e all'assistente della comunicazione dei soggetti portatori di handicap grave ex art. 3, comma 3, l. n. 104/1992 e lieve (art. 3, comma 1, legge cit.) per le ore previste dal PEI che non possono essere ridimensionate dal Dirigente scolastico il quale, di recente, per non essersi attenuto alla richiesta formalizzata all'interno del PEI da parte del GLHO, di recente è stato condannato a risarcire il danno alla famiglia per i danni non patrimoniali subiti dall'alunno disabile a causa della illegittima decurtazione delle ore di sostegno[46]. La decisione è ancora più condivisibile in quanto la scelta operata dimostra di obliterare e mortificare altresì il ruolo e la funzione fondamentale dei «professionist*i* della cura *che è appunto quello di* accredit*are* al soggetto disabile, anche quando è gravemente impedito sul piano cognitivo e/o privo dell'uso della parola, la possibilità di «essere significante» ..."[47], a prescindere dal fatto che questi possa o meno contare sul sostegno familiare.

Tale ipotesi costituisce, tuttavia, soltanto un esempio di atti e comportamenti discriminatori forieri di danni che la condanna al risarcimento per equivalente monetario non è in grado di compensare. Ciò è quanto si verifica anche nei confronti dei malati terminali ai quali dovrebbe essere garantito l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore …, l'equità nell'accesso all'assistenza su tutto il territorio nazionale, la qualità delle cure e la loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze ai sensi della legge n. 38/2010, ma i cui diritti vengono sistematicamente mortificati, specie nelle Regioni in cui l'offerta di posti letto è anormalmente bassa, se non annientati con la chiusura definitiva dei reparti.

In Campania, ad esempio, la perdita della dimensione solidale e dell'elemento della doverosità organizzativa, la deresponsabilizzazione dagli obblighi e dai doveri è testimoniata, da ultimo, dalla chiusura della UOC Terapia del dolore e Cure palliative dell'ospedale Cardarelli di Napoli, nonostante gli indiscutibili vantaggi ottenuti a livello sia organizzativo/gestionale che economico e del servizio di qualità per la soddisfazione di un bisogno reale dei pazienti. L'insufficienza dei posti letto presenti sul territorio vanifica di fatto l'opportunità riconosciuta dalla predetta legge di attivare la procedura per il ricovero del paziente in uno degli *hospice* a ciò dedicati.

---

[44] V. Baldini, *Teoriche della dignità umana e loro riflessi sul diritto positivo*, in *Studi in onore di A. Loiodice*, vol. I, Bari, 2012, 20.

[45] Così, F. Masci, *P.N.R.R., delega al Governo in materia di disabilità e legge di bilancio 2022: per un paradigma di tutela costituzionale che garantisca la riduzione del "disability divide"*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2021, 88 ss.

[46] Da ultimo, Corte App. Caltanissetta, 6 giugno 2022, n. 185.

[47] L. Pasqualotto, *La valutazione multidimensionale ed il progetto personalizzato*, Trento, 2014, 51.

ISSN 2036-7821

Lo stesso dicasi per l'alternativa di attivazione delle Unità di cure palliative domiciliari che quando non è presente solo sulla carta nei distretti ove non è stata attivata, consta di una procedura particolarmente articolata e complessa per l'avvio di un percorso terapeutico comunque molto lontano dai bisogni del malato e per nulla scevro da criticità organizzative per carenza di risorse (medici, infermieri, *caregiver*) o a causa di condizioni abitative inidonee tali da rendere l'assistenza domiciliare inefficiente e inefficace.

4. Spunti per l'elaborazione di strategie di policy e modelli organizzativi per uno sviluppo umano e solidale sostenibile

Le scelte organizzative operate ripropongono il tema dell'uso della "discrezionalità organizzativa"[48], il problema dell'intensità del controllo giurisdizionale cui si correlano le teorie sull'esaurimento del potere all'esito dell'annullamento giurisdizionale[49], da tempo oggetto di ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale e al centro dell'indagine con riferimento alla tutela sia degli interessi legittimi pretensivi che dei diritti sociali a prestazione.

L'ultimo degli accennati profili risulta assorbente e decisivo ai fini del presente contributo.

Il tema indagato, infatti, intercetta una problematica cruciale per la definizione della qualità e della quantità della tutela processuale dei diritti fondamentali a prestazione all'istruzione e alla salute parametrata alla dimensione sostanziale ed alla loro effettiva consistenza nel confronto con l'attività materiale che presuppone l'esercizio del potere autoritativo discrezionale.

Nonostante le posizioni antitetiche ed estreme dalla dottrina divisa sulla problematica del riesercizio del potere tra chi ne ammette la piena reviviscenza o, al contrario, sembrerebbe più incline a limitarne se non addirittura a precluderne l'esercizio in seguito all'annullamento del provvedimento illegittimo, la soluzione nel caso di specie a ben vedere, andrebbe ricercata sul presupposto che i soggetti fragili vantano nei confronti dell'amministrazione scolastica e/o sanitaria un'interesse procedimentale strumentale (sotto forma di pretesa al corretto esercizio del potere discrezionale e alla legittimità del provvedimento) e finale (pretesa al provvedimento favorevole o al risultato utile)[50] che, in caso di impugnazione e a seguito

[48] L'espressione è di D. Sorace, Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni, in *Foro it*., 1998, V, 205.

[49] M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018.

[50] F. Fracchia, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Torino, 2008, 35 ha definito il diritto all'istruzione come "pretesa a prestazioni attive garantite dai poteri pubblici" altrimenti qualificato come "diritto civico" ad accedere ad un percorso educativo e formativo in un contesto di crescita individuale e collettiva e di solidarietà sociale (C. Acocella, *La Scuola nella Costituzione italiana: diritti, funzioni e servizi. Riflessioni a partire da un recente volume di Roberta Calvano*, in *Osservatorioaic.it*, n. 2/2020, 454), a prescindere dalla tipologia di tutela apprestata dall'ordinamento e dalla sua efficacia. Trattasi in ogni caso di una posizione giuridica di vantaggio che non si

ISSN 2036-7821

dell'annullamento giurisdizionale, a certe condizioni, può assumere la consistenza del diritto soggettivo, potendo accedere ad una tutela piena che può consistere anche in una condanna ad un *facere* specifico (ossia a conferire all'avente diritto l'utilità o il vantaggio a lui spettante sul piano sostanziale) rendendo a tal fine superflua ogni ulteriore valutazione, sia essa discrezionale o vincolata.

Valorizzando, quindi, la relazione che intercorre tra il potere amministrativo e la pretesa nel significato predetto, si può affermare che in seguito all'annullamento del provvedimento illegittimo (o anche nel caso di azione di adempimento, salvo che la P.A. non fornisca elementi nuovi o sopravvenienze)51, il nuovo esercizio del potere assume i connotati di un'attività "doverosa", rivolta com'è alla produzione di un risultato utile nei limiti di quanto accertato in sentenza, frutto di una precisa scelta valoriale adottata in base a un criterio di selezione degli interessi in gioco, quale modalità preferibile nell'esercizio di un potere (e della relativa attività) discrezionale.

In tal modo, non sarebbe necessario ricorrere ad un'inutile forzatura negando alla P.A. l'esercizio di un potere discrezionale, né si dovrebbe consentire al G.A. di procedere alla diretta elaborazione di un criterio di preferenza, tanto meno all'autonoma assunzione di una scelta valoriale demandata alla P.A. a cui spetta l'accertamento in via esclusiva e definitiva del criterio da utilizzare.

La peculiarità della fattispecie sta nel fatto che, a seguito dell'annullamento giurisdizionale, l'accertamento (e la rivalutazione) della fondatezza e meritevolezza della pretesa all'utilità finale costituisce, in qualche modo, il risultato di un percorso di oggettivizzazione e razionalizzazione dell'attività successiva dell'amministrazione, valorizzando la portata precettiva della sentenza suscettibile di indirizzare il processo formativo della decisione, senza per ciò solo cadere nell'equivoco di sovrapporre e confondere i due piani (discrezionalità amministrativa e accertamento)[52].

---

esaurisce affatto nell'interesse alla legittimità o alla legalità dell'atto da cui scaturisce l'interesse a ricorrere (E. Casetta, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. pubbl.*, 1952, 614 ss.) né è qualificabile in termini di interesse occasionalmente protetto o come situazione meramente formale o strumentale, ma anzi rappresenta «l'oggetto da difendere o da conquistare» (F.G. Scoca, *Attualità dell'interesse legittimo*, in *Dir.proc.amm.*, n. 2/2011, 379; Id., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017).

Interesse al provvedimento legittimo e interesse al provvedimento favorevole possono anche non coincidere, anzi non è affatto detto che coincidano. Il provvedimento satisfattorio è sempre e necessariamente favorevole, non è vero, tuttavia, il contrario. Tale distinzione apparentemente scontata si desume dalla distinzione tra interesse strumentale/interesse finale che tuttavia, oltre a non essere da tutti condivisa ha ingenerato confusione al punto da far perdere di vista l'obiettivo della tutela in sede procedimentale e processuale. Cfr., G. Greco, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 483, spec. nota 20.

M. Astone, *L'aspettativa e le tutele. Contributo allo studio degli effetti preliminari nelle situazioni di pendenza*, Milano, 2006, 151 ss.

[51] A. Iuliani, *Obblighi strumentali e azione di adempimento*, Milano, 2018, 284 ss.

[52] M. Trimarchi, *A proposito di "Potere e situazioni soggettive nel processo amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)" di Andrea*

ISSN 2036-7821

In tale senso milita il principio del cd. *one shot* temperato, perfettamente compatibile con l'interpretazione proposta e idoneo a rafforzarla. Il divieto fatto alla P.A. possa pronunciarsi reiteratamente in senso sfavorevole all'interessato in seguito all'annullamento giurisdizionale risponde all'esigenza di ridurre il margine residuale di discrezionalità all'atto del riesercizio del potere e nella valutazione delle variabili e di tutti i profili rilevanti da cui dipende l'accoglimento o la reiezione dell'istanza dei quali si impone una verifica rigorosa e assorbente che infatti preclude per il futuro quelle colpevolmente omesse[53] su cui si forma il giudicato.

Ove così non fosse, è evidente che non avrebbe senso parlare di "giudizio sul rapporto" riducendosi tale locuzione a una formula meramente evocativa, priva cioè di un contenuto concreto, occorrendo valorizzare piuttosto il carattere dinamico[54] e i poteri cognitori e decisori del G.A. che tuttavia non si spingono al punto di sancire l'esaurimento del potere discrezionale nel processo, attraverso la negazione della sussistenza di una situazione di potere.

Così opinando, si giunge a un radicale mutamento di prospettiva nella dialettica del rapporto tra potere pubblico, servizio pubblico e situazioni giuridiche soggettive, per l'esigenza di contemperare interessi rilevanti avvinti da una relazione caratterizzata da contrapposizione e conflitti, ma che oggi, anche in considerazione della peculiarità della posizione del soggetto disabile e delle diversità di situazioni riscontrabili all'interno della medesima categoria, la valutazione discrezionale sull'accesso alle prestazioni (scolastica, sanitaria e assistenziale) si atteggia in maniera diversa, e

---

Carbone, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 847. Id., *Full jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati. Brevi note*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2018. L.R. Perfetti, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, ivi, 2/2018, 237 ss.

[53] Da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 4 maggio 2022, n. 3480. Sez. V, 8 gennaio 2020, n. 144; Cons. Stato, Sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660. La questione è molto articolata e complessa e soprattutto trasversale per le profonde implicazioni che ne sono derivate dal punto di vista sostanziale e processuale e le soluzioni individuate dalla dottrina prima dell'entrata in vigore della l. n. 2412/90 (M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, p. 103 ss.) in parte trasfuse nella legge e recepite dalle successive riforme. Di recente ha fatto discutere la previsione di cui all'art. 10 bis l.n. 241/90 ss.mm.ii. che espressamente recita «in caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato (al netto delle controdeduzioni dell'interessato) nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato» (M. Trimarchi, *Note sul preavviso di rigetto dopo la legge n. 120 del 2020*, in *Scritti in onore di Maria Immordino*, vol. IV, Napoli, 2022, 3734.) che involgendo i limiti e le modalità di riesercizio del potere discrezionale residuale della P.A. in seguito all'annullamento giurisdizionale (A. Zito, *Teoria della scelta razionale e teoria giuridica della discrezionalità amministrativa: progolomeni per un inquadramento sistematico*, ivi, 4065 ss.) continua a suscitare dubbi e perplessità.

N. Paolantonio, *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, in *Il Dir.dell'econ.*, n. 3/2022, 13 ss. ha analizzato l'incidenza tra la preclusione procedimentale e il contenuto conformativo della sentenza di annullamento avanzando dubbi di costituzionalità della previsione per contrasto con l'art. 97 Cost. e con il principio di legalità, se ed in quanto essa produce l'effetto di negare in radice "il diritto di sbagliare" alla P.A. Ove così non fosse, la previsione sarebbe comunque inutile, defatigante e dannosa.

[54] G. Greco, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto un aggiornamento sul tema*, in F. Francario - M.A. Sandulli (a cura di), *Profili oggettivi e soggetti della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzarolli*, Napoli, 2017, spec. 63 ss.

ISSN 2036-7821

l'intervento dell'amministrazione si trasforma piuttosto in una risorsa di cui essi non possono fare a meno, in considerazione della dimensione pretensiva dell'aspettativa protetta (pretesa alla prestazione) - e di poteri di scelta tra più alternative possibili "personalizzate" in base alla singola fattispecie e alla posizione giuridica del richiedente.

In tale contesto, e in generale nelle controversie in cui "si incontrano lo svolgimento di funzioni amministrative e le pretese dei cittadini"[55] il G.A. vede progressivamente estendersi gli spazi riservati alla cognizione dell'esercizio del potere discrezionale in vista della soddisfazione dei bisogni sociali del richiedente.

Trattasi in ogni caso di un sindacato pieno e rigoroso (o *full jurisdiction*) "sul fatto come sul diritto, senza mai dover declinare la capacità di conoscere i fatti e di provvedere"[56] teso a conoscere e valutare la concreta portata dei diritti che consentono la realizzazione della persona umana nel contesto sociale e che incontra il solo limite della permanenza (all'esito dell'annullamento o del giudizio avverso il silenzio) dei poteri discrezionali non ancora esercitati (ex art. 34, comma 2, c.p.a.)[57]. Negli altri casi, infatti, la "protezione del potere amministrativo nella sua fisiologia, e non nella sua patologia"[58] è assicurato dal fatto che nel giudizio di legittimità, l'accertamento della "non manifesta infondatezza" della pretesa dedotta in giudizio lascia impregiudicato il potere di scelta della P.A. (non esaurito) in ordine alle modalità (organizzative in base alle risorse disponibili) di riesercizio del potere attraverso le quali soddisfarla – in esecuzione della sentenza – e che si inserisce all'interno di un rapporto in cui si ravvisa l'obbligo della P.A. di erogare la prestazione e/o il servizio necessari per soddisfare il legittimo bisogno dal momento in cui esso si è manifestato, in applicazione dei principi di solidarietà e doverosità di cui si è detto.

In quest'ottica si comprende anche meglio il senso della pienezza del controllo giurisdizionale e dell'evoluzione del potere di accesso al fatto del G.A., nel giudizio di legittimità come in quello di merito, che nel primo caso è sublimato nell'effetto anticipatorio della pronuncia. Ne consegue che sia il giudizio avverso l'inerzia, in seguito alla declaratoria dell'illegittimità del silenzio sia l'annullamento del diniego illegittimo del provvedimento richiesto hanno in sé (*id est*: presuppongono) l'accertamento giudiziale della "non manifesta infondatezza della pretesa" di tal che l'effetto conformativo e di spettanza della sentenza, per quanto non sia equiparabile

[55] F. Patroni Griffi, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in Riv.dir.proc., 2010, 28 ss.

[56] Così, F. Goisis, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir.proc.amm*., 2015, 546.

[57] M. Mazzamuto, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir.proc.amm*., 2018, 103.

[58] M. Trimarchi, Full jurisdiction *e limite dei poteri non ancora esercitati. Brevi note*, cit., 321 ss.

ISSN 2036-7821

nella sostanza e quanto agli effetti a una pronuncia di annullamento in senso stretto[59] o di condanna ad un *facere* specifico, ma senza dubbio è idonea a circoscrivere il successivo esercizio del potere discrezionale parzialmente vincolando per il futuro l'esercizio del potere autoritativo indirizzandolo alla produzione del risultato anelato dall'interessato. Se ne desume, quindi, che il controllo di legittimità del G.A. è pur sempre un sindacato forte, a prescindere dalla sede e dall'oggetto dell'impugnazione, benchè graduabile in base al tipo di giurisdizione, e per certi versi assimilabile ad un giudizio di merito, senza cedere alla tentazione di riconoscere al G.A. un potere di sostituzione provvedimentale al di fuori delle ipotesi tassativamente previste[60], sfruttando, non senza rischi e perplessità[61], le possibilità e i poteri di cui dispone.
A parere di chi scrive, il ricorso a pronunce anticipatorie secondo il modello della *full jurisdiction* non implica affatto un sindacato diretto e sostitutivo e, pertanto, non va censurato, anzi incoraggiato proprio perché, nel rispetto dei limiti del sindacato di legittimità, non si risolve in un giudizio di spettanza in senso proprio[62] né invade l'ambito di valutazione e di scelta comunque riservate alla P.A.
Se ne deduce, quindi, che in tale ipotesi la discrezionalità non rappresenta un limite ai poteri cognitori e/o decisori del G.A. esercitabili nei limitati dei poteri già esercitati, salva e impregiudicata la valutazione di ulteriori variabili a cui corrispondono altrettanti interessi implicati nella vicenda procedimentale rilevanti ai fini della decisione di un'amministrazione che comunque al cospetto del G.A. si mostra "sempre più debole"[63].
Da quanto fin qui esposto si desume che i provvedimenti del G.A. non chiudono affatto la vicenda amministrativa sancendo il completo esaurimento del potere discrezionale, né la sua elisione, in quanto in ogni caso la pronuncia non copre i segmenti dell'attività amministrativa in cui la P.A. è chiamata a compiere (per la

[59] Cfr., F. Liguori, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in *Dir. e proc. amm.*, 1/2019, 1 ss. B. Giliberti, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013.

[60] F. Pugliese, *Interessi individuali – interessi della collettività: ragioni e conseguenze di una formula che supera la dialettica interesse pubblico/interesse privato*, in Id., *Sull'amministrazione consensuale. Nuove regole, nuova responsabilità*, Napoli, 2013, 31. A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 227. G. De Giorgi Cezzi, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, 2003, spec. 127. Id., *Aboliamo l'art. 7 comma 1 del Codice del processo amministrativo? Limiti e autolimiti del giudice amministrativo e sostenibilità dei procedimenti di generazione delle conoscenze in ordine ai fatti. I casi dell'eccesso di potere, dell'atto politico e dei poteri non ancora esercitati*, in *Federalismi.it*, n. 11/2018. F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2017. Id, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2018, 133 ss.

[61] Evidenziati da F. Liguori, op.cit., riprendendo le suggestioni e il monito di F. Ledda, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 391 ss. che invitava alla cautela per minimizzare il "problema del giudice" anche nel giudizio di legittimità.

[62] M. Trimarchi, op.ult.cit., 334 ha, in proposito, osservato che "la fondatezza della pretesa dedotta in giudizio venga valutata rispetto al potere concretamente esercitato (sia esso una frazione del potere esercitabile), e non rispetto all'intero rapporto astrattamente ricostruibile dal giudice".

[63] C. Feliziani, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento?* in *Dir. proc. amm.*, 3/2019, 758.

ISSN 2036-7821

prima volta o in sede di riesercizio del potere a seguito dell'annullamento giurisdizionale) valutazioni e scelte concernenti altri interessi sottesi a pretese a prestazioni e servizi (accessori al diritto all'istruzione e/o alla salute) "condizionate" quanto a consistenza, ampiezza e contenuti dalle variabili di natura economica, organizzativa, ecc. che entrano nel bilanciamento con gli altri interessi in gioco, sindacabili dal G.A. il quale oltre a censurare la scelta operata ravvisandone la manifesta irragionevolezza e sproporzione, entrando nel merito, può "obbligare" la P.A. all'atto del successivo riesercizio del potere discrezionale, a considerare soluzioni organizzative satisfattive della pretesa rispondenti al *best interest* del richiedente (in ipotesi l'alunno disabile) preservando il nucleo indefettibile del diritto all'istruzione e/o alla salute di quest'ultimo.

In definitiva, quindi, aderendo alla tesi secondo la quale anziché tentare di riconoscere l'esistenza del principio dell'esaurimento del potere amministrativo nella decisione, che ad avviso del Consiglio di Stato trarrebbe fondamento e legittimazione dall'insanabile frattura del rapporto di fiducia dovuto all'agire reiteratamente capzioso, critico e contraddittorio dell'Amministrazione[64] - che opera solo nei confronti di valutazioni ed elementi esplicitati nell'adozione dell'atto, naturalmente preclusi in sede di successivo riesercizio del potere - «è preferibile lavorare sul terreno del suo addomesticamento al fine di consentirne un controllo più intenso e profondo in sede giurisdizionale (all'uopo) ricondu(cendo) la scelta discrezionale non nel paradigma della ragionevolezza, bensì in quello della razionalità, sia pure limitata …»[65] è necessario valorizzare e/o rivitalizzare gli strumenti di tutela nei confronti delle disfunzioni amministrative e/o dell'esercizio del potere giurisdizionale emesso d'urgenza in sede cautelare, nella prospettiva della realizzazione della persona umana e in attuazione del principio solidaristico e di uguaglianza sostanziale[66].

L'obiettivo, infatti, è quello di rimuovere gli ostacoli che si frappongono alla tutela piena ai diritti sociali su cui si abbattono le conseguenze pregiudizievoli del mancato riconoscimento di "autonoma consistenza rispetto all'interesse pubblico"[67] e della inevitabile dequotazione dei diritti sociali finanziariamente condizionati anche nelle modalità di attuazione rimesse alle scelte discrezionali della P.A.[68]

---

[64] Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321.

[65] A. Zito, *Consumazione del potere e discrezionalità*, Relazione al Convegno Nazionale AIPDA "Discrezionalità e amministrazione", Università di Bologna, 7 ottobre 2022, in *www.aipda.org*.

[66] F. Fracchia, *Combattere povertà ed esclusione: ruolo, strategie e strumenti per i soggetti pubblici*, in *Amministrazioneincammino.luiss.it*, 2003, 41 ss.

[67] V. Molaschi, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008, 28 ss.

[68] In proposito si rinvia alla ricostruzione ed alle osservazioni di R. Ferrara, M. P. Vipiana, *Principi di diritto sanitario*, Torino, 1999, 203 ss.

ISSN 2036-7821

Mi riferisco, in particolare, ai «casi ricorrenti di pronunce cautelari di rigetto che "pregiudicano" il merito»[69] suscettibili, cioè, di produrre "effetti giuridici definitivi … usurpa(ndo) uno spazio riservato alla sentenza (di merito)"[70] e alla stessa P.A. ove la stessa fosse privata della capacità di autodeterminarsi nell'esercizio del potere discrezionale in deroga al principio della intangibilità della sfera di attribuzione e di autonomia valutativa, di giudizio e di decisione dell'amministrazione all'atto di dare esecuzione all'ordinanza e al decreto presidenziale emanati in sede cautelare[71].

L'arretratezza degli strumenti di tutela è espressione di una lettura restrittiva del diritto fondamentale all'istruzione e alla salute sacrificandone l'accezione sociale a scapito del risultato da conseguire il quale, invero, lungi dall'essere unitario, è al contrario disomogeneo e diversificato per quante sono i casi e le forme di disabilità meritevoli di tutela sul piano sostanziale e processuale incompatibili, evidentemente, con la rigida applicazione di modelli e standard uniformi[72].

Dal PNRR alla legge delega in materia di disabilità n. 227/2021[73] per la revisione e il riordino della disciplina da un punto di vista sia formale che sostanziale delle disposizioni vigenti, il coordinamento e le modifiche necessarie ad assicurare maggiore coerenza, organicità e sistematicità alla normativa, fino alla Riforma della non autosufficienza, destinata alla «formale individuazione di livelli essenziali di assistenza nell'ottica della deistituzionalizzazione, della domiciliarità, della definizione di un progetto individualizzato che *indichi* e finanzi i sostegni necessari» - che ha ricevuto una parziale attuazione (la definizione L.E.P.S. è confluita nel PNRR) con la Legge di Bilancio 2022 a tutela delle persone non autosufficienti con interventi e misure di promozione della continuità e della qualità della vita domiciliare e sociale, di supporto e di sollievo allo svolgimento di attività fondamentali nella vita quotidiana – all'indomani della Giornata Internazionale delle Persona con Disabilità si aprono scenari che avranno un impatto significativo sulla vita dei soggetti

[69] Riprendendo il titolo di un recente contributo di A. Iannotta, *Casi ricorrenti di pronunce cautelari che "pregiudicano" il merito*, in *www.amministrativistiveneti.it*.

[70] Così, A. Travi, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione* (nota a Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 1996, n. 1210), in *Dir. amm.*, 1997, 167.

[71] Sia consentito rinviare a M. D'Arienzo, *Il ruolo del G.A. nello sviluppo del sistema costituzionale di diritto amministrativo: spunti di riflessione sulla tutela cautelare*, in corso di pubblicazione in *Dir. e proc. amm.*, n.1/2023.

[72] Su questi temi, cfr., di recente, G. Arconzo, *Disabilità e diritto all'istruzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2021, spec. 510 ss.; D. Ferri, *L'inserimento nel mondo del lavoro e la tutela dei livelli occupazionali della persona con disabilità*, ivi, 518

[73] Trattasi, com'è noto, di una delega molto ampia che intercetta numerosi profili, spaziando dalla definizione del concetto di disabilità fino alla istituzione del Garante nazionale delle disabilità e al potenziamento dell'Ufficio per le politiche in favore delle persone con disabilità, passando per la specificazione delle procedure di valutazione (di base e multidimensionale) e la loro informatizzazione, la riqualificazione dei servizi pubblici in materia di accesso e inclusione.

ISSN 2036-7821

vulnerabili e delle loro famiglie, ad oggi esposti a rischi connessi alla condizione di disabilità e di salute precaria[74].

A parere di chi scrive, occorrerebbe innanzitutto operare una scissione tra forma e sostanza del provvedimento lesivo che, se non tempestivamente impugnato, comporterebbe la definitiva preclusione dell'opportunità di conseguire «l'utilità che compete al titolare del diritto o dell'interesse legittimo leso in base all'ordinamento sostanziale» in quanto le successive statuizioni dell'autorità giurisdizionale interverrebbero su una situazione di fatto divenuta ormai irreversibile. Non vi è chi non veda, infatti, che ove si ammettesse la formazione di un giudicato cautelare, esso sarebbe fonte di insidie applicative non meno pericolose dei problemi teorici dallo stesso ingenerati. Dunque, nella specie, la fondamentale rilevanza dei diritti fondamentali in gioco induce a rinnegare qualunque forma di preclusione, almeno nelle ipotesi in cui il nuovo controllo giurisdizionale sia finalizzato a riespandere, in tutto o in parte, l'esercizio di un diritto o di una libertà fondamentale illegittimamente limitati, sospesi o negati, auspicandosi per il futuro – anche in un'ottica deflattiva del contenzioso – l'intensificazione del "*dialogo cautelare fra giudice e p.a. finalizzato alla correzione della determinazione in relazione ai vizi dedotti in giudizio*"[75] sia, soprattutto, una riforma incrementale del sistema delle impugnazioni

[74] Nel Piano è chiaramente specificato che «(p)er l'Italia il programma Next Generation EU non rappresenta solo l'occasione per realizzare una piena transizione ecologica e digitale, ma anche per recuperare i ritardi storici che penalizzano storicamente il Paese e che riguardano le persone con disabilità […]. Per essere efficace, strutturale e in linea con gli obiettivi del pilastro europeo dei diritti sociali, la ripresa dell'Italia deve dare pari opportunità a tutti i cittadini, soprattutto quelli che non esprimono oggi pienamente il loro potenziale. La persistenza di disuguaglianze […], così come l'assenza di pari opportunità a prescindere dalla disabilità […], non è solo un problema individuale, ma è un ostacolo significativo alla crescita economica». Più nel dettaglio, gli obiettivi e le azioni sono specificate in ciascuna Missione: a) Missione "Digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura" e ancor più dettagliatamente nella Componente "Turismo e cultura" ove è previsto un investimento dedicato rubricato "Rimozione delle barriere fisiche e cognitive in musei, biblioteche e archivi per consentire un più ampio accesso e partecipazione alla cultura"; b) Missione "Infrastrutture per una Mobilità Sostenibile" - Componente "Investimenti sulla rete ferroviaria e "Investimenti sulla rete ferroviaria" e "Sicurezza stradale 4.0"; Missione "Istruzione e ricerca" - Componente "Miglioramento qualitativo e ampliamento quantitativo dei servizi di istruzione e formazione"; Missione "Inclusione e coesione" - Componente "Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e terzo settore che prevede due Investimenti ("Sostegno alle persone vulnerabili e prevenzione dell'istituzionalizzazione degli anziani non autosufficienti" e "Percorsi di autonomia per persone con disabilità) collegati, rispettivamente, alla "Riforma della non autosufficienza" e alla "Legge quadro per le disabilità"; Missione "Salute" - Componente "Reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale" finalizzate all'attivazione delle Case di Comunità, al potenziamento dei servizi domiciliari di assistenza sanitaria e della telemedicina, all'implementazione dei servizi domiciliari di assistenza sociale finanziati dall'investimento "Sostegno alle persone vulnerabili e prevenzione dell'istituzionalizzazione degli anziani non autosufficienti" della Componente "Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e terzo settore" della Missione "Inclusione e coesione"; all'attivazione degli Ospedali di Comunità. Per una più approfondita disamina delle misure di contrasto al fenomeno del *Disability divide* grazie ad interventi mirati sul*le capacità e i bisogni delle persone con disabilità* poste *al centro dei programmi di intervento relativi ai settori sanitario, sociale, abitativo urbanistico, della formazione, del lavoro, del sostegno familiare e della sicurezza … all'interno di un programma strategico di ampia portata*, si rinvia a F. Masci, op. ult. cit.

[75] Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2003 n.1054; Id., sez.V, 19 febbraio 2007, n. 833.

ISSN 2036-7821

cautelari al fine di garantire il monitoraggio e il controllo dei provvedimenti d'urgenza.

Tale soluzione è confortata da almeno due circostanze rilevanti sul piano della garanzia della effettività della tutela cautelare sacrificata da uno strumentario inizialmente "molto limitato e fortemente tipizzato"[76], ma che con il tempo si è estesa al punto da porre il problema dei limiti alla potestà cautelare del G.A. e della misura atipica anticipatoria. Se, infatti, da un lato, il rispetto del principio di identità tra giudice del merito e giudice cautelare giustifica la permanenza di alcune "strettorie testuali", dall'altro l'evoluzione della tutela cautelare è sempre più orientata nel senso della progressiva sostituzione del G.A. all'Amministrazione, coerentemente con il principio generale dell'azione cautelare volto a rafforzare il legame tra la disponibilità delle misure cautelari e l'effettività della tutela attraverso la concessione di provvedimenti atipici, riducendo parallelamente al minimo i rischi di una tutela cautelare troppo frettolosa[77].

Il che, naturalmente, non è incompatibile con l'auspicio che il "versante amministrativo" (organizzativo e gestionale) possa in futuro prendere il sopravvento sul livello politico/legislativo[78], né vale a snaturare il ruolo del G.A. che si conferma co-protagonista, irrinunciabile e sempre più spesso decisivo, in quanto dotato di autonomia decisionale cui si correla il potere di effettuare il necessario bilanciamento tra i beni o valori coinvolti e l'intensità del sindacato sull'esercizio del potere discrezionale della P.A. nel significato predetto.

La cognizione, sia essa sommaria o piena, postula pieno accesso al fatto da parte del G.A. sostanziandosi in una valutazione di merito direttamente connessa al rapporto mezzi-fini che è sotteso al concetto di buona amministrazione e di amministrazione di risultato tenuta ad erogare servizi e prestazioni "in conseguenza di un dovere impostole dall'ordinamento a vantaggio di cittadini a cui garantire il "godimento del bene e del servizio (quale) beneficio offerto dall'ordinamento"[79]. Per tale motivo, essa stessa è una forma di cura dell'interesse pubblico nel processo amministrativo che si attua ripercorrendo le valutazioni già effettuate dalla P.A. onde verificare l'adeguatezza, la ragionevolezza, la proporzionalità e l'utilità della scelta operata (sulla base delle risorse strumentali, finanziarie e umane concretamente a disposizione) assicurando, al contempo, la tutela dell'interesse legittimo all'efficienza ed adeguatezza amministrativa che è *ex se* parametro di legittimità dell'azione amministrativa (misura di legalità sostanziale) – ossia la cartina di

[76] M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976.

[77] L'espressione è tratta da M.A. Sandulli, *La giustizia cautelare sugli interessi legittimi "apre" all'art. 700 c.p.c.?*, in *Giust. civ.*, fasc.5, 1998, 235.

[78] R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, 2014, 58.

[79] A.M. Sandulli, *Note sulla natura giuridica dei diritti civici*, in *Foro it.*, 1952, 1344.

ISSN 2036-7821

tornasole della funzione sociale dei pubblici poteri – e "servente" rispetto alla tutela piena ed effettiva del diritto fondamentale all'istruzione e alla salute[80].
Diversamente, non avrebbe senso la previsione di Lep e Liveas disconoscendosi la natura e la stessa ragion d'essere del servizio pubblico all'istruzione e alla salute che identifica l'organizzazione e l'attività materiale di realizzazione delle posizioni giuridiche soggettive nello Stato sociale di diritto e dei relativi bisogni (continuità didattica e degli interventi, gradualità degli obiettivi da conseguire, incremento dello sviluppo dell'alunno con disabilità, ecc.)[81].
Tale interpretazione, sicuramente coerente con il livello di protezione e con la efficacia dei diritti fondamentali nel contesto europeo, direttamente e necessariamente applicabili nell'ordinamento interno, consente al G.A. di spingersi fino al punto di consentire letture "spregiudicate" ma legittime in quanto espressione della irrinunciabile garanzia della effettività della tutela dei diritti "a geometria variabile" e delle libertà fondamentali contro «ogni interpretazione di tipo formalistico e inutilmente defatigante rispetto ai tempi di decisione della causa»[82] e contraria alle esigenze di celerità e giustizia che preludono all'adozione di una giusta decisione.
In questa prospettiva è possibile intravedere nuovi orizzonti di tutela giurisdizionale in vista del raggiungimento degli obiettivi indicati dal PNRR che richiedono, tra le altre, l'adozione di misure di efficientamento della giustizia amministrativa idonee a porre le basi per il superamento delle preclusioni processuali e l'implementazione dei mezzi di impugnazione delle misure cautelari onde evitare intollerabili "vuoti" di potere e di tutela giurisdizionale. In tal modo, la garanzia dell'effettività dei diritti sociali è affidata a decisioni "pluristrutturate" articolate e "complesse" frutto della combinazione tra discrezionalità politica, amministrativa e giurisdizionale per la soddisfazione dei bisogni nei rapporti di servizio pubblico caratterizzati, come visto, da una significativa presenza di potere di scelta che non si sottrae al controllo e alla penetrazione del G.A., senza per ciò solo ipotizzare sconfinamenti in campi a lui estranei. In materia di servizi pubblici il G.A. assume su di sé l'obbligo e la responsabilità di individuare la soluzione più coerente con l'esigenza di effettività della tutela, pur nel rispetto dei limiti dell'esercizio della funzione e della

[80] Cfr., A. Police, *L'epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della « giurisdizione propria » del Consiglio di Stato*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2018, 281 ha chiarito il significato delle valutazioni di "merito" del G.A. che si misura con la "capacità di conformare la misura di tutela delle ragioni del privato e le ragioni dell'interesse pubblico".

[81] A. Morrone, *Stato sociale e diseguaglianze. Persistenze costituzionali e problemi aperti*, in *Riv. Dir. Sicur. Soc.*, n. 4/2020, 707 ss.; C. Panzera, *I livelli essenziali delle prestazioni fra sussidiarietà e collaborazione*, in *Forumcostituzionale.it*, 2010. V. Molaschi, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008. Id., I livelli essenziali di assistenza sociale, in V. Molaschi, R. Morzenti Pellegrini, D. Siclari, (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2020, 123 ss.

[82] Cass., SS.UU., 12 dicembre 2014, n. 26242.

ISSN 2036-7821

giurisdizione, assicurando per quanto possibile al ricorrente l'emanazione di un provvedimento "sul merito" della controversia sottoposta al suo esame.
Nel frattempo la proposta di abolizione del reddito di cittadinanza nella legge di Bilancio non lascia presagire dal 2024 in avanti sviluppi positivi per le famiglie di persone con disabilità e malati terminali le quali, infatti, saranno costrette a rinunciare a cure troppo costose che avrebbero potuto affrontare solo grazie al sussidio, peraltro già decurtato ad alcune categorie di percettori da gennaio u.s., e in assenza di altra misura antipovertà[83].
Stando alle previsioni, infatti, le persone di età compresa tra i 18 e i 59 anni abili al lavoro continueranno a godere del sussidio fino alla scadenza naturale, allorquando esso dovrebbe lasciare il posto ad una nuova misura di competenza dei Comuni e rivolta esclusivamente ai soggetti fragili bisognosi di assistenza domiciliare e cure continue e costose, rispetto alle quali tale soluzione potrebbe rivelarsi comunque incongrua in quanto insufficiente a garantire la pari dignità sociale che, com'è noto, costituisce il "caposaldo di uno sviluppo giusto ed effettivo" della persona umana, oltre che naturalmente la "pietra angolare" della democrazia.
La scelta, quindi, si rivela illegittima in quanto lesiva del diritto delle persone con disabilità «di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità» (ex art. 26 della Carta dei diritti fondamentali), consistendo essa in un'aggressione – neanche troppo velata – alla dignità sociale, alle libertà e ai diritti fondamentali (diritto di accesso ai servizi pubblici e all'autodeterminazione scolastica e sanitaria).
Questa è la deriva del sussidio concepito come "misura fondamentale di politica attiva del lavoro a garanzia del diritto al lavoro, di contrasto alla povertà, alla disuguaglianza e all'esclusione sociale" (art. 1, comma 1, d.l. 28 gennaio 2019, n. 4 conv. in l. n. 26/2019) che fin dalla sua introduzione ha evidenziato diversi nodi problematici che si sono riverberati sulla "corretta finalizzazione" di un istituto ibrido nelle sue due anime e dalla denominazione fuorviante, configurato come "l'emblema dell'universalismo più autentico in materia di diritti sociali"[84] e che di fatto è stato percepito ed interpretato come un "disincentivo al lavoro"[85] e un "reddito senza lavoro"[86].

[83] Tale scelta svela l'eccessivo rigore di alcuni Governi recepite da società ed aziende pubbliche e private nei confronti dei dipendenti che vivono situazioni al limite in quanto affetti da malattia terminale licenziati dopo la diagnosi e la prognosi, nonostante la malattia non compromettesse la capacità lavorativa.

[84] S. Toso, *Reddito di cittadinanza o reddito minimo?*, cit.

[85] E. Rossi, *Il «reddito di cittadinanza» introdotto dal decreto legge n. 4 del 2019: prime considerazioni*, in E. Innocenti, E. Rossi, E. Vivaldi (a cura di), *Quale reddito di cittadinanza? Criticità e prospettive delle politiche di contrasto alla povertà*, Bologna, 2020, 19 ss.

[86] A. I. Arena, *Reddito: di inclusione, di cittadinanza, come diritto? (Profili costituzionali)*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2018.

ISSN 2036-7821

E' pur vero, tuttavia, che il RdC è stato più intrinsecamente legato al contrasto alla povertà e, ai sensi della citata disposizione - con una formula che richiama l'art. 117, lett. m), Cost. "costituisce livello essenziale delle prestazioni nei limiti delle risorse disponibili" ed è, altresì, subordinato all'adozione di misure organizzative e alla predisposizione di risorse professionali e umane idonee allo scopo, nonostante la Corte costituzionale abbia da tempo chiarito il rapporto che intercorre tra interessi economici e diritti fondamentali[87].

5. Conclusioni

Le suesposte considerazioni da un lato, alimentano dubbi sulla legittimità costituzionale di tale previsione e, dall'altro, sull'impatto economico-sociale della scelta da ultimo operata che, contrariamente a quanto si potrebbe ritenere, non è solo «ispirata da una vera e propria "diffidenza" nei confronti dei percettori del reddito di cittadinanza»[88], ma ha il sapore di una condanna alla povertà perché di fatto penalizza le famiglie dei soggetti più fragili (persone con disabilità e malati terminali) che presentano un "sensibile svantaggio rispetto agli altri nuclei familiari"[89] e, pertanto, "in linea di principio dovrebbero ricevere una tutela maggiore"[90], finalità questa che certamente non si persegue con la soppressione del sussidio alla naturale scadenza e la sostituzione con un sostegno economico percepito dal disabile che tradisce l'obiettivo della misura di contrasto alla povertà sollevando dubbi di costituzionalità per contrasto con l'art. 3 Cost. svelando l'illogicità di tutto l'impianto normativo incompatibile con la concezione solidaristica dei rapporti sociali e con l'adempimento dei doveri di solidarietà sociale che inspiegabilmente rivestono un ruolo marginale nell'ambito delle scelte del legislatore alimentando il disagio psico-sociale e il rischio di marginalità sociale.

Sotto altro profilo, in attesa dell'attuazione e degli esiti degli interventi previsti dal PNRR il quale, tuttavia, sembrerebbe puntare più sul territorio e, quindi, prevalentemente su investimenti di tipo strutturale, piuttosto che sulle risorse umane, specificamente sul fronte della effettività del diritto alla salute delle persone con disabilità e dei malati terminali, occorrerebbe responsabilizzare innanzitutto le

[87] Corte cost. 16 dicembre 2016, n. 275 commentata da A. Apostoli, *I diritti fondamentali "visti" da vicino dal giudice amministrativo. Una annotazione a "caldo" della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Forumcostituzionale.it* (11 gennaio 2017); A. Longo, *Una concezione del bilancio costituzionalmente orientata: prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Federalismi.it*, n. 10/2017; E. Furno, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in *Giurcost.org*, fasc. 1/2017; F. Blando, *Soggetti disabili e istruzione: la lotta per il diritto*, in *Federalismi.it*, n. 10/2017.

[88] Così, L. Corazza, *La condizionalità "relazionale": reddito di cittadinanza, mercato del lavoro, esclusione sociale*, in *Dir.rel.ind.*, fasc. 1/2022, 174 ss.

[89] A. Candido, *Uguali tra diseguali. Reddito di cittadinanza e persone disabili*, in E. Innocanti,E. Rossi, E. Vivaldi (a cura di), *Quale reddito di cittadinanza? Criticità e prospettive delle politiche di contrasto alla povertà*, cit., 163.

[90] Id.

ISSN 2036-7821

Regioni che ad oggi non hanno ancora attivato la rete di Cure palliative e, parallelamente, soddisfatto la richiesta di terapie a supporto dei pazienti affetti da dolore cronico all'interno degli ospedali, sulla base di un protocollo *ad hoc*, investendo sulla creazione e l'implementazione di pratiche e servizi dedicati al trattamento di supporto dei malati terminali, in gran parte già utilmente inseriti nel Sistema Nazionale Linee Guida (SNLG) approvate dal centro Nazionale per l'Eccellenza Clinica Qualità e Sicurezza delle Cure dell'ISS (CNEC).

Tale soluzione appare perfettamente coerente con le proposte adottate dalla Plenaria della Conferenza sul futuro dell'Europa il 30 aprile u.s.[91] sollecitate dai cittadini in materia di "Salute" puntando a rafforzare la resilienza e la qualità dei sistemi sanitari per aumentarne l'efficacia, garantendo l'accesso universale e paritario all'assistenza, oltre che, come si è accennato in precedenza, sulla revisione della disciplina processuale in funzione dell'efficientamento del sistema di tutela giurisdizionale.

A tal fine, si sottolinea l'esigenza di adottare un approccio olistico nei confronti della salute, promuovendo una comprensione condivisa delle sfide cui devono far fronte le persone malate o con disabilità, in linea con l'approccio "One Health" che dovrebbe assurgere a principio orizzontale e fondamentale che investe tutte le politiche dell'UE. Le raccomandazioni spingono verso la modifica dell'architettura istituzionale dell'Unione e, se recepite, dovrebbero portare alla revisione dei Trattati ex art. 48, par. 1, TUE[92] e, quindi, al riassetto dei rapporti tra i diversi attori istituzionali volto alla creazione di un'organizzazione efficiente rispetto alla effettiva consistenza delle situazioni giuridiche soggettive e ai fini del soddisfacimento dal punto di vista materiale della pretesa all'adempimento di azioni positive.

Ciò in quanto, specie in materia di istruzione e salute, la configurazione dei diritti fondamentali (sotto forma di pretesa al buon andamento organizzativo, ossia all'efficienza dell'attività di erogazione del servizio pubblico all'istruzione e alla salute) è tale da comportare un arretramento del potere autoritativo discrezionale privilegiando l'attività materiale di fornitura di servizi e prestazioni all'utenza che postula, appunto, un'organizzazione servente rispetto alla posizione soggettiva rafforzata perché dotata di particolare rilevanza ordinamentale benché riconnessa al

[91] G. Sgueo, *I tre problemi della Conferenza sul futuro dell'Europa*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1/2022, 21 ss. ha manifestato un certo scetticismo nei confronti della Conferenza che, a suo avviso, generano "incognite (sia dal punto di vista del)la qualità delle proposte espresse dai partecipanti, (sia) sull'accordo politico che le istituzioni dell'Unione dovranno trovare per dare a quelle proposte un seguito normativo", evidenziando i problemi della Conferenza da cui ha tratto tre insegnamenti utili sul futuro della partecipazione democratica sul piano gestionale, strutturale e della sperimentazione nei sistemi decisionali democratici che se divenisse una prassi consolidata si auspica possa "aiutare i decisori pubblici a escogitare soluzioni nuove ed efficaci ai problemi di regolazione (contribuendo, altresì, a) stabili(re) una relazione più solida e matura tra cittadini e amministrazioni".

[92] Conformemente all'attuale declinazione dei diritti fondamentali a prestazione. Cfr. R. Cavallo Perin, *Crisis del estado de bienestar. El Papel del Derecho Administrativo*, cit.,168-169.

ISSN 2036-7821

potere amministrativo esercitato e, pertanto, idonea ad accordare a tali diritti una tutela piena, concreta ed effettiva sul piano sostanziale[93].
Non è forse questa l'essenza ed il fine ultimo di un sistema sempre più orientato verso l'amministrazione di risultato, in cui quindi non c'è spazio per l'inerzia colpevole - con esso del tutto inconcepibile - ma attualmente "controbilanciata" dal potere di supplenza G.A.?
O comunque, all'apertura alla partecipazione dei cittadini al futuro e alle politiche dell'UE nel pieno rispetto delle competenze e dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, promozione dell'uguaglianza sociale e delle capacità individuali dei cittadini. La indiscutibile "incidenza che sull'effettività dei diritti hanno le scelte organizzative" spinge nel senso di incentivare il legislatore ad introdurre forme di partecipazione del cittadino nei procedimenti di formazione delle decisioni, all'uopo riconoscendogli un ruolo propositivo o consultivo, già all'atto della programmazione e pianificazione degli interventi, oltre che nella definizione dei livelli qualitativi dei servizi in ambito socio-sanitario ed assistenziale e del controllo di gestione[94] al fine "di incidere sugli assetti organizzativi da cui dipende l'erogazione delle prestazioni"[95], fornendo così egli stesso un contributo alla cura dell'interesse pubblico. La compartecipazione dei cittadini alla formazione della decisione produce vantaggi indiscutibili, oltre che sul piano sostanziale, nella misura in cui l'interessato è posto nella condizione di esercitare un controllo più intenso e consapevole sull'operato della P.A. reindirizzandone le scelte in una fase fisiologica dell'esercizio del potere con effetti deflattivi del contenzioso, anche sul piano processuale nella misura in cui è in grado di articolare il ricorso e la successiva attività difensiva con cognizione di causa agevolando l'interlocuzione ed il controllo giudiziale, all'uopo fornendo direttamente egli stesso ulteriori ed importanti parametri di valutazione.
Al netto delle iniziative più rilevanti già assunte a sostegno della salute e dell'istruzione, tra cui il Green Deal europeo, *Next Generation EU* (NGEU), l'Anno europeo dei Giovani, "Le Istituzioni democratiche *potranno* conquistarsi e riconquistare la fiducia dei cittadini (dimostrando di) essere all'altezza delle nuove sfide, (senso di responsabilità e di appartenenza all') Unione fatta di determinazione

[93] F.G. Scoca, *La « gestazione » dell'interesse legittimo*, cit., 283; Id., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., 25. F. Goisis, *La pretesa alla adeguata organizzazione dei servizi sociali: profili di tutela giurisdizionale*, in M. Renna, C. Micciché, P. Pantalone (a cura di), *La partecipazione dei cittadini all'organizzazione dei servizi sociali. Il caso della metropoli milanese*, Napoli, 2020, 59 ss. Sulle pretese alla adeguata organizzazione cui corrispondono precisi doveri e oneri organizzativi nel comparto sanitario, cfr., M. D'Arienzo, *Contributo allo studio dei modelli organizzativi in sanità*, Torino, 2022, spec. cap. 2, parte I e II.

[94] M. Renna, C. Micciché, P. Pantalone (a cura di), *La partecipazione dei cittadini all'organizzazione dei servizi sociali. Il caso della metropoli milanese*, Napoli, 2020.

[95] V. Molaschi, *La rilevanza dell'organizzazione dei servizi pubblici sull'effettività dei diritti sociali*, in M. Renna, C. Micciché. P. Pantalone (a cura di), *La partecipazione dei cittadini all'organizzazione dei servizi sociali*, cit., 27-29.

ISSN 2036-7821

e solidarietà"[96] accelerando il processo di "disgelo costituzionale" già in atto per dare attuazione alla Costituzione e ai diritti a prestazione che diversamente esisterebbero solo nel processo[97].

[96] Il virgolettato è tratto dal discorso di Ursula von der Leyen sullo stato dell'Unione 2022, in *https:///italy.representation.ec.europa.eu*. F. Scuto, *L'intervento pubblico nell'economia tra Costituzione economica e Next Generation EU*, in *Federalismi.it*, n. 4/2022. L. Torchia, *Dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione della ricostruzione: responsabilità, controlli e tempestività*, in *Astrid Rassegna*, n. 5/2020. Particolarmente suggestiva ed efficace è l'analisi di M.P.Chiti, , Per un'Unione europea efficace, legittimata da risultati effettivi positivi, in www.ridiam.it condotta nella prospettiva della legittimazione dell'UE "per risultati" invertendo la tendenza che ha visto l'Unione sicuramente incentrata sul concetto di cittadinanza, e ciò nonostante carente quanto ai risultati su temi cruciali per i cittadini europei e sul fronte delle riforme in mai avviate o incompiute. In particolare, l'assenza di raccordo e di coordinamento tra le Istituzioni (Parlamento e Commissione UE) e il persistente deficit democratico hanno nei fatti realizzato la violazione del diritto ad una buona amministrazione (ex art. 41 CEDU) con grave pregiudizio per la cittadinanza amministrativa ed evidenti ripercussioni sull'immagine e a fiducia nell'UE. In argomento, cfr., P. Caretti, Ambiguità e contraddizioni nelle più recenti proposte di 'democratizzazione' della governance europea, ivi..

[97] Riprendendo un'espressione di G. Biasutti, *La cd. class action pubblica. Riflessioni intorno alla class action pubblica. Riflessioni intorno all'interesse legittimo ad una amministrazione efficiente*, in *Dir.proc.amm*., n. 2/2022, 421 ss.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Struttura organizzativa del Governo e suoi processi evolutivi: il ruolo dei Comitati interministeriali

di Francesco Zammartino

(Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso Università degli studi di Napoli "L'Orientale")

Sommario

1. Breve Premessa – 2. Alcune considerazioni sui principi organizzativi del Governo – 3. La disciplina del Governo dettata dalla legge n. 400 del 1988 – 4. Il ruolo dei Comitati interministeriali nel dibattito dottrinario – 5. I complessi rapporti tra i Comitati interministeriali e gli organi necessari del Governo – 6. Considerazioni finali.

Abstract

The evolutionary processes that have involved, over the years, state structures and public authorities in general, have shown themselves to be particularly insistent with regard to the structure and activities of the Government, which, since it constitutes the real center of political management of the system, has been the subject of numerous legislative novelties. Nonetheless, it seems interesting to highlight the fact that some unnecessary government bodies do not seem to have been invested by these upheavals, continuing to carry out their activities within a framework that does not appear to have changed at all. This is precisely the case of the inter-ministerial committees, which, introduced into our regulatory system before the entry into force of the republican Constitution, have known ups and downs, passing from a phase of considerable increase to one of extreme reorganization which has exacerbated the problem of compatibility - appropriateness of their attributions with respect to those constitutionally reserved to the necessary governing bodies.

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

ISSN 2036-7821

1. *Breve premessa.*

Oramai da tempo la graduale assunzione, da parte dello Stato, di nuovi ambiti di azione, ha ingenerato una profonda riordinazione dell'organizzazione statale[1]. Siffatto fenomeno ha riguardato soprattutto l'organo costituzionale Governo, il quale, per il semplice fatto di essere il contitolare, insieme al Parlamento, della funzione di indirizzo politico del Paese, è stato intercettore, negli anni, di numerosi interventi che hanno sensibilmente modificato la propria struttura organizzativa[2], interventi, peraltro, che non sono stati mai legati a un "ordinato" disegno istituzionale, acuendo quelle note incertezze speculative ascrivibili all'ambiguità e anche alla parzialità del dettato costituzionale[3]. A tal proposito, basti ripercorrere le proposte di riforma costituzionale degli ultimi 40 anni, che, soprattutto riguardo al titolo dedicato all'organo Governo, hanno intercettato un fuoco incrociato di proposte, di suggerimenti, di indicazioni che si sono intersecate e si sono sovrapposte senza apparente razionalità, che si sono ben presto concretizzate in vere e proprie "terapie istituzionali", che invece di discendere da una precisa e seria diagnosi dei mali che affliggono il nostro sistema politico-istituzionale, sembrano essere il frutto di soluzioni più pensate come si dice in gergo "a freddo", "a tavolino", come tornaconto di meri interessi politici e contingenti.

Laddove, invece, qualsiasi progetto di riforma dell'amministrazione centrale dovrebbe aspirare a un più elevato livello di specializzazione, di articolazione e di coordinamento della politica governativa[4], atteso che la stessa direzione dei singoli ministeri non può non tener conto di una serie di supporti e di collaborazioni che le derivano da organismi tecnici e politici, di diversa natura[5].

Come è noto, la scelta di una precisa codificazione per l'organo Governo è sempre stata interpretata quale limite ai naturali processi evolutivi che da sempre hanno caratterizzato la funzionalità dell'istituzione. Tanto è vero che negli anni strutture organizzative individuate in via di prassi quali organi di Governo, solo successivamente sono state formalmente accolte da un intervento legislativo,

---

[1] Si rinvia a M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977.

[2] G. PITRUZZELLA, *Art. 92-93*, in G. BRANCA (fondato da), A. PIZZORUSSO (continuato da), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1994, 114.

[3] G. MOBILIO, I *comitati interministeriali nella struttura policentrica dello Governo*, in *Osservatorio sulle fonti* n. 2 /2017, p. 1.

[4] Già in tempi meno recenti, V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957, pp. 1-2.

[5] Sotto questo profilo, l'adozione di un nuovo tipo di strutture collegiali, nonché la revisione del ruolo e delle funzioni della Presidenza del Consiglio, dell'organizzazione dei ministeri, delle agenzie governative, degli enti pubblici non economici, delle prefetture, previste dall'art. 8 della legge n. 124 del 2015, non sembrano aver dato risposte convincenti in ordine alla struttura organizzativa del Governo che rimane, a questo punto, uno dei temi più dibattuti dalla dottrina costituzionalista.

ISSN 2036-7821

mediante cui si veniva a ratificare per lo più una posizione già saldamente consolidatasi[6].
D'altro canto, il fatto che in Assemblea costituente, nella seconda Sottocommissione per la Costituzione, non si esclusero alcuni istituti che la prassi aveva già introdotto, attesta come l'organizzazione dell'organo Governo si caratterizza da un livello di elasticità[7] superiore di quanto non sia affiorato da successive interpretazioni[8].
In particolare, il Governo ha dimostrato in tutti questi anni di essere un organo duttile, capace di "foggiare" le proprie strutture al fine, soprattutto, di modellare le funzioni di governo nell'economia[9].
Ciò induce a considerare, che qualsiasi analisi sull'organizzazione del Governo vada svolta tenendo ben presente che non è il solo dato costituzionale a rappresentare terreno di confronto, ma vanno parimenti analizzati anche gli aspetti politici e sociali che hanno irrimediabilmente contribuito all'affermazione di spontanei processi evolutivi dell'organizzazione dell'esecutivo[10].
Organizzazione che prevede, accanto agli organi di Governo «costituzionalmente necessari»[11], altre figure organizzatorie, quali i Vicepresidenti del Consiglio, i Ministri senza portafoglio, gli Alti commissari, i Sottosegretari di Stato e i Comitati interministeriali, le quali orbitano intorno al Governo, nonostante che la loro presenza non abbia nessun riscontro costituzionale[12].
Il presente lavoro ha come obiettivo quello di analizzare, dopo aver svolto alcune considerazioni sul sistema degli organi di governo nel dettato costituzionale, la figura dei Comitati interministeriali sia sotto il profilo della sua compatibilità rispetto al modello di organizzazione governativa delineato nella Carta costituzionale, sia sotto quello della prassi politico-amministrativa, che è rivelatrice di dinamiche e sviluppi più profondi.
Partendo da questo assunto, l'analisi cercherà soprattutto di mettere a raffronto, su un piano generale, gli organi di governo costituzionalmente necessari e i Comitati interministeriali e comprendere come i Comitati in parola vengano a inserirsi nelle dinamiche della forma di governo, al fine di sollevare le questioni di natura costituzionale che dovrebbero definire i limiti entro i quali queste strutture organizzative possono trovare ingresso nell'organizzazione del Governo.

2. *Alcune considerazioni sui principi organizzativi del Governo*

[6] P. CIRIELLO, *Ordinamento di Governo e comitati interministeriali*, Napoli, 1981, p. 15.
[7] M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, nota p. 329.
[8] Si v. La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, Ed. Segretariato Generale della Camera dei Deputati, Roma, 1970, vol. III., p. 1834 ss.
[9] G. MOBILIO, *CIPE e Costituzione. Governare attraverso i Comitati interministeriali*, Napoli, 2018, p. 302.
[10] A. RUGGERI, *Il Consiglio dei Ministri nella Costituzione italiana*, Milano, 1981, p. 9 ss.
[11] L. PALADIN, *Governo italiano*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970, p. 678.
[12] L. CARLASSARE, *Ministero (dir. costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, p.480 ss.

ISSN 2036-7821

E' noto che all'impostazione di carattere prescrittivo dell'elencazione fornita dall'art. 92 Cost.[13], che avrebbe comportato di conseguenza la "degradazione" di tutti gli organi non necessari, è stata preferita una lettura più dinamica dell'articolo in parola e soprattutto più congrua rispetto all'evoluzione che ha coinvolto la struttura organizzativa del Governo. Essa, pur sostenendo che gli organi "necessari" (Consiglio dei Ministri, Presidente del Consiglio dei ministri, Ministri) sono indispensabili per la formazione di qualsiasi Governo, non esclude a priori la presenza di organi diversi "non necessari", la cui ammissibilità è stata poi suffragata dall'intervento della legge n. 400/1988 che ha sostanzialmente riconosciuto e disciplinato gli organi non previsti dal Testo costituzionale, ma già presenti di fatto nell'ordinamento complessivamente inteso.[14]

In altri termini, gli organi non necessari non fanno parte del Governo strettamente inteso, ma dell'esecutivo nella sua accezione più ampia, avendo funzioni ausiliarie, sussidiarie od ulteriori rispetto a quelle attribuite agli organi necessari[15].

Tra questi istituti non necessari assume ancora oggi un interesse centrale nel dibattito costituzionale il ricorso ad organi quali i Comitati interministeriali, che, introdotti nel nostro sistema ordinamentale prima dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, hanno conosciuto alterne vicende, passando da una fase di ragguardevole incremento ad una di estrema riorganizzazione che ha acuito il problema di «compatibilità-opportunità delle loro attribuzioni riguardo a quelle riservate costituzionalmente agli organi di governo necessari»[16].

Tuttavia, prima di affrontare il ruolo dei Comitati interministeriali e verificare entro quali confini questi possono far parte della struttura del Governo, appare necessario ritornare sull'interpretazione dell'art. 92 Cost.[17] e ripercorrere, seppur sinteticamente, i principali passaggi in seno all'Assemblea Costituente riguardo al sistema organizzativo da attribuire all'organo Governo.

E' palese che uno dei principali problemi che si sollevò durante la discussione parlamentare fu la determinazione delle relazioni fra l'organo individuale Presidente del Consiglio dei ministri e l'organo collegiale Consiglio dei ministri. Nell'ambito di tale dibattito spiccarono due tesi opposte: la prima, tendente a riconoscere un ruolo preminente al Presidente del Consiglio, rafforzandone il suo compito di direzione della politica governativa e capace di portare a termine l'attuazione del programma

[13] Cfr. F. CUOCOLO, *Il Governo nel vigente ordinamento italiano*, Milano, 1959.

[14] Ex plurimis, S. LABRIOLA, *Il Governo della Repubblica. Organi e poteri. Commento alla legge 23 agosto 1988, n. 400*, Rimini, 1989, p. 37 ss.; G. PITRUZZELLA, *L'organizzazione amministrativa della Presidenza del Consiglio*, in *Foro it.*, V, 1989, p. 372; P. GIOCOLI NACCI, *Articolazioni interne del Governo. Gli organi non necessari*, Torino, 1995, p. 140 ss.

[15] G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, 1990, p. 405.

[16] Così, P.A. CAPOTOSTI, *Governo*, in *Enc. giur.*, XV, 1989, p. 7.

[17] Tra i molti, si vedano, almeno, G. PITRUZZELLA, *Art. 92, Art. 93*, cit., p. 1-236; A. D'ANDREA, *Art. 92*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. II, Torino, 2006, 1775-1793.

ISSN 2036-7821

approvato dal Parlamento[18]; l'altra, invece, a considerare principalmente il momento collegiale, riducendo la figura del Presidente a un semplice *primus inter pares*[19], in quanto egli dirige e coordina, ma non assume la veste di superiore gerarchico rispetto agli altri Ministri[20].

Le due tesi risentivano indubbiamente di una diversa impostazione del problema, essendo l'espressione anche di una differente sensibilità politica; così, mentre per il primo assunto bisognava individuare tutti quegli strumenti di razionalizzazione del parlamentarismo per rendere maggiormente funzionale ed efficiente l'attività governativa, poiché «si deve piuttosto temere di creare Governi inefficienti, perché ciò, specialmente in un Paese come il nostro, può favorire il sorgere di aspirazioni dittatoriali»[21]», per il secondo, si temeva che il potenziamento della figura del Primo ministro, scevro da ogni responsabilità di una politica collegiale di Governo, potesse in qualche modo creare degli "scompensi istituzionali" alla neonata democrazia italiana[22], nella quale ancora presente erano i fantasmi dell'appena terminata esperienza del regime fascista[23].

In altri termini, e prendendo a prestito le lucide osservazioni di Umberto Terracini «Il riconoscimento di una peculiare responsabilità del Presidente del Consiglio dei Ministri equivarrebbe ad autorizzarlo a condurre una politica di carattere personale, ossia a fare politica di un partito della coalizione, anziché quella della coalizione nel suo complesso»[24].

Dal lungo dibattito che ne seguì[25], il testo che fu approvato evidenziava una certa equivocità soprattutto in riferimento alla determinazione del ruolo e delle relative competenze dei singoli ministeri, che si rifletteva, in un più ampio discorso, sulle prospettive del rapporto tra primo ministro e ministri[26]. Equivocità, che fu solo

---

[18] E.TOSATO, *relazione Alla I sez. della II Sottocommissione per la Costituzione*, in *La nuova Costituzione italiana. Progetto e relazioni*, Roma, 1947, p. 176.

[19] V. V. LA ROCCA, intervento in *Ass. cost*., vol. IV, p. 3552. Per uno studio ed un'analisi più approfonditi della tesi in esame, F. CUOCOLO, *voce Consiglio dei Ministri*, in *Enc. Dir*., vol. IX, Milano, 1961, p. 242 ss.

[20] Si rinvia a, S. CASSESE, *Lo "staff" del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *AA.VV., Scritti in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, pp. 232-233.

[21] V. intervento E. VANONI, in *Ass. Cost*. ,vol. VIII, p. 1784.

[22] U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana,* Bologna, 1989, p. 436 ss. ; S. LABRIOLA, *Storia della Costituzione italiana*, ESI, Napoli,1995; L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2004.

[23] Cfr. intervento FUSCHINI, in *Ass. cost*., vol. VIII, p. 1781 ss.

[24] Cfr. Intervento U. TERRACINI, in *Ass. Cost*., vol. VIII, p. 1774.

[25] V. Commissione per studi attinenti alla organizzazione dello Stato. Relazione all'Assemblea costituente, Roma, 1946, I, pp. 27 ss., nonché G. MELIS, *Prima e dopo la Costituzione: il Governo debole*, in *Riv. trim. dir. pubbl*.. 2018, pp. 381 ss.

[26] E' utile ricordare che dopo alcuni tentennamenti, all'interno della II Sottocommissione, numerosi furono i deputati in favore dell'esplicita previsione di una responsabilità collegiale che accomunasse l'intero Gabinetto nella gestione della politica governativa, giacché « non si può non ammettere una responsabilità solidale di tutti i Ministri per gli atti di politica generale che siano il risultato di una deliberazione del Consiglio dei Ministri», ché diversamente « ogni Ministro sarebbe indotto a interessarsi soltanto dell'attività relativa al proprio Ministero,

ISSN 2036-7821

attenuata parzialmente dalla proposta dell'on. Perassi, approvata il 5 settembre 1946 e secondo cui «il Primo ministro e i Ministri sono collegialmente responsabili della politica generale del Governo e ciascuno di essi degli atti di sua competenza»[27].
La tenace contrapposizione di indirizzi che emerse durante la formulazione dell'art. 92 Cost., fu confermata anche durante i dibattiti nella II Sottocommissione in ordine alla "stesura" dell'art. 95 Cost. Tale disposizione, come è noto, conferisce al Presidente del Consiglio la funzione di dirigere la politica generale del Governo, nonché di mantenere l'unità di indirizzo politico ed amministrativo e di promuovere e coordinare l'attività dei ministri[28]. La genericità dell'art. 95, comma 1, tuttavia, rendeva complicato determinare effettivamente il ruolo del Presidente del Consiglio soprattutto in rapporto agli organi che costituiscono il Governo[29]; nello stesso tempo, prefigurava un organo non in grado di garantire un'omogenea gestione della politica generale[30].
Così, ci si rese ben presto conto, che nel trasferimento di potere accertatosi nel perimetro decisionale che portava alla delineazione della politica governativa, la grossa fetta di potere non toccava né al Presidente del Consiglio dei Ministri, né al Consiglio dei Ministri, ma spettava invece ai partiti politici che concorrevano alla costituzione di ogni nuova maggioranza governativa, e, per essi, ai loro organismi direttivi[31].
La storia della nostra repubblica parlamentare racconta, infatti, che sia durante la prima che la seconda repubblica, e indipendentemente dai sistemi elettorali che si sono nel frattempo succeduti, i partiti hanno concorso (e concorrono), mediante lo strumento dell'accordo di coalizione[32], alla determinazione della politica nazionale per «meglio conciliare la medesima importanza che riveste ciascun partito con la regola della maggioranza, imposta dall'esigenza di fare delle scelte, secondo un disegno coerente di fini»[33].

---

estraniandosi dalla politica generale del Governo. Occorre, invece, che ogni Ministro si senta parte di un'unità, sapendo di essere responsabile con tutti gli altri dell'azione politica svolta dal Governo».

[27] Cfr. intervento T. PERASSI, in *Ass.Cost.*, vol. VIII, p. 1776.

[28] Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1991, p. 560 ss.; cfr. anche G. RIZZA, *Il Presidente del Consiglio dei Ministri*, Napoli, 1970, pp. 123 ss.

[29] L. ELIA, *Governo (forme di)*, in Enc. Dir., 1973, p. 132 ss.

[30] Si v. L. ELIA, *Problemi costituzionali dell'amministrazione centrale*, Milano, 1966, nonché G. PITRUZZELLA, *Il Presidente del Consiglio dei Ministri e l'organizzazione del Governo*, Padova, 1986, pp. 171 ss.

[31] P. RESCIGNO, *Partiti politici, articolazioni interne dei partiti politici, diritto dello Stato,* in *Giur. cost.*, 1964, p. 1405 ss.

[32] Cfr., tra i tanti, L. ELIA, *voce Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970; P.A. CAPOTOSTI, *Accordi di governo e Presidente del Consiglio dei Ministri*, Milano, 1975; G. FERRARA, *Il Governo di coalizione*, Milano 1973.

[33] In tal senso, A. DE CRESCENZO, *Indirizzo politico. Una categoria tra complessità e trasformazione*, Napoli, 2020, p. 52.

ISSN 2036-7821

Anzi, non sembra essere così lontano dal vero sottolineare che, soprattutto con l'avvento dei sistemi elettorali maggioritari[34], il momento dell'approvazione consiliare del programma illustrato dal Primo ministro si è spesso ridotto quale mera ratifica dell'accordo approvato nelle segreterie dei partiti politici[35] (esempi emblematici sono la nascita recente dei Governi Conte 2 e Draghi) favorendo la tesi di chi, in tempi non sospetti, aveva parlato di una vera e propria immedesimazione fra accordo di coalizione e indirizzo politico[36].

Quanto detto non significa del tutto sminuire il momento solenne e formale dell'approvazione del Consiglio dei ministri del programma presentato dal Presidente del Consiglio, ma, sotto il profilo sostanziale, l'accordo di coalizione presenta indubbiamente tratti maggiormente flessibili del progetto governativo, in quanto si basa tanto sulla identificazione delle clausole di risoluzione del patto di coalizione medesimo[37], quanto sulla dislocazione degli incarichi di governo[38].

Allora per poter meglio comprendere la funzione di direzione della politica generale del Governo, e, specificatamente, i poteri del Presidente del Consiglio dei Ministri di cui all'art. 95 Cost., è necessario fare riferimento, oltre ad una interpretazione della stessa disposizione costituzionale, alla classificazione prevista dalla legge n. 400 del 1988 (e alle sue successive modificazioni). Quest'ultima ha avuto il merito di recepire (artt. 2 e 5) l'interpretazione dell'art. 95 Cost., fatta da una parte della dottrina secondo cui il momento "monocratico" e quello "collegiale" non debbano essere posti l'un contro l'altro[39], laddove all'organo collegiale è attribuita la funzione di fissare la politica generale e al primo ministro quella di dirigerla[40]. Specificatamente, si riteneva che «il principio collegiale si esprimesse attraverso la determinazione della politica generale da parte del Consiglio e quello monocratico con l'esercizio dei poteri del Presidente»[41].

---

[34] Fra i molti v. M. VOLPI, *Riforma elettorale e rappresentanza, in Costituzionalismo.it*, 1, 2012, p. 21; A. BARBERA, *La nuova legge elettorale e la «forma di governo» parlamentare*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2015, pp. 645 ss.

[35] Si rinvia A S. STAIANO, *La forma di governo nella Costituzione come norma e processo*, in F. MUSELLA (a cura di), *Il governo in Italia*, Bologna, 2019, pp. 30 ss.; in riferimento al governo Draghi, nei confronti del quale si assume una posizione critica circa la centralità assunta dalla "diarchia" composta da capo dello Stato e capo del governo. Si v. A. LUCARELLI, *Il modello dualista dei "presidenti": prodromi del cambiamento della forma di governo parlamentare, in Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online*, n. 1, 2021.

[36] P.A. CAPOTOSTI, *Accordi di governo e Presidente del Consiglio dei Ministri*, cit., p. 162 ss.; recentemente si cfr. anche, V. BALDINI, *Il contratto di governo: più che una figura nuova della giuspubblicistica italiana, un (semplice ...) accordo di coalizione*, in *Diritti fondamentali*, 1, 2019.

[37] Sul punto, G. FERRARA, *Il Governo di coalizione*, cit., p. 125 ss.

[38] P. CIARLO, *Art. 95*, in G. BRANCA (fondato da), A. PIZZORUSSO (continuato da), *Commentario della Costituzione,* Bologna-Roma, 1994, p. 344 ss.

[39] Cfr. anche Corte cost., sent., n. 7/1996, cit.

[40] E. CATELANI, *art. 95 Cost*., in *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 1845.

[41] E. CATELLANI, *Poteri e organizzazione del Governo nel contesto degli ordinamenti pluralistici contemporanei*, Pisa, 2017, p. 87 ss.

ISSN 2036-7821

C'è da aggiungere, però, che se quanto appena detto può sembrare prevedibile, laddove ricondotto al momento della formazione di un nuovo esecutivo, solleva alcune problematiche quando si considera che gli indirizzi della politica governativa non possano ritenersi individuati al momento della formazione del Governo, in modo che poi tutta l'attività governativa possa intendersi come una mera esecuzione degli stessi.
L'esperienza insegna, invece, che c'è sempre l'esigenza di proporre nuovi cambiamenti che rendano la piattaforma programmatica, anche se poi considerevolmente mutata rispetto all'origine, più adeguata ai nuovi bisogni che emergono dalla realtà politica e sociale in continua trasformazione.
Ne discende che la risoluzione di tale problematica non può ricercarsi nella scelta di attribuire al Consiglio dei ministri decisioni che spettano ai ministri, e, per ciò che interessa in questa sede, ai Comitati interministeriali, i quali svolgono specifiche competenze di indirizzo e di amministrazione previste in maniera dettagliata dalle loro leggi istitutive[42].

3. La disciplina del Governo dettata dalla legge n. 400 del 1988

La struttura organizzativa del Governo, delineata dagli artt. 92 e 95 Cost. che disciplinano i rapporti fra le diverse componenti del Governo, avendo quale obiettivo principale quello del «mantenimento dell'unità di indirizzo politico e amministrativo», ha trovato un fondamentale passaggio normativo "razionalizzatore" e "attuatore" nella legge organica n. 400 del 1988[43].
Fino all'emanazione della legge suindicata, infatti, il modello organizzativo dell'organo Governo si presentava alquanto disomogeneo. Alcuni uffici supportavano le funzioni del Presidente del Consiglio, altri erano posti alle dipendenze, in una "escalation gerarchica", dei ministri, alcuni alle strette dipendenze dei ministri senza portafoglio. Il nucleo centrale dell'organizzazione era costituito incongruamente dall'ufficio del gabinetto, suddiviso a sua volta nell'ufficio del capo di gabinetto, otto dipartimenti e sette uffici. Questa eterogeneità delle strutture organizzative era figlia dell'incertezza che regnava nella definizione delle funzioni assegnate agli organi dell'esecutivo, determinata dall'ambiguità nella prevalenza del principio monocratico piuttosto che di quello collegiale.[44]
La complessa situazione in cui ci si era impantanato, come è stato accennato, è stata normata dalla legge n. 400 del 1988, la quale non solo ha determinato con chiarezza la

[42] G., QUADRI *I Comitati di ministri*, Milano, 1997, passim.
[43] Cfr., per tutti, S. LABRIOLA, *Il Governo della Repubblica. Organi e poteri. Commento alla legge 23 agosto 1988, n. 400*, Rimini, 1989; A. MANZELLA, *Osservazioni sulla legge n. 400/1988 sulla Presidenza del Consiglio dei Ministri, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n. 1 - Seminari 1989-1990, Milano,1991, pp. 95-108.
[44] L. FIORENTINO, *La presidenza del Consiglio dei ministri: organizzazione e funzionamento*, in *Quadernos de Gobierno*, 18.09.2018, p. 133.

ISSN 2036-7821

distribuzione delle funzioni e dei poteri tra le diverse figure soggettive del governo, ma ha anche individuato il modello di organizzazione ritenuto funzionale al perseguimento di tali funzioni[45].

In questo quadro, si è attivata una trama di interrelazioni che «dal vertice dell'Esecutivo si ramifica negli ambiti d'attività dei Ministeri e perfino in quelli degli enti pubblici, dilagando verso le autonomie territoriali e risalendo fino all'ampia platea delle istituzioni europee».[46]

Partendo dal Consiglio dei Ministri, c'è da dire che la legge in esame ha riproposto in modo "dirompente" il *principio collegiale*[47], dettagliando minuziosamente le attribuzioni dell'organo collegiale e superando quell'ordine di pensiero che, in mancanza appunto di una legislazione attuativa del disposto costituzionale, limitava le attribuzioni a quelle direttamente garantite dalla Carta costituzionale, o, al massimo, desunte in via interpretativa[48].

L'impianto della norma, a cui si aggiunge il regolamento interno del Consiglio dei Ministri di cui al d.P.C.M. 10 novembre 1993 (e numerosi ordini di servizio di organizzazione delle strutture della Presidenza del Consiglio) e i decreti legislativi n. 303/1999 di riordinamento della Presidenza del Consiglio e n. 300/1999 di riorganizzazione delle strutture dell'amministrazione centrale (cioè dei ministeri), che hanno completato l'attuazione dell'art. 95 Cost, prevede la distinzione fra un nucleo riguardante l'attività normativa del Consiglio e uno inerente ai rapporti con altri soggetti o organi, quali le Regioni o i singoli ministri.

Nel primo ambito di competenze, l'art. 2 prevede l'approvazione consiliare degli schemi di decreti legge e di decreti delegati, nonché i regolamenti da emanare con decreto del Presidente della Repubblica, la votazione sui disegni di legge e le proposte di ritiro dei disegni di legge già presentati al Parlamento[49].

Nel secondo ambito, sono compresi gli atti di politica generale del Governo e dell'indirizzo politico fissato dal rapporto fiduciario con le Camere; gli atti che dirimono i conflitti di attribuzione tra i ministri; gli atti di indirizzo e di coordinamento dell' attività amministrativa delle regioni e, nel rispetto delle disposizioni statutarie, delle regioni a statuto speciale e delle provincie autonome di Trento e Bolzano[50]; gli atti di sua competenza previsti dall'articolo 127 della

---

[45] S. BARTOLE, *Governo italiano*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, 1991,p. 637; L. ARCIDIACONO, *Ordinamento ed organizzazione del governo. Relazione generale*, in AIC, Annuario 2001. Il Governo. Atti del XVI Convegno annuale (Palermo, 8-9-10 novembre 2001), Padova, 2002, p.31 ss.

[46] G. GUIGLIA, *La legge n. 400 del 1988: profili generali*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2019, p. 19.

[47] A. RUGGERI, *Il Consiglio dei Ministri nella Costituzione italiana*, cit., p. 25 ss.

[48] A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. Dir.*, Annali, VIII, Milano, 2015, p. 304.

[49] Ci riferiamo ai disegni di legge riguardanti il bilancio preventivo dello Stato, l'autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali, la determinazione dei criteri da perseguire nei riguardi dei disegni di legge d'iniziativa parlamentare.

[50] Corte cost., sent. n. 165/1994.

ISSN 2036-7821

Costituzione e dagli statuti regionali speciali in ordine alle leggi regionali e delle provincie autonome di Trento e Bolzano, salvo quanto stabilito dagli statuti speciali per la regione siciliana e per la regione Valle d'Aosta; le direttive da impartire tramite il commissario del Governo per l'esercizio delle funzioni amministrative delegate alle regioni che sono tenute ad osservarle; le proposte di sollevare conflitti di attribuzione o di resistere nei confronti degli altri poteri dello Stato, delle regioni e delle provincie autonome; le linee di indirizzo in tema di politica internazionale e comunitaria e i progetti dei trattati e degli accordi internazionali, comunque denominati, di natura politica o militare; gli atti concernenti i rapporti tra li Stato e la Chiesa cattolica di cui all'articolo 7 della Costituzione; gli atti concernenti i rapporti previsti dall'articolo 8 della Costituzione; le proposte motivate per lo scioglimento dei consigli regionali; le determinazioni concernenti l'annullamento straordinario a tutela dell' unità dell'ordinamento, degli atti amministrativi illegittimi, previo parere del Consiglio di Stato e, nei soli casi di annullamento di atti amministrativi delle regioni delle provincie autonome, anche della Commissione parlamentare per le questioni regionali.

Quanto invece ai poteri attribuiti al Presidente del Consiglio, si ritiene che la legge del 1988 si faccia promotrice di un'interpretazione più fluida della norma di cui al primo comma dell'art. 95 Cost., secondo cui «il Presidente del Consiglio dei ministri dirige la politica generale e ne è responsabile. Mantiene l'unità di indirizzo politico e amministrativo, promovendo e coordinando l'attività dei ministri».

Questo ha permesso di fare maggiormente chiarezza, almeno teoricamente parlando, sulle funzioni proprie attribuite al Presidente del Consiglio, contribuendo alla realizzazione di un modello in cui la presidenza costituisce finalmente un centro nevralgico di impulso, indirizzo e coordinamento dell'attività di governo[51].

In quest'ottica, la legge in esame ha cercato realmente di arginare il ministerialismo «stabilendo un asse privilegiato tra Consiglio dei ministri e Presidente del consiglio, in particolare potenziando la funzione di coordinamento spettante a quest'ultimo»[52]

Quest'ultimo, infatti, secondo quanto la normativa in esame dettagliatamente prevede, «coordina e promuove l'attività dei Ministri, in ordine agli atti che riguardano la politica generale del Governo» (art. 5, c. 2, lett. b); «promuove e

[51] E. DE MARCO, *Le funzioni amministrative del Presidente del Consiglio dei Ministri*, Padova, 1990, pp.73 ss. E' importante, inoltre, sottolineare che la legge n. 400, modificata dal d. lgs. n. 303 del 1999, ha concretamente potenziato la struttura amministrativa di supporto alla Presidenza del Consiglio. Si prevede, in effetti, che gli uffici in stretta collaborazione con il Primo ministro siano organizzati nel Segretariato generale della Presidenza del Consiglio, cui è deputato un Segretario generale nominato con d.P.C.M., designato a rilevarsi il più diretto collaboratore del Presidente del Consiglio. Quest'ultimo è incaricato di compiti di tipo politico-amministrativo, altrettanto rilevanti e numerosi di quelli puramente burocratici, che possono anche proiettarsi all'esterno della struttura, ma devono riferirsi a funzioni e competenze proprie del Premier.

[52] P. CIARLO, *La legge sulla presidenza del consiglio e l'evoluzione della forma di governo*, in *Foro it.*, V, 1989, p. 312.

ISSN 2036-7821

coordina l'azione del Governo relativa alle politiche comunitarie» (art. 5, c. 3, lett. a). E ancora, all'art. 5, c. 3, lett. b), si precisa che il Presidente del Consiglio «promuove e coordina l'azione del Governo per quanto attiene ai rapporti con le regioni...»[53].
Quanto concerne alle funzioni che egli esercita a nome della sua posizione istituzionale di primo ministro del Governo, l'articolo 5 della legge in esame, oltre a prevedere il potere di proposta dei Ministri e la controfirma degli atti d'iniziativa governativa aventi valore di legge, di cui peraltro rispettivamente agli artt. 92, comma 2° e 89 comma 2°, conferisce al primo ministro poteri di promozione e di coordinamento, nonché di stimolo e di impulso, che la legge in esame inquadra quali aspetti del più generale "potere di direzione" attribuito al Primo ministro.
L'attività di direzione del Presidente del Consiglio sul complesso delle attività poste in essere dai singoli ministri assume un forte significato nella legge 400/88, in quanto essa riguarda non solo l'attività che i ministri svolgono in qualità di componenti del Consiglio dei ministri e in quanto titolari dei rispettivi dicasteri, bensì, il complesso delle attività svolte nelle più svariati sedi (compreso i Comitati interministeriali).
Ne è testimonianza di quanto appena detto, la funzione affidata al Presidente del Consiglio (art. 5, co. 2, lett.d) di accordarsi con i ministri interessati le pubbliche dichiarazioni che essi intendono rendere ogniqualvolta possano impegnare la politica generale del Governo.
L'attività di direzione riconosciuta al primo ministro, esercitabile concretamente attraverso le direttive[54], rende quest'ultimo il garante dell'attuazione degli indirizzi programmatici[55], che si concretizza attraverso quelle iniziative che si rendono fondamentali ai fini del perseguimento dell'obiettivo dell'unità d'indirizzo[56].
In questo scenario, quindi, la legge n. 400 del 1988 (art. 2, lett. b), pur prevedendo che formalmente il primo ministro svolga in sostanza un ruolo di relatore delle deliberazioni assunte in seno al Consiglio che ha approvato e sottoposto alla ratifica parlamentare, non aderisce a un'interpretazione statica della norma costituzionale in esame. In effetti, il Presidente del Consiglio, dinnanzi a una piattaforma programmatica, che, pur nella sua complessità, rimane un progetto schematico che non ha ancora cessato di costituire oggetto di negoziazione, potrà sempre stimolare

[53] Tali competenze sono poi state ulteriormente dettagliate dall'art. 2, co.2, lett.c) d) e) del d.lg 303/1999.
[54] Il potere di emanare direttive, che attribuisce al Primo ministro la facoltà di precisare con atti formali le linee di comportamento da seguire per attuare l'indirizzo politico di governo, costituisce senza ombra di dubbio una delle più importanti novità della legge n. 400/88.
[55] La figura del Presidente del Consiglio si è rafforzata grazie anche all'evoluzione delle leggi elettorali in senso maggioritario e all'affermarsi del principio di separazione tra politica ed amministrazione. Proprio per quanto attiene alla progressiva affermazione del principio di separazione tra politica, la principale conseguenza è stato la creazione di un modello basato sulla separazione tra le funzioni di indirizzo e le funzioni gestionali. Ciò ha permesso alla Presidenza del Consiglio dei ministri di operare con maggiore determinazione per l'esercizio delle funzioni di indirizzo e coordinamento.
[56] Cfr. E. CHELI, V. SPAZIANTE, *Il Consiglio dei ministri e la sua presidenza: dal disegno alla prassi*, in S. RISTUCCIA (a cura di), *L'istituzione Governo. Analisi e prospettive*, Milano, 1977, pp. 41 ss.

ISSN 2036-7821

le proposte dei singoli ministri che si pongano in una fase preparatoria rispetto alle deliberazioni del Consiglio dei Ministri, pur sempre nel rispetto della piena autonomia ministeriale (comma 2, lett. c).
In via conclusiva, un rapido cenno sul ruolo dei Ministri, sia riguardo alla funzione di membro del Consiglio dei Ministri, sia a quella di soggetto preposto a ciascuna delle grandi branche in cui si riparte l'amministrazione centrale.
Per quanto riguarda la prima funzione, oltra all'attività preminentemente di natura istruttoria delle questioni che investono l'organo Consiglio nella sua collegialità, essi hanno la facoltà di eseguire le delibere consiliari inerenti alla loro sfera di competenza, di cui all'art. 89 Cost.
Ai Ministri sono riconosciute sia funzioni politico-costituzionali relative alla partecipazione all'elaborazione dell'indirizzo politico del Governo, sia funzioni amministrative rientranti nell'alta amministrazione o nell'indirizzo politico-amministrativo, intese come pertinenti alla direzione politica dell'attività amministrativa.
Quanto concerne, invece, al compito che i ministri svolgono in qualità di soggetti posto al vertice del ministero, c'è da sottolineare che la legge 400 del 1988 non ne fa nessun espresso riferimento, alla medesima stregua dell'art. 95, co. 2, Cost., il quale si limita a individuare un' ipotetica responsabilità (politica) dei Ministri "per gli atti dei loro dicasteri".
Responsabilità, d'altronde, da sempre difficilmente rilevabile atteso la presenza di un inadeguato meccanismo sanzionatorio qual è la sfiducia individuale, che, dal 1996, anno in cui la Corte costituzionale[57] la riconobbe conforme alla Costituzione, è stata votata dal Parlamento solo una volta[58].
Ciononostante, il fatto che essi siano posti a capo del dicastero fa sì che venga loro conferita la facoltà di prefigurare l'indirizzo generale dell'intera attività dell'apparato amministrativo da essi dipendente. Per azionare tale funzione, il ministro si avvale di un complesso apparato di uffici strutturato secondo moduli organizzatori indirizzati verso modelli più flessibili, quali la direzione e il coordinamento, senza che questo, di per sé, intacchi le competenze e il ruolo riconosciuti ai ministri[59], e tanto meno quell'autonomia ministeriale che ha assunto un'importanza sempre maggiore nella realtà politica e giuridica del Paese, dal momento che gli equilibri tra primo ministro e ministri sembrano ormai definiti da una flessibilità funzionale fondata su legami di forza politica e da altre circostanze politiche, qual è la coalizione più o meno ampia dei partiti che appoggiano il Governo.

[57] Corte cost., sent. n. 7/1996, cit.
[58] L. CARLASSARE, *Sfiducia individuale e revoca dei Ministri nel nuovo assetto politico italiano*, in *AA.VV., Scritti in onore di Serio Galeotti*, I, Milano, 1998, spec. pp.168 ss.
[59] P. CIRIELLO, *Ordinamento di Governo*, cit., p. 52.

ISSN 2036-7821

Del resto, il mutamento che si è prodotto nei delicati congegni della responsabilità politica[60] ha fatto sì che il punto di riferimento, almeno quello principale, si spostasse verso i partiti politici che rappresentano sempre più la *longa manus* attraverso la quale gli elettori esercitano la propria sovranità, risultando, perciò, quali i veri soggetti attivi di questo rapporto di responsabilità.
Essi sono diventati in pratica i veri protagonisti della coalizione elettorale parlamentare su cui il Governo trova la sua legittimazione.
Senonché, da referenti essenziali al funzionamento della democrazia, nel corso dei decenni, i partiti si sono trasformati in mere strutture elettoralistiche il cui unico scopo è stato quello di formulare un programma e predisporre le liste, sempre più bloccate, da presentare all'elettorato[61].
Ciò ha comportato una progressiva ingerenza delle coalizioni dei partiti che ha dato vita a figure di eccessivo e incontrollabile frazionismo ministeriale, da cui la felice definizione in tempi non sospetti di «Governo per ministeri»[62], e un corrispondente ridimensionamento del principio monocratico, sicché il Presidente del Consiglio dei Ministri ha negli ultimi decenni sempre maggiormente assunto il compito di mediatore tra le forze politiche di maggioranza, sforzandosi di garantire soprattutto una stabilità del quadro politico.
Quanto appena affermato spinge a considerare che il sostanziale equilibrio tra i principi organizzativi di cui supra non sia definito solo dal Testo costituzionale, ma sia caso per caso realizzato in modo diverso, tendo conto degli equilibri complessivi del sistema partitico, del grado di compattezza della maggioranza, e , in ultima analisi, anche del carisma del primo Ministro. Equilibri che, comunque, si sono sempre fondati su un multipartitismo poco coeso, che ha limitato o condizionato anche i poteri inequivocabilmente riconosciuti al premier ed al Consiglio dei Ministri[63].

4. Il ruolo dei Comitati interministeriali nel dibattito dottrinario

Si è precedentemente affermato che il carattere non tassativo del disposto costituzionale riguardo alla formazione del Governo permette che, a fianco agli organi "costituzionalmente necessari", si aggiungono altre strutture organizzative, tra le quali i Comitati interministeriali[64], la cui istituzione, soprattutto per il suo

[60] Per tutti, G.U. RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Milano, 1967.
[61] F. BARTOLOMEI, *Saggi di diritto pubblico*, Milano, 1994, p. 46.
[62] E. CHELI, V. SPAZIANTE, *Il Consiglio dei Ministri e la sua presidenza: dal disegno alla prassi*, cit., 1977, p. 49.
[63] In tal senso, S. TROILO, *La struttura del Governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2019, p. 8.
[64] La legge determina una differenza tra i Comitati di Ministri – che possono essere istituiti dal Premier «con il compito di esaminare in via preliminare questioni di comune competenza, di esprimere parere su direttive dell'attività del Governo e su problemi di rilevante importanza da sottoporre al Consiglio dei ministri, eventualmente avvalendosi anche di esperti non appartenenti alla pubblica amministrazione» (art. 5, c. 2, lett. h) – dai Comitati interministeriali, istituiti per legge e a cui sono anche conferiti poteri deliberativi.

ISSN 2036-7821

profilo funzionale rispetto all'attività di Governo, è stata decisamente sostenuta dalla prevalente dottrina[65].

Ricostruire, tuttavia, le fasi più rilevanti mediante le quali si è venuto a creare il modello dei Comitati interministeriali in Italia rappresenta un'azione non semplice per svariati motivi. In sintesi, la prima motivazione risiede nella frammentarietà che ha caratterizzato l'evolversi dell'istituto, atteso che il Governo ha fatto ricorso ai Comitati per fronteggiare generalmente necessità occasionali nei settori più disparati qual è quello dell'intervento statale nell'economia.

Il secondo è la scarsa pubblicizzazione delle loro attività che rende di difficile valutazione l'operato di questi organi nel sostenere l'attività governativa.

Terzo e ultimo di motivazione, come autorevole dottrina[66] ha sottolineato, sono le connessioni e i risvolti altamente politicizzati che hanno accompagnato la fase dell'istituzione dei Comitati, a tal punto che si è assistito ad un loro uso largamente distorto.

Alla luce di questa impostazione, sono state enunciate svariate ricostruzioni da parte della dottrina unite da un unico comune denominatore: quello di negare o ridimensionare decisamente la partecipazione dei Comitati interministeriali all'attività di indirizzo politico.

Una delle prime ricostruzioni teoriche[67] è quella che ha prospettato i Comitati interministeriali quali organi collegiali dotati di una responsabilità politica che si collocherebbe fra quella del Consiglio dei Ministri e quella dei singoli Ministri. Tale tesi, tuttavia, si scontra con il dettato costituzionale, di cui all'art. 95 Cost., che non prevede l'esistenza di organi intermedi fra il Consiglio dei Ministri e i Ministri.

Una seconda tesi ha cercato di definire i Comitati interministeriali come un «organo di rappresentatività»[68], piuttosto come un collegio di cui i Ministri facciano parte nella loro qualità di organi costituzionali, ovvero di soggetti investiti di potere politico-amministrativo e titolari dei rispettivi dicasteri. Tale ricostruzione è stata formulata con specifico riferimento al Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio (C.I.C.R.), nel quale i singoli ministri collaborerebbero quali meri «organi amministrativi» altamente qualificati della propria amministrazione[69].

Successivamente, le ricostruzioni che si sono succedute hanno cercato di superare principalmente i problemi di costituzionalità che i Comitati interministeriali sollevavano[70].

---

[65] C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 561; cfr. anche Corte cost., ord.. n. 4 /1964.

[66] Su tutti, S. CASSESE, *L' amministrazione dello Stato*, 1976, Milano, p. 27.

[67] F. MAZZIOTTI, *Il diritto al Lavoro*, Milano, 1956, p. 363.

[68] M.S. GIANNINI, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, 1949, ora in ID., Scritti, III, Milano, 2003, 59 ss.

[69] V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, cit., p. 131; F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1977, p. 95 ss.; cfr. anche Corte cost., sent. n. 250/1995.

[70] V. BACHELET, *Comitati interministeriali*, in *Enc. Dir*, VII, 1960, p. 771.

ISSN 2036-7821

In base ad una singolare tesi, i Comitati interministeriali assumerebbero la figura di veri Comitati di Ministri, cui i Ministri partecipano in quanto tali.

Si andrebbe a costituire un modello in cui il concerto tra ministri sarebbe "istituzionalizzato" in modo che all'interno dei Comitati non vi fosse altro che «una somma di competenze parziali, le quali vengono composte anziché col macchinoso tradizionale meccanismo del "concerto", con la istituzionalizzazione del concorso delle diverse volontà»[71].

Un'altra corrente dottrinale[72], invece, propone la tesi secondo la quale i Comitati interministeriali dovrebbero essere qualificati quali "Comitati di ministri" capaci di svolgere funzioni rientranti nell'alveo dell'indirizzo politico governativo, come dovrebbero fare individualmente i singoli Ministri che lo compongono. Ne consegue che per quanto attiene al profilo della responsabilità, lo status giuridico dei ministri rimarrebbe quello di organo individuale e quindi, anche se singolarmente responsabili del proprio operato, investirebbe la responsabilità politica del Governo di cui sono componenti.

In altri termini, poiché non è in discussione che Consiglio dei Ministri e Comitati interministeriali debbano operare nell'ambito di una medesima piattaforma d'indirizzo politico, sarebbe meramente ipotetico che una censura rivolta a un Comitato non si estendesse automaticamente all'intera compagina governativa[73].

Infine, e diversamente argomentando, c'è chi ha considerato i Comitati come «*interna corporis* del Consiglio dei Ministri», nella misura di come sono le Commissioni parlamentari per le camere di appartenenza. Per tale tesi i Comitati adotterebbero delle delibere che corrisponderebbero alle delibere del Consiglio adottate nel suo consesso e, quindi, tra Consiglio e Comitati si instaurerebbe in buona sostanza una ripartizione di competenza. Gli atti dei Comitati, in fondo come avviene per le Commissioni parlamentari, sarebbero imputabili all'intero Consiglio, e tali Comitati potrebbero essere sostituiti o rimettere al plenum dell'organo consiliare la decisione su di una questione[74].

Come è facilmente riscontrabile, la questione comune che si rileva nelle diverse ricostruzioni teoriche appena enunciate è quella della generale assunzione di responsabilità da parte del Consiglio dei Ministri rispetto all'attività dei Comitati in parola, laddove, invece, sarebbe auspicabile che a tale assunzione facesse riscontro un'azione realmente più unitaria ed omogenea del Governo, una maggiore precisione e accuratezza nella stesura di quelle linee di indirizzo politico che le componenti del Governo sono poi chiamate ad attuare.

---

[71] Ibidem, p. 771.

[72] G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1976, p. 309; A. MATTIONI, *Comitati interministeriali*, in Enc. giur., VI, 1998, p. 4.

[73] P. CIRIELLO, *Ordinamento di Governo e Comitati interministeriali*, cit., p. 61.

[74] G. GUARINO, *L'organizzazione del Governo e i comitati interministeriali*, Roma, 1954.

ISSN 2036-7821

5. I complessi rapporti tra i Comitati interministeriali e gli organi necessari del Governo

Calando ulteriormente l'analisi relativa ai rapporti che si istaurano tra i Comitati interministeriali e l'organo Governo complessivamente inteso, appare plausibile che il primo termine di raffronto vada fatto con l'organo più rilevante della struttura Governo, ossia il Consiglio dei Ministri[75].

E in effetti, vuoi per la presenza di coalizioni in seno al Consiglio eccessivamente eterogenee[76], vuoi per l'alto numero di membri costituenti l'organo, vuoi ancora per la presenza, soprattutto nelle ultime esperienze politiche, di svariati membri tecnici, la presenza di centri decisionali specializzati, quali i Comitati interministeriali in seno al Consiglio dei Ministri, inducono ad alcune riflessioni circa l'effettiva interferenza delle attività di questi soggetti con le attribuzioni proprie dell'organo costituzionale[77].

Del resto, se la dottrina[78] è quasi unanime nell' individuare il Consiglio dei Ministri quale l'organo cui è attribuito in sostanza l'indirizzo politico-amministrativo, di cui all'art. 2 della legge n. 400 del 1988, riguardo alla "politica generale del Governo", di cui all'art. 95 Cost., essa, invece, è largamente divisa se attribuire o no al Consiglio la competenza esclusiva.

C'è da dire , però, che tali considerazioni, se da una parte hanno consentito di arricchire il dibattito riguardante i Comitati interministeriali (ci si è interrogati, per esempio, quale fosse il loro effettivo ruolo riguardo alla partecipazione all'indirizzo politico del Governo; se le attività svolte in seno al Governo assumessero natura politica o meramente amministrativa, e ancora, se i ministri membri dei Comitati interministeriali fossero in veste di organi amministrativi o di rango costituzionale)[79], dall'altra, rischiano di far perdere di vista il tratto caratterizzante dell'esperienza dei Comitati interministeriali, che è proprio quello di operare nel senso di un decentramento dell'attività governativa e di un coordinamento essenzialmente politico dell'attività ministeriale, con un'azione che si pone, in larga parte, ad un livello di repentina attuazione dell'indirizzo deliberato dal Consiglio dei ministri.

Come è stato autorevolmente affermato, non è pensabile che tale potere «si spinga fino al punto di consentire ad un organo costituzionale (il Governo-Consiglio) di spogliare praticamente sé stesso, trasferendo addirittura la propria anima politica ad altri»[80].

---

[75] Cfr. P. BARILE, *Consiglio dei Ministri*, in *Enc. giur.*, VIII, 1991, p. 4 ss.

[76] D. CODUTI, *I Comitati interministeriali tra affermazione e crisi del "Governo maggioritario"*, Napoli, 2012.

[77] G., QUADRI *I Comitati di ministri*, cit., p. 29.

[78] Cfr. P. BARILE, *Consiglio dei Ministri*, cit., p. 3 ss.; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961, pp. 149 ss.; G. CUOMO, *Unità e omogeneità nel governo parlamentare*, Napoli, 1957, 42; F. CUOCOLO, *Consiglio dei Ministri*, cit., 243; L. PALADIN, *Governo italiano*, cit., pp.700 s.; A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, cit., p. 494.

[79] Corte cost., ord.n. 64/1959.

[80] A. RUGGERI, *Il Consiglio dei Ministri nella Costituzione italiana*, cit., p. 226.

ISSN 2036-7821

Non sembra, quindi, affatto peregrino affermare che i Comitati in esame non possono concorrere alla determinazione dell'indirizzo politico governativo e tale impostazione sembra trovare conferma nell'art. 6 della legge n. 400/88 quando si afferma che i «Comitati di ministri e interministeriali istituiti per legge debbono tempestivamente comunicare al Presidente del Consiglio dei ministri l'ordine del giorno delle riunioni. Il Presidente del Consiglio dei ministri può deferire singole questioni al Consiglio dei ministri, perché stabilisca le direttive alle quali i Comitati debbono attenersi, nell'ambito delle norme vigenti».

Quel che interessa sottolineare è che costituisce circostanza troppo nota che qualsiasi ragionamento che porti a considerare il ruolo dei Comitati interministeriali nei rapporti con il Consiglio dei ministri nell'espletamento non solo di compiti di amministrazione attiva[81], porti, oltre a uno stravolgimento dei corretti meccanismi di riorganizzazione del Governo, anche ad una forzatura di quel modello di organizzazione del Governo voluto dai padri costituenti,, riconducibile alla formula del «Governo in Consiglio dei ministri»[82].

Basti ricordare come il C.I.P.E., tra i Comitati interministeriali istituiti con legge, non sia mai riuscito a porsi quale reale centro di direzione della politica economica governativa[83].

Nonostante, infatti, la rilevanza delle prerogative attribuitegli in tema di programmazione, il Comitato non ha mai assunto uno specifico rilievo politico, come dimostra il fatto che la maggior parte dei provvedimenti emanati hanno contenuti puntuali e concreti, anziché di portata generale.

Continuando nella nostra analisi, perplessità si rilevano riguardo anche ai rapporti intercorrenti tra i Comitati interministeriali e il Presidente del Consiglio dei ministri, la cui posizione è andata comunque rafforzandosi a seguito delle numerose riforme che hanno interessato sia il versante politico (spiccano soprattutto le riforme elettorali in senso maggioritario), sia quello strettamente organizzativo della struttura Governo che hanno inciso sulle attribuzioni del Presidente del Consiglio[84].

Sorvolando su tutte quelle funzioni che hanno un carattere meramente preparatorio o esecutivo delle competenze governative, l'attenzione si concentra su quelle funzioni che deliberano atti che hanno una rilevanza esterna alla struttura amministrativa e che secondo autorevole dottrina permetterebbero al Premier «di espandere la propria sfera di influenza su settori che altrimenti, vuoi per la loro

[81] Per tutti, M.S. GIANNINI, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, 1949, pp. 105 ss., ora in ID., Scritti, III, Milano, 2003, pp. 59 ss.

[82] S. CASSESE, *Burocrazia ed economia pubblica*, Bologna, 1978, pp. 15 ss.

[83] Come rileva, E. PICOZZA, *Profili giuridici del Comitato interministeriale per la programmazione economica (C.I.P.E.) con particolare riferimento all' attività*, in *Giur. cost.*, I, 1976, pp. 287 ss.

[84] D.lgs. 30 luglio 1999, n. 303.

ISSN 2036-7821

natura specifica, vuoi per la complessità dei problemi che sollevano, finirebbero per sfuggire al suo controllo»[85].

Ora, se sul piano funzionale è indubbio che l'attività dei Comitati interministeriali abbia corrisposto ad esigenze largamente avvertite fra gli studiosi, quali la necessità di ridurre la mole di lavoro gravante sul Consiglio dei Ministri[86], ovvero, di garantire un coordinamento fra i vari centri dicasteriali presenti in seno al Governo, c'è da aggiungere che la eccessiva proliferazione dei collegi in parola ha operato in concreto come elemento di disfunzionalità del sistema, in quanto l'esperienza insegna che la sottrazione di competenze al Consiglio dei Ministri ha favorito spesso i rappresentanti dell'alta burocrazia o quelli di interessi particolari, piuttosto il Governo (Premier o singoli Ministri), innescando così un fenomeno che potrebbe minare la responsabilizzazione delle sedi istituzionali[87].

Problemi, infine, di carattere non solo costituzionale, ma anche di natura politica, si rilevano anche riguardo ai rapporti tra i singoli dicasteri e i comitati oggetto di studio. In effetti, la circostanza che solo ad alcuni ministri sia riconosciuta la legittimazione a partecipare ai Comitati interministeriali, appare lesivo di uno di quei principi posti a fondamento della nostra forma di governo, qual è quello della "parità" fra ministri[88].

D'altra parte, quanto detto certamente intercetta una concreta linea di tendenza del nostro sistema di governo atteso che la partecipazione pressoché costante di alcuni ministri (si pensi a quelli "finanziari) ai vari organismi interministeriali attribuisce, sotto il profilo sostanziale, una loro certa preminenza nei confronti degli altri dicasteri, tale che si giunti a denominarli "Superministri"[89].

Ora, se si muove dalla configurazione dei ministri *uti singuli* quali organi costituzionali e dal conseguente necessario rapporto di equiordinazione che deve ritenersi sussistente fra di essi sotto il profilo giuridico, non sembra incongruo sostenere che anche l'attribuzione ad un singolo Ministro di un particolare potere di coordinamento nei confronti di altri ministri potrebbe suscitare dubbi di legittimità costituzionale, dal momento che tutti i ministri esercitano, nell'ambito delle loro rispettive competenze, funzioni sovrane.

Il modulo paritario fra ministri evidenzia, invece, possibili segni di cedimento nell'ipotesi che il problema vada inquadrato secondo una diversa prospettiva che tenga conto anche di fattori di natura politica, a tal punto che autorevole dottrina si è spinta a sostenere che tra i ministri possa esservi concretamente «una diversa

[85] G. QUADRI, *I Comitati di ministri*, cit. p. 336.
[86] Corte cost., sent. n. 258/2021.
[87] In tal senso, L. ELIA, *Primo ministro (diritto comparato)*, in *Noviss. digesto.it.*, Torino, 1966, p. 865.
[88] F. CUOCOLO, *Consiglio dei Ministri*, cit., 1961, p. 237.
[89] V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, cit., p.14 ss.

ISSN 2036-7821

gradazione di dignità formale (quale si rispecchi, ad esempio, nell'ordine delle precedenze) o di forza politica».[90]

La discussione, come può essere facilmente intuibile, si concentra sul diverso peso politico dei singoli ministri che ne ha enormemente estese le loro potestà decisionali e, conseguentemente, la loro medesima influenza sugli altri ministeri.

E' proprio il caso degli ultimi governi di coalizione che si sono rapidamente succeduti negli ultimi anni, che hanno avuto in comune la capacità di far nascere vere e proprie delegazioni di Governo, con il conferimento al Ministro che ricopre la carica più importante del partito di maggioranza governativa di capo della delegazione stessa.

Ma se la partecipazione ai Comitati interministeriali da parte di alcuni ministri, che indubbiamente consolida il loro ruolo politico in danno degli esclusi, è assolutamente valida in linea di principio, alcune perplessità si rilevano quando questi organi si rapportano al reale ruolo svolto dai Comitati interministeriali, che, come è noto, è stato oggetto di continui ridimensionamenti dovuti a una serie di cause, che vanno, in estrema sintesi, dall'attribuzione di molte competenze all'Unione europea, all'affidamento alle Autorità amministrative indipendenti[91] dell'intervento pubblico nell'economia.

Dipiù, va segnalato, su di un piano più generale, che non può essere trascurata la considerazione che la partecipazione di alcuni ministri ai comitati potrebbe sollevare nuove questioni riguardo alla loro autonomia nella direzione dei rispettivi apparai burocratici cui sono preposti[92]. In effetti, sul presupposto di recuperare quella collegialità dell'azione di governo, il sistema dei comitati ha operato per il differimento della titolarità di certe competenze dal Ministro di settore ad un collegio di cui fanno parte altri ministri, con la possibilità di rendere questi ultimi partecipi del disbrigo dei suoi affari.

A tal proposito, basti semplicemente rilevare che «un Ministro non dovrebbe essere legalmente vincolato nella sua azione dalle decisioni di altri ministri, anche se vi prende parte»[93].

In altri termini, ci sembra che in queste specifiche circostanze i rapporti tra i ministri abbiano natura preminentemente politica, non assumendo nessun rilievo cogente, tantomeno normativo, tale da obbligare il Ministro a conformarsi.

D'altra parte, pur se l'entità e la complessità delle questioni che deve affrontare l'esecutivo continuano a favorire la presenza di sedi specializzate diverse dal

---

[90] E. CHELI, *Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale (appunti per una definizione)*, in *Arch. Giur.*, 1965, p. 73.

[91] Mi sia consentito, F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Milano, 2020.

[92] G. MOBILIO, *CIPE e Costituzione*, cit., p. 241.

[93] G. TREVES, *Comitato interministeriale*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1959, p. 596.

ISSN 2036-7821

Gabinetto, come testimonia la prassi, anche recente, che ha conosciuto l'istituzione di numerosi nuovi organismi[94], le elaborazioni teoriche più riconosciute rilevano che si è assistito negli ultimi anni a una sorta di "indebolimento" dei Comitati interministeriali, sia riguardo ai rapporti con gli organi necessari del Governo, sia riguardo alle funzioni esercitate.

Allora ci sembra opportuno sottolineare che, per evitare il concreto rischio che il moltiplicarsi di questi organismi possa creare più entropia che contatto effettivo, le prospettive dei Comitati interministeriali dovrebbero essere sempre più connesse alle decisioni che in futuro si prenderanno in ordine alla organizzazione dei ministeri, precisando, a nostro avviso, che se si dovesse prefigurare la scelta di un sostanziale accorpamento dei ministeri, il futuro dei Comitati molto probabilmente sarebbe sostanzialmente compromesso. Laddove, invece, la scelta ricadesse su l'inizio di una fase di riorganizzazione interna dei vari dicasteri, si potrebbe prospettare una fase di rilancio dei Comitati interministeriali, a patto che si privilegiassero le loro funzioni di mero coordinamento e che si mettesse mano a un regolamento che sul piano organizzativo li ponesse in stretto collegamento con la presidenza del Consiglio.

6. Riflessioni finali

Dalle pagine precedenti si evince che la struttura organizzativa del Governo costituisce uno degli argomenti più analizzati e dibattuti dalla dottrina giuspubblicistica, considerato che questo organo costituzionale ha sempre poco

[94] In effetti, il Governo da poco in carica, varando il decreto legge n. 173 del 5 novembre 2022 nell'ottica di un riordino ministeriale, ha istituito nuovi Comitati interministeriali, quale quello per il ***made in Italy*** nel mondo, la Struttura di supporto e tutela dei diritti delle imprese, il Comitato per le politiche del mare principali Comitati interministeriali che si aggiungono a quelli già istituiti quali il CIPE (Comitato interministeriale per la programmazione economica, istituito con l. n. 48/1967 ed attualmente composto da 6 Ministri più il Premier), il CICR (Comitato interministeriale per il credito e il risparmio, ricostituito dal d.lgs.C.P.S. n. 691/1947 sulla falsariga di un precedente organo creato nel 1936 e formato da 5 Ministri più il Governatore della Banca d'Italia, senza diritto di voto), il CISR (Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica, creato dalla l. n. 124/2007 in sostituzione del precedente CIIS e composto dal Presidente del Consiglio o da un suo delegato e da 6 Ministri), il CIAE (Comitato interministeriale per gli affari europei, previsto dalla l. n. 234/2012 in sostituzione del precedente CIACE ed a cui partecipano il Premier e 9 Ministri), il CICS (Comitato interministeriale per la cooperazione allo sviluppo, istituito dalla l. n. 49/1987, ma successivamente soppresso e ricostituito dalla l. n. 125/2014, composto dal Presidente del Consiglio, da ben 11 Ministri e dal Vice-ministro degli Esteri e della Cooperazione internazionale), il COMINT (Comitato interministeriale per le politiche relative allo spazio e all'aerospazio, appena istituito dalla l. n. 7/2018, cui partecipano il Premier e ben 12 Ministri, più il Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni). Ma a questi si aggiungono altri organismi, come il Comitato interministeriale per la revisione della spesa pubblica, introdotto dal d.l. n. 52/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 94/2012, il Comitato interministeriale per la prevenzione e il contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, di cui alla l. n. 190/2012, il CIPRIE (Comitato interministeriale per la prevenzione e la riduzione dell'inquinamento elettromagnetico), istituito dalla l. n. 36/2001, il Comitato interministeriale per le politiche di semplificazione e di qualità della regolazione di cui al d.l. n. 4/2006, convertito con modificazioni dalla l. n. 80/2006, il CIPU (Comitato interministeriale per le politiche urbane), istituito dal d.l. n. 83/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 134/2012.

ISSN 2036-7821

tollerato una precisa codificazione che ne arrestasse i naturali processi evolutivi, influendo negativamente sulla sua funzionalità.
In effetti, in presenza di una Costituzione rigida come quella vigente, la quale, non solo dispone che "Il Governo della Repubblica è composto del Presidente del Consiglio e dei Ministri, che costituiscono insieme il Consiglio dei Ministri", di cui all'art. 92, comma 1, ma sancisce anche che per l'organizzazione dei pubblici uffici e per la determinazione del numero, delle attribuzioni e dell'organizzazione dei Ministeri è prevista una riserva di legge, di cui agli artt. 95, comma 3 e 97, comma 1, la questione si presenta estremamente complessa per l'introduzione nell'orbita del Governo di organismi tra i quali i Vicepresidenti del Consiglio, i ministri senza portafoglio, i sottosegretari di Stato, e appunto i Comitati interministeriali, la cui presenza non trova fondamento in nessuna specifica previsione costituzionale.
Ora, pur nel rispetto di quei principi cui il Costituente ha inteso ispirare la struttura e l'attività del Governo, appare, a seguito delle profonde novità che il modello Governo ha conosciuto nel corso dei decenni, lineare quella lettura interpretativa che prevede l'integrazione della struttura Governo di organismi diversi da quelli espressamente previsti dal Testo costituzionale.
D'altro canto, il Governo, trovandosi ad approvare nella maggior parte delle sedute una tale quantità di provvedimenti da non potersi razionalmente pensare che l'adozione di ciascuno di essi sia accompagnata dalla necessaria ponderazione e dagli opportuni approfondimenti, ha certamente bisogno di un supporto da parte di strutture serventi all'attività consiliare.
Sotto questo profilo, l'utilizzo dei Comitati interministeriali ha indubbiamente rappresentato un passaggio importante per il conseguimento di un maggior grado di specializzazione, di articolazione e di coordinamento della politica governativa, ma si è dell'idea che tutto ciò debba avvenire a determinate condizioni: essi non devono compromettere le competenze che sono attribuite agli organi necessari di cui all'art. 92 Cost., ma devono, invece, supportarle mediante un'attività che non può essere politica, ma di amministrazione attiva, dove spicca il ruolo di "collettore" nel quale «trovano un punto di confluenza intenti e programmi che prima si ignoravano[95].
A ragionare diversamente, i comitati in parola, oltre a non costituire una valida risposta sul piano organizzativo ai mutamenti che investono la politica generale del Governo, rischiano di ledere i principi fondamentali che disciplinano il nostro modello di Governo, quali la responsabilità ministeriale e il controllo delle due camere parlamentari.
E infatti, soprattutto riguardo alla responsabilità dei ministri, la scelta di favorire un sistema di Comitati "a cascata" ha finito di sollevare molti dubbi di costituzionalità,

[95] Così. A. BRANCASI, *Il finanziamento degli enti territoriali, in* D. SORACE, *(a cura di), I Comitati interministeriali economici. Da organi di indirizzo ad organi di amministrazione attiva,* Bologna, 1991, pp. 61.

ISSN 2036-7821

dal momento che siffatto modello è sembrato un presupposto «per nascondere la responsabilità dell'uno dietro a quella dell'altro, secondo schemi ormai collaudati».[96]
E' chiaro, sulla base delle considerazioni sopra esposte e nell'ambito di una prospettiva di carattere generale, che il ruolo dei Comitati interministeriali in futuro è strettamente subordinato ad un più generale disegno riformatore che investa, non solo la struttura del Governo in senso stretto, ma tutta la Pubblica amministrazione.
Sono, infatti, troppo i casi di nuovi Comitati (si pensi al CIPES) di cui difficile è ancora oggi individuare l'effettivo ruolo che essi svolgono nei confronti dell'esecutivo.
In conclusione, se dall'indagine sin qui condotta ne discende che non è assolutamente in discussione la presenza, accanto agli organi di governo c.d. necessari, dei Comitati interministeriali, dato il carattere non tassativo della disposizione costituzionale relativa alla composizione mutevole ed elastica del Governo, problemi si rilevano sul piano funzionale dei Comitati in parola, i quali, non essendo riusciti a garantire un coordinamento fra i vari ministeri presenti in seno al Governo, hanno senza dubbio creato delle disfunzionalità nel sistema amministrativo-politico del paese.
D'altro canto, dietro l'apparenza che il sistema dei nostri apparati di governo e amministrativi, nonostante alcuni limiti, in fondo regga e goda di "buona salute", si annidano profonde carenze sul piano del funzionamento accentuate recentemente dalla crisi pandemica e dalla sfavorevole congiuntura economica.
Ciò induce a ritenere che mai come oggi assuma estrema importanza la riorganizzazione del ruolo del Governo e della Pubblica amministrazione, ponendosi come principale obiettivo costituente per le forze politiche.

[96] P. CIRIELLO, *Ordinamento di Governo e comitati interministeriali,* cit, p. 3.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il BIM come strumento di semplificazione ed efficienza nell'*e-procurement*

di Bianca Nicla Romano

(Ricercatrice a tempo determinato di diritto amministrativo presso l'Università Parthenope di Napoli)

Sommario

1. Premessa metodologica e delimitazione del campo di indagine. 2. Digitalizzazione e *project management.* 3. Il BIM come metodologia digitale nell'ambito dei contratti pubblici: vantaggi e potenzialità. 4. Definizione, descrizione ed origine del BIM. 4.1. Profili normativi e disciplina all'interno del Codice dei Contratti. 4.2. Il Decreto Baratono (D.M. n. 560 del 2017). 4.3. Criticità ed aspettative rispetto alla disciplina del 2017. 5. Il "Nuovo Decreto BIM" (D.M. n. 312 del 2021) supera le criticità? 6. Le nuove prospettive in tema di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici *post* crisi pandemica: il D.P.C.M. n. 148 del 2021. 7. Alcuni riferimenti giurisprudenziali. 8. Considerazioni conclusive

Abstract

Through the analysis of BIM (Building Information Modeling) - digital methodology to facilitate and simplify the implementation and management of public works by public administrations - the contribution reconstructs the discipline and the concrete operational implications also in the light of recent legislative interventions, in order to verify if its state of implementation in our system allows the expected results of greater simplification and administrative efficiency specifically under the e-procurement.

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa metodologica e delimitazione del campo di indagine.

Gli strumenti della tecnologia digitale, che si sono "imposti" nel nostro Paese in particolare nell'ultimo decennio, sono ormai applicati a tutti i campi dell'agire amministrativo[1] e, dunque, (per quanto interessa in questa sede) anche a quello del *public management*.

La Pubblica Amministrazione riveste un ruolo fondamentale sia nella implementazione che nell'utilizzo di tali strumenti, grazie ai quali dovrebbe essere semplificato e reso più efficiente il perseguimento dell'obiettivo cui essa - conseguendo maggiori o minori risultati[2] - tende da sempre, e cioè quello della soddisfazione dell'interesse pubblico, per il quale è fondamentale un'azione efficiente perché «*quanto maggiore è il livello di efficienza della sua amministrazione, tanto maggiore è il livello di civiltà di un paese*»[3].

Per la verità, pur essendo stata, l'efficienza[4], individuata come la caratteristica che l'azione amministrativa deve possedere per assolvere nel modo migliore ai suoi scopi, non è stato fin da subito chiaro quali fossero i fini cui essa dovesse tendere ed in che modo questi ultimi dovessero essere assolti, sebbene sia apparso evidente che la si dovesse porre a confronto, dal punto di vista dogmatico, col dato costituzionale contenuto nel comma 2 dell'art. 97 Cost. che, quando indica il buon andamento come principio dell'azione e dell'organizzazione amministrative, sembra fare riferimento proprio all'efficienza della Pubblica Amministrazione[5].

---

[1] Gli spazi di applicazione della tecnologia digitale non attengono solo al campo della comunicazione; come evidenziato in dottrina, infatti, essi si estendono ad ampio spettro, spaziando sia in ambito privato – dal settore manifatturiero a quello dei servizi bancari – sia, ovviamente, in ambito pubblico, del quale «*abbraccia una pluralità di contesti, dal processo penale, alla sanità, dall'istruzione, ai beni culturali, all'urbanistica*». Cfr. M. C. CAVALLARO, *Sviluppo urbano e nuove tecnologie. il ruolo della pubblica amministrazione,* su *amministrativ@mente,* Riv. Scientifica trimestrale di diritto amministrativo, 4/2020, 421-430.

[2] Ad esempio, risalendo ad epoche molto antiche, nonostante le scarne notizie a disposizione, pare che i Romani, nel più antico periodo repubblicano, avessero una eccellente organizzazione amministrativa (testimoniata dalla ottima organizzazione militare che consentiva loro di sostenere lunghe campagne in ogni stagione dell'anno) che raggiunse dei livelli molto elevati in epoca imperiale (durante la quale erano particolarmente efficienti i servizi marittimi, quelli postali, le terme, l'istruzione ed anche l'annona), salvo ridimensionarsi notevolmente nei secoli successivi, tanto che una organizzazione così efficiente ha potuto essere raggiunta nuovamente solo nel XVIII secolo. Cfr.M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo,* volume I, Milano, Giuffrè Editore, 1988, *passim*.

[3] M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo,* cit. 37.

[4] Sul tema della efficienza amministrativa la dottrina è amplissima. A titolo esemplificativo, si rinvia a: L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza,* Torino, Giappichelli, 2003; C. CACCIAVILLANI, *Sull'azione per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici,* in Riv. web *Giustamm*, 2011; A. BONOMO, *Inefficienza della Pubblica Amministrazione e nuove tutele del cittadino*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Bari, 2012; R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini, 2016; Id., *La giuridificazione del canone dell'efficienza della pubblica amministrazione,* in B. MARCHETTI, M. RENNA, *Studi per i 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana,* vol. III, Firenze, 2016.

[5] Tale norma, infatti, recita «*I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*». Si veda, *ex multis,* P. CALANDRA, *Efficienza e buon*

ISSN 2036-7821

Inizialmente, dunque, nel tentativo di individuare una definizione precisa di tale principio -relativamente al quale si rilevava un vuoto legislativo[6] - si è fatto ricorso a canoni non giuridici, ma suscettibili di implicazioni giuridiche, focalizzando l'attenzione su quello dell'efficienza mutuato dalle scienze aziendalistiche ed elaborato dalle scienze amministrative che lo hanno inteso come la «*qualità di un organismo capace di raggiungere un fine, effettuando costantemente scelte razionali nella combinazione mezzi-fini*»[7]. In tal modo si è implicato che l'efficienza fosse una abitudine, una prassi misurata su di una serie di atti, diversa dall'efficacia come capacità di perseguire gli obiettivi, ma misurata solo su un atto.
Successivamente, ed in particolare a partire dagli anni Novanta[8], prescindendo dalle teorie aziendalistiche, si è, invece, compreso che l'amministrazione è efficiente non solo quando assicura un pareggio tra costi e ricavi, ma soprattutto quando adotta i migliori provvedimenti possibili in rapporto alle circostanze, servendosi di quella "elasticità" dell'azione organizzativa[9] che le conferisce un'ampia libertà nella scelta dei mezzi grazie ai quali adeguarsi alla continua mutevolezza di tali circostanze e di provvedere al più ampio soddisfacimento degli interessi sociali. Pertanto, una amministrazione che "funziona bene" (*alias*, efficiente) sarà quella capace di ottenere, nello svolgimento della sua attività, «*il massimo profitto sociale con il minor costo sociale*»[10], impiegando risorse proporzionali rispetto ai fini individuati dalla legge[11].

---

andamento della pubblica amministrazione (voce), in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XVIII, Roma, 2009.

[6] I primi sforzi volti a definire i concetti di buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 Cost. risalgono intorno agli anni '50-'60, quando, cioè, comincia a maturare la consapevolezza che alcuni articoli della Costituzione dovessero essere interpretati in modo da estrapolarne nuove e più invasive regole. Cfr. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della p.a.*, Milano, Giuffré, 1966, p. 72.

[7] Cfr. R. BETTINI, *Il principio d'efficienza in scienza dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 14. In realtà, tale canone è stato elaborato dalle scienze amministrative che, inizialmente, lo hanno mutuato dalle scienze aziendalistiche.

[8] Infatti, è con la legge sul procedimento amministrativo – la n. 241 del 1990 – che vengono riconosciuti i principi di efficacia ed economicità come canoni su cui deve essere orientata l'attività e costituenti due possibili volti dell'efficienza. Cfr., al riguardo, L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza,* cit. p. 22 e ss.

[9] M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della p.a.*, Milano, Giuffré, 1966, p. 86; ma anche G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968.

[10] G. PALMA, *Itinerari di Diritto Amministrativo. Lezioni,* Cedam, 1996, p. 25 - 26. L'A. evidenzia che presupposto fondamentale di questo risultato è una attività conoscitiva che permetta di collocare un determinato interesse in un certo periodo, in un certo territorio e nella relazione con altri interessi: in pratica, che permetta di "storicizzare" un interesse. La nostra Costituzione ha predisposto dei validi strumenti per realizzare questo risultato sia con l'art. 4, comma 2, che contempla il dovere (non il diritto) del cittadino alla partecipazione all'attività amministrativa; sia con l'art. 5 Cost., che, invece, prevede l'autonomia e il decentramento, fenomeni tipici di un'amministrazione «*che precipita a valle*», al fine di realizzare la migliore aderenza possibile delle scelte amministrative alle istanze sociali. Nell'ambito di questa risistemazione concettuale anche l'imparzialità acquista un significato nuovo: non "neutralità", ma «*non avere idee preconcette sull'entità dell'interesse da soddisfare, ricavare indicazioni sulla realtà sociale, attribuire a quell'interesse quell'entità di soddisfacimento che la società vuole*».

[11] E, dunque, se un'amministrazione efficiente è ispirata al buon andamento costituzionalmente previsto (art. 97 Cost.) sarà anche una "buona amministrazione".

ISSN 2036-7821

Sganciandosi, in parte, dal principio costituzionale del buon andamento, da cui aveva tratto origine la sua elaborazione più compiuta, l'efficienza si è, dunque, imposta con una propria autonomia concettuale, costruita in larga misura sui canoni e sui postulati propri delle scienze non giuridiche, in particolare di quella economica.
Tale mutamento è maturato anche grazie ad una nuova visione dell'amministrazione, apparsa in larga parte ordinata secondo direttive teoriche che sono proprie del nuovo canone di efficienza, ed in questa prospettiva anche l'introduzione dei criteri economici - in particolare del canone di efficienza nella Legge 241/90 - va considerata non più come il frutto di un'elaborazione estemporanea del Legislatore, bensì come il portato del retroterra scientifico sviluppatosi nel ventennio precedente all'emanazione di tale legge. Infatti, oltre ad introdurre il suddetto canone, essa ha inteso «*procedimentalizzare*» imparzialità e buon andamento[12], riorganizzando completamente gli ingranaggi del funzionamento dell'attività amministrativa al fine di modernizzarli ed istituendo una figura, quella del responsabile del procedimento, che fungesse da "garante" del nuovo *modus agendi* dell'amministrazione.
Ovviamente, l'*iter* percorso dagli anni Novanta ad oggi si è arricchito di ulteriori e notevoli obiettivi, finalizzati ad una sempre maggiore e migliore soddisfazione dell'interesse pubblico che, però, la Pubblica Amministrazione non ha dimostrato e non dimostra sempre di essere in grado di perseguire adeguatamente, determinando, nei confronti propri e del proprio operato, un inevitabile atteggiamento di generalizzata sfiducia. Infatti, è da troppo tempo che, nel "fare" amministrativo, si rilevano inefficienze che, pur se apparentemente dipendenti da fattori esterni, accidentali ed estemporanei (quali, ad esempio, le crisi politiche o quelle economiche), sono, in realtà, il frutto di *rationes* più radicate e che la pongono in un reiterato stato di incapacità e difficoltà operative.
Le cause di quanto detto, come è stato evidenziato in dottrina, «*partono dall'assetto costituzionale e si riflettono nell'opinione pubblica e sui servizi che l'amministrazione rende al cittadino*»[13]: infatti, da un lato le scelte politico-legislative "invasive" e, dall'altro, la responsabilità ed i controlli che investono l'attività amministrativa sembrano negare «*in radice la possibilità di una buona gestione pubblica, che invece avrebbe bisogno di competenza tecnica, flessibilità operativa, riconoscimento sociale*»[14]. Il risultato che ne

[12]Al riguardo, la Corte Costituzionale, con una sentenza del 1997, la n. 262, a proposito del sistema creato dalla legge 241/90, ha sostenuto che «*il legislatore ha voluto dare applicazione generale a regole - in buona parte già enucleate in sede di elaborazione giurisprudenziale e dottrinale - che sono attuazione, sia pure non esaustiva, del principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 della Costituzione) negli obiettivi di trasparenza, pubblicità, partecipazione e tempestività dell'azione amministrativa, quali valori essenziali in un ordinamento democratico*».

[13]S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, su *Rivista trimestrale di diritto pubblico* – n. 1 – 2019, 1-11.

[14] Idem.

ISSN 2036-7821

deriva è che la Pubblica Amministrazione ha difficoltà a seguire il dinamismo cui dà vita una continua produzione legislativa, anche perché, per la verità, tale produzione è, piuttosto, una "inflazione", che dequota la stessa legge e che richiede continui interventi correttivi che ne rendono incerta l'applicazione, verificandosi spesso che le norme successive si aggiungano a quelle precedenti senza abrogarle espressamente[15].
Pertanto, l'amministrazione, anziché adattarsi in maniera flessibile alla realtà - come ci si attenderebbe da essa - attraverso l'esercizio della sua attività discrezionale, appare, piuttosto, "irrigidita" in una meccanica applicazione di norme che ha ridotto il suo potere di decisione, l'ha marginalizzata e le ha sottratto la funzione esecutiva che la Costituzione, invece, le attribuisce.
A ciò deve, poi, necessariamente aggiungersi la constatazione che gli amministratori pubblici hanno prevalentemente una preparazione giuridico-formale e non - come pure servirebbe – (una preparazione) tecnica, per cui le amministrazioni sono costrette ad avvalersi della collaborazione di consulenti esterni ad esse che possiedano competenze tecniche settoriali. Non può, infine, essere sottovalutata anche la presenza di personale di una età non più giovane e che non è più "formato", di uffici che hanno poche risorse e mezzi strumentali e di dotazioni tecnologiche insufficienti, costituenti, tutti, ulteriori fattori che rendono difficile, se non, in taluni casi, impossibile, l'introduzione di nuove tecnologie, che, invece, sono ormai essenziali per decidere e gestire.
Infatti, perché sia una "buona amministrazione", che agisce secondo i canoni dell'efficienza, oggi l'amministrazione deve avvalersi di strumenti di semplificazione e di digitalizzazione[16], utilizzando le Tecnologie dell'Informazione e della

[15] La conseguenza è che quella che dovrebbe essere una scelta normativa richiede, invece, adattamenti in sede amministrativa e giudiziaria (dove quindi viene svolta una funzione para-normativa). Si rinvia a S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, cit. in cui viene elaborata una efficace disamina su tutti i fattori di crisi amministrativa del nostro tempo attuale.

[16] Il termine di derivazione anglosassone che fa riferimento all'amministrazione digitale è *e – government* e viene reso per la prima volta dalla Comunicazione del 26 settembre 2003 della Commissione Europea per indicare «*l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nelle pubbliche amministrazioni, coniugato a modifiche organizzative ed all'acquisizione di nuove competenze al fine di migliorare i servizi pubblici ed i processi democratici e di rafforzare il sostegno alle politiche pubbliche*» (cfr. Comunicazione della Commissione Europea del 26 settembre 2003 "*Il ruolo dell'*e-government *per il futuro dell'Europa*"; sul tema è interessante, tra gli altri, F. BASSANINI, *Twenty years of administrative reforms in Italy*, in *Review of Economic Conditions in Italy*, 3/2009). In conseguenza dell'avvento dell'amministrazione digitale si introducono, dunque, le due nozioni di "sistema informativo" e "sistema informatico" che, pur essendo, dal punto di vista giuridico, intese in maniera equivalente sono, in realtà, differenti e, dei due sistemi, il secondo, agendo quale strumento di supporto al primo, rappresenta un concetto più ristretto. Infatti, un sistema informativo è "*una combinazione di risorse umane, materiali e di procedure organizzate per la raccolta, l'archiviazione e l'elaborazione delle informazioni necessarie alle attività operative, gestionali e di programmazione, controllo e valutazione di un'organizzazione*", mentre, un sistema informatico rappresenta "*l'insieme degli strumenti informatici impiegati per il trattamento automatico delle informazioni di un'organizzazione al fine di agevolare le funzioni del suo sistema informativo*" (cfr. F. MARTINI, *Il sistema informativo pubblico*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 44-45). La letteratura in tema di amministrazione digitale è vastissima; si tratta, infatti, di un tema che ha impegnato sin da subito la dottrina allo studio e all'indagine sull'impatto che le tecnologie informatiche

ISSN 2036-7821

Comunicazione (TIC) che le consentono di fornire servizi idonei a soddisfare le esigenze espresse dai cittadini, migliorandone la qualità e diminuendone i costi, quanto meno in una prospettiva di medio-lungo termine. Tale obiettivo era previsto dall'art. 3 *bis*[17] della L. 241/90 già nella sua formulazione iniziale del 2005, laddove era richiesto che le amministrazioni pubbliche «*per conseguire maggiore efficienza nella loro attività*» "incentivassero" «*l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati*». Quello che, all'epoca, era "solo" un "incentivo", oggi - a seguito di un graduale percorso normativo che ha portato alla modifica di tale norma ad opera della L. 120/2020[18] - genera, invece, un vero e proprio "obbligo" di azione mediante strumenti informatici e telematici[19]. In tale contesto il modello di riferimento è quello dell'*e-commerce*, nell'ambito del quale efficienza, trasparenza e semplificazione sono rese possibili proprio grazie alle TIC, attraverso un'ampia modernizzazione della Pubblica Amministrazione[20] che investe, ovviamente, anche il comparto dei contratti pubblici, da sempre settore delicato e complesso e oggetto, per tale motivo, di continui interventi normativi[21]. Attualmente la disciplina di

avrebbero avuto in un settore così delicato, interrogandosi, *in primis,* su cosa abbia inteso il Legislatore del 2005 per "amministrazione digitale" e cosa lo abbia portato alla maturazione di un Codice *ad hoc*. Ovviamente, oggetto di indagine e di analisi sono stati sia il rapporto del CAD (Codice dell'Amministrazione Digitale) con le disposizioni in materia di accesso, di trasparenza, di *privacy*, sia la nascita, in capo ai cittadini ed alle imprese, nell'attuale società dell'informazione, di nuovi diritti, e cioè quelli all'uso delle tecnologie, i quali, «*configurati come pretese giuridicamente assistite, sono suscettibili di attivare un meccanismo virtuoso di "induzione" dell'innovazione amministrativa*». Cfr. E. CARLONI (a cura di), *Codice dell'Amministrazione Digitale. Commento al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, Maggioli Editore, Rimini, 2005. A titolo esemplificativo si vedano anche F. FERRARI, *Il codice dell'amministrazione digitale e le norme dedicate al documento informatico,* in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 2007; ed ancora E. CARLONI, *Amministrazione aperta e* governance *dell'Italia digitale,* in *Giornale dir. amm*., 2012, 11, 1041; Id., *L'amministrazione aperta, Regole e limiti dell'*open Government, Maggioli editore, Rimini, 2014; Id., *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica,* in *Giorn. Dir. Amm*., 2015, 2; G. DUNI, *L'Amministrazione digitale*, Giuffrè, Milano, 2008; G. PESCE, *Amministrazione digitale: genesi, sviluppi, prospettive,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; *Rivista di diritto dei media,* 2/2018R. CAVALLO PERIN e D. U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale,* Giappichelli, Torino, 2020.

[17] Introdotto dalla L. 15 del 2005 all'impianto della L. 241/90.

[18] Modifica apportata dall'art. 12, comma 1, lettera b), legge n. 120 del 2020.

[19] Come evidenziato in dottrina, l'obbligo di avvalersi delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione grava *in primis* sul responsabile del procedimento che deve servirsene per condurre una adeguata istruttoria; ma, ovviamente, esso deve essere esteso, da parte delle amministrazioni, all'intera propria organizzazione, al fine di realizzare gli obiettivi «*di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione*», come previsto dall'art. 12 CAD; cfr. D. U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione,* su Ceridap, *Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche* – fascicolo 3/2021.

[20] Cfr. D. U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienzae problemi ancora da affrontare,* in www.federalismi.it, n. 7/2022.

[21] La materia dei contratti pubblici, nel nostro ordinamento, è sempre stata piuttosto tormentata. Infatti, già dalla fine dell'Ottocento sono stati necessari frequenti interventi normativi che ponessero un freno ai continui e facili abusi realizzati da parte dei fornitori dello Stato. Tra tali interventi devono ricordarsi, *in primis,* la L. 20 marzo 1865, n. 2245, All. F (sui lavori pubblici) ed il Regolamento del 25 maggio 1895, n. 350 (sulla direzione, contabilità e collaudazione dei lavori), che hanno rappresentato per molti anni la disciplina di riferimento

ISSN 2036-7821

riferimento è quella del D. Lgs. 50/2016[22] che, in attuazione, delle Direttive europee 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, ha introdotto un insieme complesso di norme finalizzato a concretizzare il processo di semplificazione attraverso la predisposizione di strumenti digitali dei quali la Pubblica Amministrazione deve fare uso per riuscire a migliorarsi e a meglio soddisfare e realizzare quella "buona amministrazione"[23] riconosciuta come diritto fondamentale della persona dall'art. 41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea"[24] e «*principio guida dell'azione amministrativa*»[25].

(ovviamente modificati più volte nel corso dei decenni successivi) almeno fino a che non fu emanata la "La nuova legge quadro in materia di lavori pubblici" (L. 109/1994) che abrogò definitivamente quella del 1865 ed aprì la strada ad una nuova serie di interventi normativi (confluiti, nel 2006, nel primo Codice sugli appalti, successivamente abrogato e sostituito dal nuovo Codice dei Contratti Pubblici del 2016) aventi l'unico scopo di rendere i contratti pubblici, in materia di lavori e servizi, trasparenti, snelli ed in grado di soddisfare gli interessi pubblici ad essi sottesi in maniera il più efficiente possibile.

[22] Esso è entrato in vigore il 19 aprile 2016 e reca "Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture" ed è stato oggetto di continue modifiche a partire già dall'anno successivo alla sua entrata in vigore fino ad arrivare ai recenti tempi *post* pandemia.

[23] Il "diritto ad una buona amministrazione", sancito dall'articolo 41 della Carta Europea dei Diritti dell'uomo e riconosciuto dalla Corte di Giustizia Europea come principio generale del diritto dell'Unione, «*applicabile agli Stati membri quando attuano tale diritto*», completa il contenuto dell'art. 97 della nostra Costituzione, orientato all'assolvimento di una esigenza di efficienza della Pubblica Amministrazione, per cui «*un'amministrazione i cui pubblici uffici siano organizzati in modo da garantire il buon andamento e l'imparzialità è anche l'unica che sia in grado di garantire un trattamento equo e imparziale delle questioni che riguardano gli amministrati, così come è richiesto dall'articolo 41 della Carta dei diritti dell'Unione europea*». Cfr. D. U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare,* cit.

[24] In particolare, il paragrafo 1 dell'articolo 41 della Carta definisce quello ad una buona amministrazione come il diritto di ogni persona a che le istituzioni, organi e organismi dell'Unione trattino le questioni che la riguardano «*in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole*», sostanziandosi, ad esempio, nel diritto ad essere ascoltati prima che venga adottato un provvedimento individuale eventualmente pregiudizievole; o in quello di accedere al fascicolo nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale, da cui può derivare un sostanziale e generalizzato miglioramento delle condizioni di vita di ciascun individuo.

[25] Sul tema, cfr. D. U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione. Il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT,* in (a cura di) R. CAVALLO PERIN e D. U. GALETTA, *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale,* Giappichelli, 2020, pp. 85-86; ma anche, *ex multis,* D. U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE),* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario,* 2019, 2, p. 165 ss. F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione,* in M. P. CHITI, G GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo,* Giuffrè, Milano, 2007, pp. 63 ss.; A. ZITO, *Il «diritto ad una buona amministrazione» nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno,* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario,* 2002, pp. 427 ss. F. COSTANTINO, *L'uso della telematica nella pubblica amministrazione,* in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa. Saggi sul procedimento amministrativo,* Giappichelli, Torino, 2016; G.M. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese,* in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale,* Giappichelli, 2020, pp. 321-341.

ISSN 2036-7821

Pertanto, all'interno di tale Codice è attualmente disciplinato anche il BIM - *Building Information Modeling* - metodologia di progettazione digitale che rappresenta una importante opportunità di innovazione in materia di contratti pubblici e che, attraverso l'acquisizione di strumentazioni *software* e *hardware* (che rappresentano il fulcro del ricorso ad esso), permette di realizzare e gestire in chiave innovativa tutte le fasi della commessa della Stazione Appaltante, dalla progettazione preliminare alla realizzazione e successiva gestione del bene, consentendo una rappresentazione digitale dell'opera da realizzare cui vanno associati e tenuti aggiornati, lungo tutto il suo ciclo di vita, contenuti informativi (dati e informazioni) in ottica non solo di gestione, ma anche di manutenzione dell'opera stessa[26].

Partendo dalla descrizione della metodologia BIM ed evidenziandone le caratteristiche più rilevanti, oltre che le criticità riscontrate, la prospettiva di indagine del presente contributo vuole, pertanto, essere quella di verificare se e quanto la Pubblica Amministrazione riesca effettivamente a rispondere alle aspettative di semplificazione e, quindi, di miglioramento della propria attività nello specifico settore delle costruzioni - in ossequio anche ai principi di imparzialità e buon andamento contenuti nell'articolo 97 della Costituzione – al cui soddisfacimento tale metodologia, nelle intenzioni del Legislatore, dovrebbe contribuire, sia a livello centrale che a livello locale[27]; o se, invece, piuttosto, essa non sia ancora riuscita a

[26]Interessante al riguardo è la *Guida al BIM 2*, *La rivoluzione digitale dell'edilizia*, Acca Software, 2020. In realtà, però, la letteratura giuridica in tema di BIM non si può ancora definire ampia; essa è, infatti, prevalentemente tecnica. Tuttavia, a titolo esemplificativo, si segnalano, tra gli altri, Aa.Vv., *Innovare per progettare il futuro. Primo Libro Bianco sul* Building Information Modeling, a cura di Italferr-Gruppo ferrovie dello Stato Italiane, in www.italferr.it, giugno 2018; E. ACCETTULLI e P. FARINATI, Historical *BIM, La metodologia applicata agli edifici storici*, Tecniche Nuove, 2021; G. BRIONI, *Il BIM nel nuovo Codice dei Contratti pubblici (d.lgs. 50/2016),* in *Teoria prat. prof.*, 2017, 1-2; M. CAPUTI, *La rivoluzione del BIM: definizione e quadro introduttivo*, in *App. contr.*, 23 aprile 2018; Id., *BIM: l'evoluzione degli strumenti*, *App. contr.*, 2 maggio 2018; A.L.C. CIRIBINI, *Il Decreto BIM: l'avvio dell'era digitale nel settore delle costruzioni in Italia*, in www.ingenio-web.it, 5 dicembre 2017; Id., *L'introduzione del BIM e del* Project Management *nelle PA: Avvertenze e Istruzioni per l'Uso,* su www.ingenio.it, 11.5.2018; Id., *Il panorama internazionale per lo sviluppo delle costruzioni*, in www.ingenio-web.it, 4 dicembre 2019 e Id. *Il «BIM» si è fermato alla «Visualizzazione»?*, in www.ingenio-web.it, 5 dicembre 2019; A. FERRARA e E. FELIGONI, *BIM e Project Management. Guida pratica alla progettazione integrata*, Dario Flaccovio Editore, 2016; V. SESSA, *Riforma degli appalti e* Building Information Modeling, in *www.giustamm.it*, 2016, 2, 1-9; R. PICARO, *Il Building Information Modeling. Referente di obblighi e responsabilità*, Napoli, 2019; G. M. RACCA, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Istituzioni del Federalismo,* 3.2019; F. RUPERTO, B. BAGNI, G. GALLI, R. LEVI, R. NEGRI, *Bimportale, Report 2017*, *La prima analisi sull'evoluzione del BIM in Italia*, in www.bimportale.com, 22 gennaio 2018; E. SPALLAROSSA, *L'importanza dell'approccio BIM* oriented *nella gestione di patrimoni civili e infrastrutturali*, in www.ingenio-web.it, 12 dicembre 2019; M. TIBERII, *L'uso degli strumenti elettronici specifici(*building information modeling*) nei contratti pubblici,* su *Nuove Autonomie*, 3/2019; A. VERSOLATO, *BIM: il quadro normativo*, *App. contr.*, 21 maggio 2018; A. VERSOLATO, C. CALLOPOLI, *La metodologia BIM ed il principio di equivalenza*, in *App. contr.*, 2018, 7-8.

[27] Va evidenziato che le nuove tecnologie di modellazione digitale possono portare all'ulteriore vantaggio di riuscire, se non a contrastare, almeno a prevenire la corruzione nei contratti pubblici. Sull'argomento può essere utile confrontarsi, *ex multis*, con R. CANTONE, E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, 2018, Milano, Feltrinelli; F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, Passagli Editore, 2010; ma anche G.M. RACCA, *Dall'autorità sui contratti pubblici all'Autorità Nazionale*

ISSN 2036-7821

dare il giusto rilievo ad una opportunità che rischia di restare una previsione normativa dalle elevate potenzialità ma dagli scarsi riscontri pratici, anche a causa, spesso, di norme lacunose o poco chiare che impediscono di comprendere come si debba effettivamente procedere, "condannandola", inevitabilmente, ad un non adeguato livello di efficienza e, quindi, di "buona amministrazione".

Attraverso un'analisi critica dello stato ancora insufficiente di implementazione della metodologia di modellazione digitale, si evidenzierà che, attualmente, la fascia di operatori pubblici in grado di riconfigurare la propria attività sulla base di una logica computazionale quale quella proposta dal BIM sembra ancora molto ristretta, prevalendo l'erronea convinzione che esso possa efficientare i processi consolidati anche senza un loro reale "ripensamento", quasi come se, trattandosi di una rappresentazione multi-dimensionale e geometrica (pur se parametrica e relazionale), possa non essere utilizzato nel processo decisionale.

In realtà, invece, il BIM è lo strumento grazie al quale è possibile cambiare i processi tradizionali di committenza, progettazione, esecuzione, manutenzione, gestione e demolizione del prodotto immobiliare o infrastrutturale, mutandone profondamente la natura grazie ad una diversa integrazione tra *Data Model* e *Business Process*[28]. Pertanto, dovrà essere necessariamente superato l'approccio limitato che ancora si registra e tutti i soggetti coinvolti (*in primis* le stazioni appaltanti) dovranno realmente comprendere che i propri assetti organizzativi, gestionali e contrattuali devono essere condotti attraverso un'unica modalità di azione - quella digitale - per potere adattare le logiche e le operatività del BIM ad un contesto diverso da quello tradizionale, in cui anche la collaborazione e l'integrazione che sono alla base di esso possano trovare una applicazione che non risponda solo alle logiche della semplificazione, ma che si trasformi in risultati di rilancio concreto ed effettivo dello sviluppo economico e di maggiore *favor* per la concorrenza, cui pure l'uso della "tecnologia" negli appalti è sostanzialmente finalizzato[29].

Per rispondere a tutto ciò ed "interiorizzare" uno strumento come il BIM, insomma, le stazioni appaltanti dovrebbero porre in essere un vero e proprio cambiamento culturale, rivedere i propri processi operativi, adottare, grazie alle TIC, procedure e sistemi più flessibili ma, soprattutto, aumentare ed aggiornare le competenze interne, lavorando in modo integrato.

Anticorruzione: il cambiamento del sistema, in *Dir. amm.*, 2015, p. 436 ss., S. TORRICELLI, *Disciplina degli appalti e strumenti di lotta alla «corruzione»*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2018, pp. 953-978; M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2016, spec. p. 77 ss. A.L.C. CIRIBINI, *Dirigere i lavori e i cantieri nella Età della Digitalizzazione*, in *www.ingenio-web.it*, 21 gennaio 2018; F. BIASIOLI, *BIM e cantiere*, in *www.ingenio-web.it*, 25 gennaio 2018.

[28]A. L. C. CIRIBINI, *A che cosa serve il BIM: tra* Data Modeling *e* Information Modeling, su www.ingenio.it del 5 febbraio 2018.

[29]M. TIBERII, *L'uso degli strumenti elettronici specifici (*building information modeling*) nei contratti pubblici*, cit., 20.

ISSN 2036-7821

2. Digitalizzazione e Project Management

L'innovazione dell'attività della Pubblica Amministrazione, dunque, oggi si considera possibile solo grazie alla sua trasformazione digitale, da cui derivano, inevitabilmente, non solo una effettiva e concreta semplificazione, ma anche maggiori benefici per i cittadini, per le imprese ed ovviamente per la stessa Pubblica Amministrazione che, attraverso il *Project Management*, potrebbe realizzare e sviluppare progetti di innovazione che coniughino la digitalizzazione del Paese con la capacità di realizzarli in tempi brevi e più certi, gestendo meglio anche eventuali problemi dipendenti dalla eccessiva tendenza alla revisione dei costi e da bandi di gara e capitolati pubblici che non prevedono modalità dettagliate e stringenti di controllo dell'avanzamento dei progetti.

Insomma, il *Project Management* consente alla Pubblica Amministrazione di rimuovere i vincoli attuali allo sviluppo dell'economia, ma, ciononostante, è proprio su di esso che, purtroppo, attualmente, essa non è ancora riuscita a dimostrare una vera e propria capacità, sia nella gestione di progetti di innovazione, sia nel prendere a riferimento come buone pratiche i recenti *standard* internazionali relativi ai sistemi di gestione dell'innovazione ed alle emergenti figure dell'*innovation manager* e dell'*innovation project manager*[30]. In tale ambito, in Italia, tutto prosegue ancora troppo a rilento, e la rilevata incapacità di individuare e gestire i "progetti"[31] è probabilmente frutto della altrettanto rilevata incapacità di "semplificare" l'organizzazione amministrativa, ovvero di razionalizzarla, snellendo ed eliminando procedimenti non strettamente necessari al perseguimento dell'interesse pubblico, anche nell'ambito del *public procurement*[32], ovvero degli appalti pubblici. Eppure, la digitalizzazione dei contratti pubblici costituisce presupposto essenziale per

[30] Segnatamente, l'*Innovation Manager* si occupa di innovare i processi interni delle aziende e di migliorare la competitività sul mercato. In Italia, il MiSE ha contribuito alla nascita di tale figura attraverso l'introduzione di una serie di incentivi elargiti sotto forma di *voucher* dell'innovazione, ovvero sovvenzioni statali grazie alle quali le imprese vengono finanziate per avviare il processo di digitalizzazione avvalendosi di tali professionisti che, però, devono essere iscritti in un albo appositamente istituito. L'*Innovation Project Manager*, invece, è una figura di supporto che, attraverso abilità, conoscenze, tecniche e strumenti propri del *Project Innovation Management*, contribuisce a creare ed accrescere la capacità delle organizzazioni nel produrre valore attraverso le innovazioni. Sono entrambe figure di supporto nel processo di trasformazione digitale, la cui mancanza, o, meglio, il cui lento decollo, non consente al nostro Paese di stare al passo con altri in cui, invece, il processo di digitalizzazione è molto più avanzato ed in cui le predette figure hanno già un notevole profilo operativo, proprio grazie alla funzione per la quale sono nate.

[31] Tale incapacità rischia di tradursi anche in impossibilità di realizzazione di risultati che denotino il massimo rapporto tra benefici e costi di attuazione, come richiesto attualmente anche dal PNRR.

[32] *Public procurement* è l'espressione anglosassone con la quale si identifica la parte di spesa pubblica destinata all'acquisto diretto di beni e servizi da parte della Pubblica Amministrazione e che rappresenta una leva di politica economica di particolare rilievo.

ISSN 2036-7821

l'efficienza, l'integrità e l'innovazione della funzione degli appalti[33] perché rappresenta lo strumento individuato come essenziale per la semplificazione dei processi di *procurement*, divenuto oggetto di dibattito pubblico sempre più intenso a maggior ragione durante ed a seguito della fase di emergenza sanitaria che ha notevolmente contribuito al rallentamento dell'attività economica e produttiva del Paese.

Il Legislatore, ormai da tempo, tenta di perseguire l'obiettivo di snellire il sistema degli appalti pubblici attraverso norme che, periodicamente, intervengono sulla disciplina di settore, in recepimento delle direttive comunitarie o di superamento di procedure di infrazione. Ma tali norme, purtroppo, non riescono ad indicare una unica e precisa volontà legislativa e, quindi, finiscono con il sovrapporsi, creando nuovi problemi interpretativi, piuttosto che risolvendo quelli già esistenti. Basti pensare che dal 2016 ad oggi, e cioè dall'anno dell'approvazione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici, sono stati adottati già molti provvedimenti di riforma che non hanno certo facilitato l'attività della Pubblica Amministrazione in materia di contratti, anzi, hanno contribuito a creare disorientamento e difficoltà operative tra gli operatori del settore.

Il Codice, nel recepire le tre Direttive europee 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE[34], è stato adottato proprio al fine di introdurre nel nostro ordinamento norme che si conformassero al processo di semplificazione attraverso la digitalizzazione delle procedure di aggiudicazione e di gestione dei contratti pubblici, regolamentando e standardizzando i processi e le procedure nell'ambito del cd. *e-procurement*[35], grazie

---

[33] Come recentemente sostenuto dall'ANAC in un documento approvato il 27 maggio 2020, e cioè *Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità.*

[34] Tali Direttive - rispettivamente, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali - come evidenziato da autorevole dottrina rappresentano «*un rilevante sviluppo della disciplina dei contratti pubblici*». Per un approfondimento sul tema si rinvia a M. P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici,* in *Giorn. dir. amm., n. 4/2016,* 436. La letteratura sul Codice dei Contratti del 2016 è vastissima; in questa sede si citano, a titolo esemplificativo, ma assolutamente non esaustivo: G. ALPA, V. MARICONDA (a cura di) *Codice commentato dei contratti*, Walters Kluwer, 2020; L. R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici Commentato*Walters Kluwer, 2017; M. CLARICH (a cura di) *Commentario al Codice dei contrattipubblici*, Giappichelli, Torino, 2019.

[34] L'art. 23 disciplina i livelli di progettazione per gli appalti, per le concessioni di lavori nonché per i servizi e prevede che essa debba articolarsi secondo tre livelli di successivi approfondimenti tecnici, *in progetto di fattibilità tecnica ed economica, progetto definitivo e progetto esecutivo*; con riferimento specifico alla lett. h) la norma precisa che debba essere assicurata «*la razionalizzazione delle attività di progettazione e delle connesse verifiche attraverso il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture*»; cfr. F. MARTINES, *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, su www.federalismi.it del 3 giugno 2015.

[35] *Electronic procurement*, neologismo inglese che fa riferimento al processo di "approvvigionamento elettronico", ovvero all'acquisizione di beni e servizi attraverso *Internet*, tramite regole, modalità organizzative e procedure che comprendono, in genere, l'impiego di *software* e tecnologie informatiche.

ISSN 2036-7821

al quale possono essere utilizzati i mezzi di comunicazione elettronici[36], avvalendosi della «*interconnessione per interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni*»[37]. Al fine di rendere possibile tale interconnessione, il Codice ha previsto l'emanazione di un atto attraverso il quale definire «*le migliori pratiche riguardanti metodologie organizzative e di lavoro, metodologie di programmazione e pianificazione, riferite anche all'individuazione dei dati rilevanti, alla loro raccolta, gestione ed elaborazione, soluzioni informatiche, telematiche e tecnologiche di supporto*»[38].

Le norme prevedono che, a partire dal 2023, almeno per gli affidamenti sopra soglia, non si potrà scegliere se fare ricorso o meno alla digitalizzazione delle procedure per gli affidamenti pubblici; questo diventerà, dunque, un passaggio obbligatorio che sarà reso possibile governando in maniera adeguata la grande quantità di dati ed informazioni, e cioè assicurandone, appunto, l'interoperabilità e l'interscambio, così da garantire le preminenti esigenze di digitalizzazione dei contratti pubblici[39], di pubblicità degli atti di gara[40] e di trasparenza delle informazioni[41]. Del resto, tra le Direttive che il Codice ha recepito e cui ha dato attuazione, la 2014/24/UE, all'art. 22, ha richiesto specificamente che gli Stati membri provvedano «*affinché tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni di cui alla presente direttiva, in particolare la trasmissione in via elettronica, siano eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici*»[42] e che, in tali casi, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscano che «*l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione siano mantenute*»[43]. Coerentemente con il contenuto di tale norma comunitaria, pertanto, il Codice ha non solo introdotto l'obbligo - nei settori ordinari e speciali - di eseguire

[36] Ai sensi dell'articolo 5-*bis* del Decreto Legislativo 7 marzo 2005, n. 82, Codice dell'Amministrazione Digitale (art. 40).

[37] Si è evidenziato che la maggiore efficienza in materia di appalti, conseguenza del processo di digitalizzazione, è necessaria al fine di evitare l'ingresso nel mercato di operatori privati che «*come già oltreoceano, si pongano come alternativi alla funzione pubblica di acquisto e riducano lo spazio pubblico di politica industriale nel settore*», come è accaduto negli Stati Uniti con piattaforme private tipo "Amazon" che sono entrate nel mercato dei contratti pubblici di minor valore perché dotate di una efficienza maggiore rispetto a quella delle pubbliche amministrazioni specie in periodi di emergenza come quello che si è da poco vissuto. Cfr. G. M. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, cit., 322.

[38] L'art. 44 del D. Lgs. 50/2016 ha previsto che tale atto dovesse essere emanato entro un anno dalla data di entrata in vigore del Codice dei Contratti, dal Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita l'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) nonché dell'Autorità garante della *privacy* per i profili di competenza. Esso è stato, invece, emanato solo nel 2021, attraverso il D.P.C.M. del 12 agosto, n. 148, contenente, appunto, il "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".

[39] Art. 44 del Codice.

[40] Art. 73 del Codice.

[41] Art. 29 del Codice e art. 37 del d.lgs. 33/2013.

[42] Art. 22, co. Dir. 2014/24/UE.

[43] Art. 22, co. 3 Dir. 2014/24/UE.

ISSN 2036-7821

tutti gli scambi di informazioni utilizzando mezzi di comunicazione elettronici[44], ma ha anche statuito che le stazioni appaltanti debbano ricorrere a procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici[45], accelerando e snellendo le procedure e rendendo, al contempo, più semplici i rapporti comunicativi tra amministrazioni e cittadini, senza, per questo, alterare la parità di accesso agli operatori economici ovvero impedire, limitare o distorcere la concorrenza modificando l'oggetto dell'appalto[46].

La evidente *ratio* sottesa a tali specifiche norme è quella di concretizzare il processo della digitalizzazione degli appalti, inteso come unico possibile percorso verso la semplificazione nella gestione dei contratti pubblici e verso l'attuazione della trasparenza, non solo relativamente alle fasi di svolgimento vero e proprio di ciascuna procedura di affidamento, ma anche rispetto alla generale accessibilità delle informazioni ai cittadini, resa possibile, ovviamente, dall'assolvimento degli obblighi di pubblicazione sui siti istituzionali. Ed affinché questo percorso possa essere proficuamente battuto è assolutamente necessario che le stazioni appaltanti siano professionalizzate[47], dal momento che, in caso contrario, ne deriverebbe innanzitutto la difficoltà nel programmare le proprie esigenze e, conseguentemente, l'adozione di scelte non conformi ad esse, con il rischio di selezionare fornitori non adeguati, di ritardi e di maggiori oneri.

Il BIM ha in sé le potenzialità per rispondere a tali evidenziate necessità.

3. Vantaggi e potenzialità del BIM per una efficiente azione amministrativa nell'ambito dei contratti pubblici

La metodologia tecnico-operativa in esame, dunque, rappresenta il "luogo" ideale di incontro tra diritto e tecnica, sul quale devono necessariamente misurarsi ed interfacciarsi gli operatori economici privati quanto le amministrazioni pubbliche che, tramite essa, possono dare prova di una effettiva crescita culturale sia dal punto di vista della comprensione e conoscenza degli strumenti tecnologici che il

[44] Art. 52.

[45] Art. 58.

[46] Le procedure di gara con strumenti telematici possono essere indette dalla P.A. o dalle rilevanti Aziende attraverso l'utilizzo di una piattaforma di Gare Telematiche, il cui *software*, tra le tante funzionalità, ha quella di gestione di procedure interamente telematiche, o di richieste di preventivi in busta chiusa telematica, o di dialogo competitivo, o di indagini di mercato, di accordi quadro, di sistemi dinamici di acquisizione o di aste elettroniche. Cfr., sul punto, G. M. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese,* in R. CAVALLO PERIN e D. U. GALETTA, *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale,* Giappichelli, 2020; 321-341; R. L. DE MONACO, *Appalti innovativi e digitalizzazione delle procedure di gara,* in A. CONTIERI (a cura di), *Approfondimenti di diritto amministrativo,* Editoriale Scientifica, 2021, 460-484.

[47] A tal proposito, si evidenzia che, nella Raccomandazione 1805/2017, la Commissione Europea ha sostenuto la necessità di incoraggiare e supportare le stazioni appaltanti nell'attuazione di strategie nazionali di professionalizzazione, attraverso una cooperazione appropriata, la competenza e il sostegno alla formazione, ed anche il ruolo delle centrali di committenza.

ISSN 2036-7821

Legislatore predispone, sia da quello della conseguenziale capacità di metterli in pratica[48].

Prima ancora di essere una tecnologia digitale e, dunque, un metodo di rappresentazione dei singoli oggetti, il BIM costituisce una metodologia di lavoro che consente di collegare tra loro le informazioni - come riconosciuto dalla stessa giurisprudenza amministrativa nel 2017[49] - che i recenti sviluppi legislativi e di normativa tecnica che si stanno concretizzando in Europa e in Italia stanno cercando di spingere verso una sua più rapida e diffusa applicazione, in considerazione della rilevata proficuità nei settori cui deve adoperarsi. Infatti, esso consente il passaggio dai tradizionali disegni bi o tridimensionali a dei modelli virtuali[50], che diventano veicoli mediante i quali, tra gli attori della filiera, sono scambiate tutte le informazioni tecniche e non solo quelle geometriche: in pratica, diventano disponibili non più solo informazioni approssimate o indeterminate, ma un vero e proprio "dato digitale", numerico, a vantaggio sia della tracciabilità - e, dunque, della trasparenza - del flusso informativo, sia dell'efficienza del processo. Conseguenza di tale scambio è la modifica dello stesso profilo della responsabilità, in quanto il "proprietario" di ciascun modello virtuale o dell'analisi (computo, verifica energetica, verifica strutturale, ecc.) effettuata sullo specifico modello è chiaramente individuato ed individuabile.

In ragione di queste evidenze, il BIM - come richiesto dalla disciplina comunitaria - consente di rispondere in maniera assolutamente adeguata alla necessità di innovazione dell'intera amministrazione pubblica italiana, proprio grazie al suo utilizzo nel settore delle opere pubbliche, nell'ambito del quale può condurre a più alti livelli di trasparenza[51] e di efficienza, perché, attraverso la pianificazione dei

[48] Si evidenzia che le opere realizzabili tramite *software* BIM non devono necessariamente essere "grandi"; esso può, infatti, proficuamente contribuire ai *Render* fotorealistici che sono rappresentazioni tridimensionali ottenute integrando il progetto nella digitalizzazione dell'esistente allo scopo di creare un'immagine artificiale altamente realistica. Già dalle prime fasi di ideazione del progetto, il *rendering* è uno strumento di anteprima progettuale e di presentazione finale del lavoro alla committenza che riduce il rischio di errori estetici e di misura, oltre a risultare uno strumento di verifica progettuale ad ampio spettro, dallo studio dei materiali, dei colori, fino ad arrivare all'illuminotecnica e alla disposizione di impianti, di arredi e di complementi. Cfr. A. BERTELLA. M. CAPUTI – A. ROTA- A. VERSOLATO, *BIM (Building Information Modeling)*, Palermo, 2018, 86 ss.; ma anche M. TIBERII, *L'uso degli strumenti elettronici specifici (*building information modeling*) nei contratti pubblici*, cit.

[49] T.A.R. Lombardia, 29 maggio 2017 n. 1210, in www.bimportale.com, 10 giugno 2017, con commento di F. RUPERTO, *BIM. Primi orientamenti giurisprudenziali. Sentenza Tar Lombardia*. Cfr. R. PICARO, *La modellazione informativa per l'edilizia e le infrastrutture*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia* - n. 5 – 2018, pp. 393 – 419.

[50] Generati da *software* di *Authoring* BIM.

[51] Trasparenza intesa, ai sensi dell'art. 1 del D. Lgs. 33/2013, come «*accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche*». Per quanto riguarda il settore degli appalti, la trasparenza è realizzata sia attraverso gli obblighi di comunicazione relativi alle procedure di gara, sia attraverso la pubblicazione delle informazioni riguardanti i procedimenti amministrativi sui siti *web*, tanto è vero che l'art. 9 di tale decreto prevede, in capo alle pubbliche amministrazioni, l'obbligo di pubblicare nella *home page* dei siti istituzionali - in un'apposita sezione

ISSN 2036-7821

flussi informativi, tramite cui costringe ad individuare con chiarezza le competenze di ciascun operatore, stimola a migliorare gli indici di produttività (con un notevole risparmio per la spesa pubblica), a ridurre la conflittualità tra gli attori del processo e a realizzare prodotti immobiliari e infrastrutturali di maggior livello[52].

Le fasi relative ad una procedura di appalto sono complesse e articolate; esse vanno dalla programmazione e definizione dei fabbisogni di forniture, servizi e lavori, alla predisposizione delle fasi di scelta del contraente, alla effettiva scelta di quest'ultimo ed infine alla esecuzione vera e propria. Avvalersi di strumenti digitali che semplifichino questo complesso *iter* consente alla Pubblica Amministrazione di avvicinarsi di più alle logiche aziendalistiche (in passato tradizionalmente privatistiche) legate all'aspirazione all'efficienza e all'economicità[53] e, quindi,

---

denominata "Amministrazione trasparente" - le informazioni sulle procedure per l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture. Parimenti, tale obbligo è contenuto nell'art. 29 del D. Lgs. 50/2016, il quale prevede la pubblicazione anche sul sito *web* del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, sulla piattaforma digitale istituita presso l'ANAC e sulle piattaforme regionali di *e-public procurement*. L'ingresso di queste nuove modalità di espletamento delle commesse pubbliche in via telematica, dunque, nel mentre è volto a tutelare il rispetto dell'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte nelle procedure di affidamento, contemporaneamente rende trasparenti le procedure, sì che possa essere facilitata la prevenzione della corruzione e garantita la legalità, la velocità e la tracciabilità dei procedimenti in materia di appalti, settore particolarmente esposto a fenomeni corruttivi. Cfr. A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione,* in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, fasc.5, 2015, 1127 ss., ma anche M. INTERLANDI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici nella prospettiva dell'*e-procurement, *Gazzetta Amministrativa* 1-2018. In tema di trasparenza, si segnalano, tra gli altri, A. CONTIERI, *Il lungo cammino della trasparenza,* in A. CONTIERI, (a cura di), *Approfondimenti di diritto amministrativo,* Napoli, Editoriale Scientifica, 2021; F. MERLONI, *La trasparenza amministrativa,* Milano, 2008; F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza,* su *Federalismi.it*, 8/2013; L. CALIFANO e C. COLAPIETRO (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale,* Editoriale Scientifica, 2014.

[52] È stato evidenziato che la modellazione digitale consente innanzitutto «*di specificare e qualificare la definizione della domanda pubblica da porre in gara, riducendo significativamente i rischi dei ribassi anomali*». Cfr. G. M. RACCA, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3, 2019. Inoltre, costituendo il settore delle costruzioni un campo di importanti sfide economiche, ambientali e sociali in quanto rappresenta il 9% del PIL dell'UE (come evidenziato nella premessa dell'*Handbook for the Introduction of Building Information Modeling by the European Public Sector* - AA.VV., documento volontario di riferimento per la domanda pubblica comunitaria del 2017, contenente azioni strategiche per le *performance* del settore delle costruzioni) il BIM contribuisce a renderlo sempre più un vero e proprio motore trainante per la crescita economica e lo sviluppo di imprese, la maggior parte delle quali sono PMI.

[53] Cfr. P. PIRAS, *Il tortuoso cammino verso un'amministrazione nativa digitale,* in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica* - n. 1 – 2020, pp. 43-65. L'A. parla di *change management*, *technology acceptance* e *technology affordance* nelle amministrazioni pubbliche, evidenziando la loro riconducibilità «*come origini sia agli studi sull'organizzazione, che a quelli sui sistemi informativi e di comunicazione*», ma soprattutto sottolineando che la ragione per cui sono state introdotte è quella di contribuire al «*miglioramento dell'efficienza e dell'efficacia delle organizzazioni e dei processi amministratividelle aziende private*».[54] Infatti, nel Codice è attualmente contemplata una disciplina più articolata rispetto a quella precedente, sia in tema di contratti di partenariato che di rischi ad essi legati, nonostante tali temi essi non siano stati oggetto specifico di previsioni *ad hoc* nell'ambito delle Direttive del 2014. Ma la promozione di essi è stata principio e criterio direttivo per l'esercizio della delega conferita al Governo dalla Legge n. 11/2016 e finalizzata all'emanazione del D. Lgs. 50/2016, all'interno del quale, relativamente alle disposizioni sui contratti di

ISSN 2036-7821

sicuramente di migliorare le sue *performance*, ma anche di contribuire al rilancio dello sviluppo economico delle imprese che operano nel settore - sia le grandi che le PMI - e che concorrono nel Mercato Unico Europeo.
Non va, poi, sottaciuto che, proprio in questa prospettiva di collaborazione, il BIM può essere proficuamente utilizzato anche per superare le difficoltà che ancora si incontrano rispetto ai contratti di partenariato pubblico privato (PPP) e che sono legate, essenzialmente, a tutta una casistica di rischi specifica per la realizzazione di tali tipologie di progetti e sulle quali è intervenuto il Legislatore all'interno del nuovo Codice dei Contratti[54]. Pertanto, attualmente, sono previste due tipologie di concessione: la concessione di lavori per così dire "classica"[55] e la concessione affidata con il sistema della finanza di progetto o *Project Financing*[56], relativamente alle quali il metodo BIM potrebbe costituire una applicazione d'elezione, dovendo essere utilizzato essenzialmente per le opere complesse[57]. Infatti, il suo approccio altamente strategico, che offre la possibilità di analizzare l'oggetto architettonico e di valutare le sue prestazioni già in fase progettuale (all'interno della quale risulterebbero agevolate non solo l'individuazione, ma anche la gestione e l'allocazione dei rischi di progetto) potrebbe fortemente contribuire a ridurre la "mortalità" dei progetti di PPP, rendendone più certa la realizzazione, e potrebbe favorire la stessa partecipazione degli enti finanziatori già in una fase iniziale, agevolando il raggiungimento del c.d. *financial closing*[58], momento cruciale di tutte le operazioni, specialmente di quelle di *Project Financing*[59], all'interno delle quali sono coinvolte

PPP e sulla finanza di progetto, si conserva l'impianto fondamentale contenuto nel Codice dei Contratti del 2006) e si provvede a specificare taluni concetti ivi non presenti.

[54] Infatti, nel Codice è attualmente contemplata una disciplina più articolata rispetto a quella precedente, sia in tema di contratti di partenariato che di rischi ad essi legati, nonostante tali temi essi non siano stati oggetto specifico di previsioni *ad hoc* nell'ambito delle Direttive del 2014. Ma la promozione di essi è stata principio e criterio direttivo per l'esercizio della delega conferita al Governo dalla Legge n. 11/2016 e finalizzata all'emanazione del D. Lgs. 50/2016, all'interno del quale, relativamente alle disposizioni sui contratti di PPP e sulla finanza di progetto, si conserva l'impianto fondamentale contenuto nel Codice dei Contratti del 2006) e si provvede a specificare taluni concetti ivi non presenti.

[55] Artt. 164 e ss.

[56] Artt. 183 e ss. del Codice dei Contratti.

[57] Ai sensi dell'art. 3, lett. oo), del D.Lgs. 50/2016 che definisce «**lavori complessi**» quelli che «*superano la soglia di 15 milioni di euro e sono caratterizzati da particolare complessità in relazione alla tipologia delle opere, all'utilizzo di materiali e componenti innovativi, alla esecuzione in luoghi che presentano difficoltà logistiche o particolari problematiche geotecniche, idrauliche, geologiche e ambientali*».

[58] Il *financial closing* è l'espressione con la quale si indica la fine del processo, quella nella quale si considerano chiuse tutte le operazioni contabili e vengono chiusi i relativi registri sì da preparare i documenti finanziari necessari alla fase del *reporting*.

[59] Quale strumento di Partenariato Pubblico Privato, il *project financing* è stato introdotto nel nostro ordinamento per consentire - grazie, appunto, al supporto del privato - di realizzare opere pubbliche e/o di interesse pubblico che rispondano alle esigenze della collettività. Da tale forma di collaborazione derivano notevoli vantaggi sia in termini di crescita economica che di contenimento del debito pubblico e di allargamento delle strutture; ma, pur avendo *in nuce* la potenzialità di contribuire alla soddisfazione dell'interesse pubblico, il *project financing* continua, purtroppo, ad essere uno strumento di utilizzazione effettiva molto limitata rispetto alle sue potenzialità, a causa

ISSN 2036-7821

diverse professionalità che, grazie al BIM, passando attraverso una più adeguata gestione dei rischi di progetto, potrebbero essere gestite con vantaggi che si ripercuoterebbero sul miglioramento dell'efficienza della progettazione, sulla riduzione dei tempi di affidamento dei contratti di PPP, su una migliore previsione dei costi di realizzazione, manutenzione e gestione dell'opera ed infine su un più corretto monitoraggio del progetto stesso[60].

Insomma, tale metodologia digitale potrebbe sia essere un valido incentivo attraverso cui stimolare i privati alla presentazione alle pubbliche amministrazioni di progetti sulla base dei quali organizzarsi, sia riuscire a creare una più giusta simmetria tra amministrazioni ed operatori economici, grazie alla quale consapevolmente richiedere, selezionare e controllare una determinata prestazione, pure rispetto alla fase di monitoraggio *ex post*. Perché sia possibile tutto questo è, però, necessario che si accrescano le competenze tecniche e che si sostituiscano i classici strumenti cartacei con quelli digitali, sì da superare tutte le arretratezze che impediscono al nostro Paese di essere competitivo con gli altri Paesi europei.

4. Definizione, descrizione ed origine del BIM

A Gennaio 2018, nel corso di un convegno dedicato al *building information modeling*[61], è stato particolarmente enfatizzato il ruolo del lavoro collaborativo, fondamentale nella digitalizzazione del Settore delle Costruzioni e posto alla base del BIM, che, in realtà, risale già al periodo tra la fine degli anni Cinquanta e l'inizio degli anni Sessanta, quando - negli Stati Uniti - furono avanzate, in un ambito socio-tecnico preciso ed in un'ottica di collaborazione ed integrazione, forti istanze pragmatiche di sinergia tra istituzioni, accademie e aziende.

Una vorticosa rivoluzione degli strumenti di disegno e progettazione si è verificata, però, solo negli ultimi due decenni, tanto che il tradizionale "tecnigrafo"[62] ha dovuto

---

certamente delle complessità e delle difficoltà che lo connotano e che, frequentemente, determinano l'interruzione della realizzazione del progetto; ma a causa, spesso, anche della scarsa specializzazione delle risorse umane delle pubbliche amministrazioni con cui il privato deve interagire. Sul tema si rinvia, a titolo meramente indicativo, *ex multis*, a F. AMATUCCI, *Il* project finance *nelle aziende pubbliche*, Egea, 2002; F. FERRARI, F. FRACCHIA, (a cura di), Project financing *e opere pubbliche: problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme*, Giuffrè, 2004; A. CAPASSO, *Finanza di progetto*, Franco Angeli, 2002; D. SCANO, *Project financing*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2006; G. CRISTIANO e M. FAZIO, *I soggetti protagonisti nell'operazione di project financing*, in *Il project financing nel Codice dei Contratti*, Giappichelli, 2007; V. LEMMA, *La riforma della finanza di progetto*, Giappichelli, 2011; S. AMOROSINO, *La finanza di progetto nel quadro del partenariato pubblico – privato: profili introduttivi*, in *Il* project financing. *Analisi giuridica, economico-finanziaria, tecnica, tributaria, bancaria, assicurativa*, a cura di Mariani, Menaldi & Associati, Giappichelli, 2012; B. N. ROMANO, *Il* project financing *in Italia. Origini, evoluzione e problematiche,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; più recenti, M. NICOLAI, W. TORTORELLA, *Partenariato Pubblico Privato e* Project Finance, Maggioli editore, 2020.

[60] Da tali vantaggi deriverebbe anche una più agevole revisione del PEF (Piano Economico Finanziario).

[61] Organizzato a Santiago del Cile.

[62] Apparecchio inventato (alla fine dell'800 da un disegnatore della *Wellman Seaver Morgan Engineering Co*. di *Cleveland*, in *Ohio*) per una rapida esecuzione di disegni tecnici e costituito da un dispositivo fissato a un tavolo

ISSN 2036-7821

gradualmente passare le consegne al CAD - *Computer-Aided Design* - metodologia che compare negli studi di progettazione per la prima volta nel 1959 e dalla quale si è partiti per giungere, nel 1963, allo sviluppo del *software Sketchpad*, primo prototipo di interfaccia grafica che ha dato avvio all'era del disegno digitale.
Se, nel 1982, AutoCAD di Autodesk è stato il primo *software* CAD di progettazione 2D realizzato per PC - però ancora abbastanza costoso e scarsamente utilizzato - negli anni Novanta i sistemi CAD sono giunti alla portata di tutti i professionisti grazie alla diffusione delle interfacce utente grafiche ed all'abbassamento dei costi dell'*hardware*, entrambe conseguenze della maturata semplificazione che si è registrata nell'uso del computer e che ha condotto, tra il 1994 e il 1999, ai sistemi CAD complessi, dotati di gestione e modellazione solida 3D.
Dunque, si può sostenere che l'antesignano del BIM sia stato il CAD, ancora oggi di largo utilizzo professionale in quanto, spesso, il disegno di un'opera viene prima realizzato con la metodologia CAD 2D e poi importato in BIM per essere utilizzato come grafica di partenza e come parte del risultato.
Ma quando nasce, effettivamente, il BIM?
Una prima definizione di esso, che lo anticipa, è stata introdotta nel 1974 da Charles M. Eastman, professore universitario scomparso di recente[63] che, mettendo in evidenza i forti limiti del disegno tradizionale informatico adoperato fino a quel momento per descrivere un edificio, ha introdotto, per la prima volta, una modalità di rappresentazione grafica[64] da cui sono derivati, poi, lo sviluppo del BIM[65] e quello

---

mediante un sistema di molle all'interno del quale sono innestate due righe disposte ortogonalmente fra di loro e inclinabili solidamente di un angolo qualsiasi il quale, a sua volta, è misurato da un goniometro inserito nel dispositivo stesso. Esso è stato introdotto negli uffici di progettazione delle aziende italiane più o meno a partire dal 1930.

[63] È morto, infatti, nel 2020 ed è stato riconosciuto come pioniere nelle aree della cognizione del progetto, della modellazione delle informazioni sugli edifici, della modellazione solida e parametrica, dei *database* di ingegneria, dei modelli di prodotto e dell'interoperabilità.

[64] Il BDS o *Building Description System* che, come sostenuto dallo stesso Eastman, «*è stato avviato per dimostrare che una descrizione computerizzata di un edificio potrebbe replicare o migliorare tutti i punti di forza attuali dei disegni come mezzo per la progettazione, la costruzione e il funzionamento degli edifici, nonché eliminare la maggior parte dei loro attuali punti deboli. La nostra premessa era che si potesse sviluppare un database informatico che consentisse la descrizione geometrica, spaziale e di proprietà di un numero molto elevato di elementi fisici, disposti nello spazio e "collegati" come in un edificio reale. Una caratteristica importante del modello BDS è la sua capacità di generare disegni. Da questo database unico, il progettista può richiedere qualsiasi pianta o sezione, prospettiva o esploso e ricevere documenti di dettaglio costruttivo di alta qualità, in tempi brevi e con costi contenuti. Tutti i disegni prodotti dallo stesso database sarebbero automaticamente coerenti*».

[65] La descrizione del BIM arriva solamente 18 anni più tardi, nel 1992, ad opera di Nederveen e Tolman. Nel 1994 viene, poi, fondata negli USA la IAI - *International Alliance of Interoperability* - per uno sviluppo integrato di applicazioni che creano il primo standard di scambio, l'IFC – *Industry Foundation Classes*. Due anni dopo, nel 2005, lo IAI cambia nome in *Building Smart.* Dal 2007 gli Stati Uniti, pionieri del disegno digitale, richiedono l'uso del BIM per tutti i grandi progetti che ricevono finanziamenti pubblici; il modello di maturità BIM di *Bew-Richards* del 2008 ha definito quattro livelli di BIM, con un approccio basato sul modello collaborativo, completamente integrato e interoperabile.

ISSN 2036-7821

della raffigurazione tridimensionale di un manufatto, in grado di contenere informazioni di tipo geometrico, oltre allo sviluppo degli strumenti *software* grazie ai quali rendere disponibili modelli virtuali, via via sempre più adeguati alle effettive esigenze della produzione edilizia.
In Europa il BIM arriva nel 2011[66], ma solo nel 2014 ne viene introdotto l'uso negli Stati membri dell'Unione Europea grazie alla Direttiva 2014/24/UE[67]; contrariamente alle aspettative, però, sebbene - specie in Francia ed in Germania - la letteratura sul tema sia stata molto consistente, il ricorso ad esso non è stato ampio, probabilmente a causa delle riserve legate ancora ad una sorta di retaggio rinascimentale per cui era grazie alla relativa semplicità tecnologica dei cespiti da progettare che i progettisti potevano esercitare un predominio umanistico e scientifico sugli esecutori[68]. Il BIM, invece, tendeva (e tende) a superare questo predominio, puntando proprio sulla concretizzazione dell'esigenza di prefigurare la realizzazione di un progetto affiancando l'apporto ideativo a quello attuativo grazie alla rappresentazione digitale di caratteristiche fisiche e funzionali di un oggetto, che rende possibile una migliore comprensione e risoluzione dei problemi rispetto ai documenti bidimensionali.

4.1. Profili normativi e disciplina all'interno del Codice dei Contratti
Il Codice dei Contratti[69] ha recepito l'art. 22 della Direttiva 2014/24/UE nell'art. 23, comma 1, lettera h)[70] e comma 13[71], norma che dimostra grande attenzione alla fase di

[66] Dopo che la Norvegia e la Finlandia hanno redatto il Piano Nazionale per l'utilizzo di esso in tutti i progetti pubblici, con l'obiettivo di ridurre sprechi e costi.
[67] Segnatamente, tramite l'art. 22, paragrafo 4.
[68] I singoli Paesi europei hanno, ognuno secondo proprie modalità, cominciato già da tempo a fare ricorso al BIM. Infatti, ad esempio, in Germania, all'interno del programma «*Planen-bauen* 4.0», nel 2015, è stata definita, dal Ministro federale tedesco dei trasporti e delle infrastrutture digitali (Bmvi), una strategia volta a favorirne l'applicazione nel settore delle infrastrutture di trasporto, in tutti i progetti pubblici appaltati a partire dalla fine del 2020; partendo da un livello base («Livello di prestazione 1»), l'obiettivo è quello di giungere gradualmente ad una metodologia di lavoro integrata, in un ambiente di dati aperto e collaborativo. In Francia, invece, è stata sviluppata una piattaforma (*Kroqi*) nell'ambito del *Plan Transition Numérique dans le Bâtiment* (Ptnb) da parte del *Centre Scientifique et Technique du Bâtiment* avente la funzione di fornire a tutti gli operatori informazioni e aggiornamenti sulle azioni intraprese, sì da agevolare l'utilizzo del BIM in un'ottica di promozione e di sviluppo dell'utilizzo degli strumenti digitali, come previsto anche nell'ambito del piano nazionale Pnb. Nel novembre del 2018 è stato presentato, da parte del Ministero per la coesione territoriale, il *Plan* Bim 2022 che, succedendo al Ptnb, è finalizzato a consentire una generalizzazione dell'utilizzo di tale strumento nelle costruzioni, grazie ad una maggiore definizione delle responsabilità individuali e all'aumento delle competenze di tutti i professionisti. In Spagna, infine, è stata sviluppata, dal Ministero dei lavori pubblici, la piattaforma Es.Bim con l'obiettivo di condividere le esperienze maturate, attraverso la circolazione di buone pratiche da parte di imprese e professionisti che abbiano sperimentato i processi BIM. Cfr. *EubimTaskgroup, Manuale per l'introduzione del Bim da parte della domanda pubblica in Europa - Un'azione strategica a sostegno della produttività del settore delle costruzioni: un fattore trainante per l'incremento del valore, l'innovazione e la crescita*, pp. 35, 49 e 53.
[69] La legge delega n. 11/2016 che ha portato all'emanazione del Codice, all'art. 1, comma 1, lett. oo) prevedeva la «*valorizzazione della fase progettuale negli appalti pubblici e nei contratti di concessione di lavori, promuovendo la qualità architettonica e tecnico-funzionale, anche attraverso … (…) … il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici, quali quelli di modellazione elettronica e informativa per l'edilizia e le infrastrutture*».

ISSN 2036-7821

progettazione delle opere, considerata in forte evoluzione e, soprattutto, particolarmente delicata proprio perché preliminare alla realizzazione di queste[72].
Segnatamente, è il comma 13 di essa che fa riferimento all'utilizzo di *piattaforme interoperabili a mezzo di formati aperti non proprietari*[73] da parte delle stazioni appaltanti, le quali possono richiedere di farne uso sia per le nuove opere sia per interventi di recupero, riqualificazione o varianti, prioritariamente per i lavori complessi. La norma punta al fine di *non limitare la concorrenza tra i fornitori di tecnologie* e di coinvolgere *specifiche progettualità tra i progettisti*; pertanto, essa richiede anche che le stazioni appaltanti siano dotate di *personale adeguatamente formato,* in grado non solo di utilizzare tale metodologia, ma anche di realizzare una progettazione che le metta in condizione di essere "qualificate", requisito, quest'ultimo, considerato *parametro di valutazione dei requisiti premianti* dall'art. 38 del Codice, per cui le stazioni appaltanti che, rispetto al complesso delle attività che caratterizzano il processo di acquisizione di un bene, servizio o lavoro, abbiano capacità di progettazione, di affidamento e di verifica sull'esecuzione e controllo dell'intera procedura - ivi incluso il collaudo e la messa in opera - possono essere definite "qualificate" ed iscritte in un apposito elenco istituito presso l'ANAC.
In pratica, si è voluta attribuire al progettista di un'opera pubblica una serie di obiettivi che non si limitano al tradizionale ambito delle attività di natura tecnico-architettonica, ma che involgono anche aspetti di rilevanza economica, sociologica,

---

[70] In merito al contenuto dell'art. 23 si rinvia alla nota 34, p. 9.

[71] Il comma 13 recita: «*Le stazioni appaltanti possono richiedere per le nuove opere nonché per interventi di recupero, riqualificazione o varianti, prioritariamente per i lavori complessi, l'uso dei metodi e strumenti elettronici specifici di cui al comma 1, lettera h).Tali strumenti utilizzano piattaforme interoperabili a mezzo di formati aperti non proprietari, al fine di non limitare la concorrenza tra i fornitori di tecnologie e il coinvolgimento di specifiche progettualità tra i progettisti. L'uso dei metodi e strumenti elettronici può essere richiesto soltanto dalle stazioni appaltanti dotate di personale adeguatamente formato. Con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, da adottare entro il 31 luglio 2016, anche avvalendosi di una Commissione appositamente istituita presso il medesimo Ministero, senza oneri aggiuntivi a carico della finanza pubblica sono definiti le modalità e i tempi di progressiva introduzione dell'obbligatorietà dei suddetti metodi presso le stazioni appaltanti, le amministrazioni concedenti e gli operatori economici, valutata in relazione alla tipologia delle opere da affidare e della strategia di digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche e del settore delle costruzioni. L'utilizzo di tali metodologie costituisce parametro di valutazione dei requisiti premianti di cui all'articolo 38*)».

[72] Va evidenziato che, in tema di progettazione, la separazione della fase della progettazione esecutiva dalla fase dell'esecuzione delle opere pubbliche, che il nuovo Codice dei Contratti ha voluto, ha sollevato numerose critiche, tanto che lo stesso Legislatore ha ritenuto opportuno modificare la precedente versione dell'art. 59 attraverso l'art. 38, comma 1, lett. b) del D.Lgs. n. 56/2017 (Primo correttivo) escludendo dal divieto di affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori tutti i casi di «*affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità, locazione finanziaria, nonché delle opere di urbanizzazione a scomputo di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e)* […]», scardinando, in tal modo, il dogma che imponeva la necessità di separare la fase della progettazione da quella dell'esecuzione ed individuando delle ipotesi in cui è, invece, possibile l'affidamento congiunto. Cfr. M. TIBERII, *L'uso degli strumenti elettronici specifici (*building information modeling*) nei contratti pubblici,* cit.

[73] Il formato aperto è un formato *file* basato su specifiche sintassi di dominio pubblico il cui utilizzo è accessibile a tutti gli operatori senza la necessità di disporre di specifiche applicazioni *software.*

ISSN 2036-7821

urbanistica, oltre che aspetti legati al consumo di suolo, al risparmio energetico e, più in generale, al fabbisogno della collettività.
Inoltre, si deve evidenziare che, nel richiedere la presenza di personale adeguatamente formato all'interno della Pubblica Amministrazione, la norma ha voluto, evidentemente, intendere la necessità di creare un nuovo ruolo di funzionario della stazione appaltante con caratteristiche di *Project Manager*, sì da alleggerire gli uffici tecnici della mera progettazione delle opere.
In attuazione di questo stesso comma[74] è stato adottato il Decreto n. 560 del 1° dicembre 2017 (anche noto come Decreto Baratono[75]), che disciplina la graduale implementazione e le specifiche modalità del BIM in Italia, a partire dal primo gennaio 2019.

4.2. Il Decreto Baratono (D.M. n. 560 del 2017)
L'entrata in vigore del Decreto Ministeriale n. 560 del 2017[76] ha reso obbligatorio il ricorso alla metodologia BIM e ne ha definito le modalità e i tempi di progressiva introduzione da parte delle stazioni appaltanti, delle amministrazioni concedenti e degli operatori economici relativamente agli appalti di lavori ed alle concessioni di lavori.
Tenuto conto che tali soggetti erano assolutamente impreparati in materia, esso ha individuato, tra gli adempimenti preliminari da doversi attuare, innanzitutto l'adozione di un "Piano di formazione del proprio personale" da parte delle stazioni appaltanti «*in relazione al ruolo ricoperto, con particolare riferimento ai metodi e strumenti elettronici specifici, quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture, anche al fine di acquisire competenze riferibili alla gestione informativa ed alle attività di verifica*

[74] Tale comma prevede, infatti, che sia definita con decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (da adottarsi entro il 31 luglio 2016) la progressiva introduzione dell'obbligatorietà dei suddetti metodi.
[75] È detto anche Decreto Baratono per via del nome dell'Ingegnere che ha presieduto la Commissione che si è occupata di predisporne il testo e che è stata presieduta dal Ministro delle Infrastrutture e trasporti dell'epoca (Delrio). Il testo del decreto è il risultato di un lavoro complesso e approfondito, nell'ambito del quale si è tenuto debitamente conto delle audizioni dei principali *stakeholder* del settore che hanno consentito la predisposizione di una prima bozza del provvedimento che è stata, poi, sottoposta a consultazione pubblica *online* tra giugno e luglio 2017.
[76] Il Decreto Baratono si definisce "atto non regolamentare" - sebbene avesse le caratteristiche per essere definito norma regolamentare, quali generalità, astrattezza e innovatività - perché è stato adottato senza sottoporlo al previo parere del Consiglio di Stato, così come previsto dall'art. 17 della legge n. 400/1988. Il Consiglio di Stato, con il parere n. 458/2019, lo ha dichiarato illegittimo (anche se in via del tutto incidentale e senza conseguenza alcuna sulla vigenza e sull'efficacia del Decreto stesso) nell'ambito della richiesta effettuata dall'ANAC a proposito della bozza di "Aggiornamento delle Linee guida n. 1, recanti «Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria», in attuazione dell'articolo 213, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50" senza esplicazione di effetti sulla validità e sull'efficacia del D.M. 560/2017. Tale dichiarazione di illegittimità non ha portato, in questi anni, ad alcun tipo di conseguenza sull'applicabilità del Decreto.

ISSN 2036-7821

utilizzando tali metodi»[77], sì da dotare le amministrazioni di soggetti in grado, se non di progettare, per lo meno di comprendere i progetti e, dunque, di interagire con le varie figure professionali coinvolte nella procedura e con le quali si condividono le informazioni digitali. In tal modo si è ritenuto di rendere più concreto un approccio consapevole e responsabile, non improvvisato, grazie al quale definire, con logiche computazionali, un quadro di esigenze, requisiti e contenuti da realizzare, prestando particolare attenzione alle modalità di funzionamento e utilizzo nel tempo di edifici e infrastrutture.

Al piano di formazione si affiancano il "Piano di acquisizione o di manutenzione di *hardware*[78] e *software*[79] di gestione digitale dei processi decisionali e informativi" ed un "Atto organizzativo" attraverso il quale esplicitare il processo di controllo e gestione, i gestori dei dati e la gestione dei conflitti[80]. Rispetto a tale ultimo atto va evidenziato che, sebbene si tratti di un provvedimento fondamentale ai fini dell'utilizzo dei metodi e strumenti BIM, esso non trova alcuna specificazione nel dettato normativo che chiarisca quali ne debbano essere gli aspetti sostanziali ed operativi ed in che

[77] Art. 3, comma 1, lett. a) D.M. 560/17. Nella "Relazione di accompagnamento alla consultazione pubblica per il decreto per la modellazione elettronica" pubblicata in data 20 giugno 2017 è precisato che la definizione del programma formativo del personale di appartenenza alla committenza pubblica sia «*possibilmente annuale e pluriennale*», fermo restando che la sua destinazione ai compiti inerenti «*non preclude evidentemente la possibilità di ricorrere a servizi esterni di supporto*».

[78] Nel BIM l'*hardware* (che è la parte materiale di un *computer*, costituita da tutte le parti elettroniche, elettriche, meccaniche, magnetiche, ottiche che ne consentono il funzionamento) deve necessariamente adattarsi al tipo di *software* scelto, ed in particolare alle esigenze grafiche e di calcolo. Esso deve essere bilanciato alle reali necessità societarie ed essere adeguato non solo alla dimensione aziendale in termini di postazioni diversificate per tipologia e di configurazione della rete interna (quando presente) e delle interfacce con l'esterno, ma anche alle necessità in termini di sicurezza, protezione e salvaguardia dei dati.

[79] Quando si parla di *software*, invece, si fa riferimento a differenti tipologie che sono a disposizione di una commessa digitale e che possono essere classificate per tipologie, in funzione del loro campo di applicazione: innanzitutto si parla di *Authoring*, ovvero degli strumenti di modellazione tridimensionale parametrica che creano i componenti del progetto, all'interno del quale ogni oggetto viene inserito, descritto e progettato in termini di geometria (BIM 3D), caratteristiche, collocazione e correlazione reciproca. In pratica, tali strumenti sono quelli che generano il patrimonio informativo sotto forma di un *database* relazionale e che hanno rivoluzionato le modalità di progettazione introducendo il concetto di modello virtuale dell'opera. Ma si parla anche di *Processo*, e cioè degli strumenti per la gestione e l'utilizzo dei dati e delle informazioni contenute nei modelli per altre attività - quali, ad esempio, la pianificazione (BIM 4D), il computo (BIM 5D), il calcolo strutturale, le analisi energetiche e di sostenibilità (BIM 6D), il *Facility Management* (BIM 7D). Tali *software* comunicano con quelli di *Authoring* ed estrapolano e rielaborano informazioni utili per i più disparati scopi. A questi *software* si aggiungono, poi, quelli di *Validazione e controllo*, che consentono, attraverso la visualizzazione e la «navigazione intelligente», di validare i dati e di effettuare controlli di interferenze e/o sulla base di regole preventivamente implementate (*Model and Code checking*). Queste soluzioni garantiscono qualità e consistenza dei *database* informativi e consentono diverse operazioni di coordinamento interdisciplinare. Infine, ci sono le *Piattaforme di collaborazione* che, invece, consentono il coordinamento e la collaborazione fra «gli attori» dei processi di una commessa, collettori unici ed esclusivi dello scambio e utilizzo delle informazioni legate ad un progetto nell'ambito delle costruzioni. Esse possono sia essere prettamente operative - e, dunque, finalizzate alla condivisione dei modelli informativi e alla collaborazione interdisciplinare - sia, invece, più complesse e caratterizzate da una forte integrazione interdisciplinare.

[80] Art. 3, comma 1, lett. b) e c) D.M. 560/17.

ISSN 2036-7821

modo debba essere elaborato. Ciononostante, va considerato determinante proprio perché assicura che i benefici che derivano dalla digitalizzazione siano conseguiti interamente, «*ben oltre la mera richiesta, produzione e controllo dei modelli informativi*»[81]; a tal fine, in esso devono essere esplicitamente disciplinati tutti i profili e le responsabilità dei soggetti coinvolti nella modellazione e nella gestione informativa.
Una volta elaborati i suddetti atti preliminari, essi vanno a formare un unico *database*, all'interno del quale tutte le informazioni di progetto devono essere continuamente condivise tra i soggetti coinvolti mediante il trasferimento tra applicazioni diverse che consentano la riduzione al minimo della necessità di copiare manualmente i dati già generati in altre applicazioni. Tale attività determina un vero e proprio flusso di lavoro trasparente e aperto che, grazie ad una piattaforma comune - preferibilmente il *cloud*[82] - rende i dati fruibili in tempo reale in qualsiasi momento ed in qualsiasi luogo dotato di connessione, ma, soprattutto, a ciascuno dei membri che partecipano al progetto, come previsto dall'art. 4 del Decreto che individua nella *interoperabilità* un requisito indispensabile nella realizzazione delle opere attraverso il BIM.
La specificità di tali passaggi impone che le stazioni appaltanti interessate, se intendono fare ricorso al BIM, prevedano e disciplinino puntualmente tale possibilità all'interno del capitolato che, dunque, deve indicare i contenuti informativi strategici generali e specifici - «*tenuto conto della natura dell'opera, della fase di processo e del tipo di appalto*»[83] - cui devono aggiungersi tutti gli elementi utili all'individuazione «*dei requisiti di produzione, di gestione e di trasmissione ed archiviazione dei contenuti informativi, in stretta connessione con gli obiettivi decisionali e con quelli gestionali*», includendo, altresì, il modello informativo relativo allo stato iniziale dei luoghi e delle eventuali opere preesistenti. Una volta confezionato, il capitolato deve essere comunicato anche ai subappaltatori e ai subfornitori che hanno l'obbligo di concorrere con l'aggiudicatario con riferimento alle diverse fasi del processo di realizzazione o gestione dell'opera. Grazie ad esso l'apporto di tutti i soggetti si connota di un importante profilo rispetto alle responsabilità da accertarsi sia in caso di inadempimento dell'obbligazione principale[84] sia in relazione ad eventuali sopravvenienze non imputabili ed all'incidenza del *casus fortuitus*.
Insomma, esso rappresenta lo strumento attraverso il quale il committente indica precisamente ai fornitori le proprie necessità, sì da riuscire ad indirizzare i flussi

[81] Come è evincibile dalla "Relazione di accompagnamento alla consultazione pubblica per il decreto per la modellazione elettronica".
[82] Il *cloud* è uno spazio virtuale accessibile via *web* da dispositivi elettronici, quali pc, *tablet* e *smartphone*. Tali dispositivi consentono di archiviare e sincronizzare i modelli BIM (ma non solo), rendendoli disponibili per la visualizzazione e l'elaborazione ai soggetti interessati all'intervento, ovunque si trovino.
[83] Art. 7, comma 1, lett. a) D.M. 560/2017.
[84] Come richiesto dall'Anac, nelle Linee Guida n. 1 - Uso di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture - Equo Compenso.

ISSN 2036-7821

informativi legati all'opera da realizzare[85]. Ovviamente la documentazione di gara deve essere resa disponibile tra le parti su supporto informatico per mezzo di formati digitali coerenti con la natura del contenuto e con quanto previsto dai requisiti informativi del capitolato.

Aspetto essenziale all'interno del Decreto Baratono è quello relativo alla trattazione dei tempi di introduzione del BIM[86], che si caratterizzano per la peculiarità di essere stati previsti scaglionati nell'arco di sette anni, a partire dal 2019, ed in ordine di valore decrescente, dando la precedenza ai lavori complessi di importo a base di gara pari o superiore a cento milioni di euro, per proseguire, anno dopo anno, fino ad arrivare all'applicazione obbligatoria di esso a tutte le nuove opere, anche con importo a base di gara sotto il milione di euro nel 2025. Durante questo lungo arco temporale, le stazioni appaltanti possono avere il tempo necessario a "metabolizzare" gradualmente la complessità della metodologia, tant'è che, nel periodo transitorio precedente alla completa informatizzazione, la documentazione di gara è resa disponibile "anche" su supporto informatico, perché è comunque considerata a tutti gli effetti valida quella cartacea, «*integrata, ove necessario, dalla documentazione digitale*»[87].

La scelta di favorire, nella progressione temporale, le opere più complesse, è stata, senza dubbio, determinata dalla volontà di agevolarne la realizzazione (che si verifica sicuramente con minore frequenza rispetto alle opere più ordinarie) attraverso una progettazione più completa ed efficace, grazie alla quale riuscire a prevederne anzitempo ogni problematica eventuale: sperimentare il BIM rispetto ad opere di maggiore complessità ma di minore frequenza di realizzazione può consentire alle pubbliche amministrazioni di "formarsi", in previsione del momento in cui l'utilizzo di esso sarà obbligatorio per tutte le nuove opere (comprese, dunque, quelle di minore complessità).

Il Decreto, al riguardo, ha chiarito che sono da considerarsi "complessi" i lavori caratterizzati da un elevato contenuto tecnologico o da una significativa interconnessione degli aspetti architettonici, strutturali e tecnologici, ma lo sono anche quelli connotati da rilevanti difficoltà realizzative dal punto di vista impiantistico-tecnologico[88]. Per cui, in tale ambito, rientrano sia i lavori determinati

---

[85] Cfr. R. PICARO, *Divagazioni in tema di attività contrattuale dei committenti pubblici al tempo della digitalizzazione dei processi costruttivi. La questione dei requisitiinformativi*, in *Il diritto dell'economia*», 1 2020, p. 351; ma anche A.L.C. CIRIBINI, *L'intervento. Nei bandi di progettazione in Bim stazioni appaltanti in ordine sparso suicapitolati informativi*, in *Edilizia e territorio*, 24 maggio 2018.

[86] Art. 6 D.M.560/2017.

[87] In realtà, ancora prima che il decreto entrasse in vigore, alcune amministrazioni pubbliche hanno iniziato a bandire gare con le nuove regole. È il caso del Bando per la realizzazione del nuovo Ponte Ciclopedonale della Navetta a Parma e di quello per la Riqualificazione di un ex Cinema di Bologna, pubblicato dall'Agenzia del Demanio.

[88] Art. 2, comma 1, lett. e) del D.M. 560/2017.

ISSN 2036-7821

da esigenze particolarmente accentuate di coordinamento e di collaborazione tra discipline eterogenee - la cui integrazione in termini collaborativi è ritenuta fondamentale per il risultato - sia quelli per i quali si richiede un elevato livello di conoscenza finalizzata principalmente a mitigare una serie di rilevanti rischi, tra cui l'allungamento dei tempi contrattuali, il superamento dei costi previsti, la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori coinvolti, il rendere disponibili informazioni attendibili ed utili anche per la fase di esercizio ed in generale per l'intero ciclo di vita dell'opera[89].

Insomma, dall'entrata in vigore del Decreto le stazioni appaltanti hanno potuto richiedere l'uso dei metodi di progettazione digitale per le nuove opere, per interventi di recupero, riqualificazioni o varianti, dando priorità ai lavori complessi; possibilità considerata, invece, facoltativa nel periodo transitorio, durante il quale gli operatori si sono adeguati maggiormente alla disciplina che, ovviamente, avrebbe (ed ha effettivamente) comportato difficoltà non solo rispetto alla configurazione di aggregazioni di dati utili per altri operatori in fasi successive, ma anche di articolazione di una modellazione informativa che, nei fatti, risulta ancora

[89] Particolarmente rilevante ai fini della cooperazione tra i vari soggetti coinvolti è l'apporto degli accordi collaborativi, relativamente ai quali è stato pubblicato, nel Regno Unito, il FAC 1 (*FrameworkAlliance Contract*); precisamente si tratta di un modello di contratto *standard* elaborato presso il *King's College* di Londra, sulla base di una prestigiosa *licence* firmata dal Rettore dell'Università degli Studi di Milano e realizzato, in data 20 dicembre 2016, in collaborazione con il Centro Inter ateneo CCLM (tra PoliMi, UniBs, UniMi). In realtà, non è chiaro se si tratti di un unico contratto - sia pure coinvolgente molte parti - oppure di un sistema di contratti distinti, di un sistema di sistemi, in cui i subappaltatori e i subfornitori abbiano un ruolo primario o meno. In ogni caso, si tratta di un modello contrattuale multilaterale, utilizzabile da committenti pubblici e privati, che promuove la logica della collaborazione e dell'efficienza come valori aggiunti di un nuovo tipo di contratto, ispirato alle sinergie per superare le possibili conflittualità che sono insite nei rapporti negoziali ed assicurando, dunque, la trasparenza. Grazie a tale modello è possibile coinvolgere tutti i professionisti nella collaborazione, promuovendo la trasparenza, prevenendo i rischi in fase di esecuzione - da cui deriva, ovviamente, la riduzione del contenzioso - ma, soprattutto, per quel che in tale sede interessa, si favorisce e si promuove l'utilizzo del BIM che, a sua volta, favorisce la collaborazione fra i diversi membri del *team* mettendo in relazione le diverse fasi di progettazione e realizzazione dell'opera. Cfr., sul punto, G. DI GIUDA S. VALAGUZZA, *Gli accordi collaborativi come elemento cruciale per una regolazione strategica nel settore delle costruzioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 7, in cui gli Autori, riprendendo la similitudine data dagli studiosi del tema del *King's College* di Londra, definiscono gli accordi collaborativi «*come un ombrello al di sotto del quale si collocano, a loro volta, diversi contratti, protetti dallo "scudo" della collaborazione formato sopra diloro*». Essi possono avere oggetto più o meno esteso e possono essere utilizzati per coordinare contratti già assegnati con procedure di gara o con altre modalità, ad imprese o a professionisti. Possono essere rapportati agli accordi quadro disciplinati nel nostro ordinamento. In dottrina si ritiene che il sistema del c.d. *Integrated Project Delivery* sia funzionale a garantire la complementarietà tra lo strumento dei contratti collaborativi e la metodologia BIM ai fini del miglioramento dell'efficienza degli appalti pubblici, in quanto contesto ottimale per sviluppare metodi di gestione avanzata ed in grado di «*offrire vantaggi sostanziali in termini di efficienza, sicurezza e integrazione*», cfr. G. M. RACCA, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, cit. 753. G.M. DI GIUDA, *Il* Building Information Modeling: *nuove relazioni e nuovi modelli contrattuali*, inAA.VV., *Innovare per progettare il futuro. Primo Libro Bianco sul Building Information Modeling, a cura di ItalferGruppo ferrovie dello Stato Italiane*, cit., 37.

ISSN 2036-7821

abbastanza nuova: ecco perché l'"Ambiente di Condivisione dei Dati" rimane, spesso, ancora solo un "Ambiente di Distribuzione dei Documenti"[90].

4.3. Criticità ed aspettative rispetto alla disciplina del 2017

Della disciplina del D.M. 560/2017, innovativa ed apparentemente esaustiva, sono state, però, da subito, evidenziate alcune criticità legate a lacune che, inevitabilmente, hanno suscitato perplessità.

La prima di queste è la mancanza, nella versione inizialmente introdotta nel nostro ordinamento, di un richiamo alla normativa UNI 11337, ovvero la norma tecnica italiana relativa alla "Gestione digitale dei processi informativi in edilizia"[91]. Essa si articola in dieci parti ancora non tutte emanate[92]. Di queste, particolarmente rilevante è la parte 7, pubblicata in coincidenza con l'incremento della diffusione della

[90] A. L. C. CIRIBINI, *La Norma UNI EN 11337-8: dall'*Information Management *al* Project Management, in *www.ingenio-web.it*, 22 maggio 2018.

[91] Tale normativa è uniforme a quella prevista a livello europeo e contiene la definizione di *standard* tecnologici per l'interoperabilità di sistemi, processi, prodotti, informazioni, piattaforme di acquisizione e scambio, codifiche di archiviazione e analisi dei dati. È stata approvata il 22 dicembre 2016 dalla Commissione tecnica «Prodotti, processi e sistemi per l'organismo edilizio», a seguito di intervento da parte dell'Ente Italiano di Normazione (UNI) in materia di gestione digitale dei processi informativi. La sua pubblicazione è avvenuta il 26 gennaio 2017. Dalla norma UNI 11337 nascono le cosiddette dimensioni del BIM dal 3D al 7D. Invece, le norme EN15221 definiscono il *facility management* e i termini di base relativi all'ambito.

[92] Brevemente, la parte 1 (che sostituisce la UNI 11337:2009) è quella in cui si precisano i tratti generali della gestione digitale del processo informativo nel settore delle costruzioni che possono essere relativi a qualsiasi attività di natura complessa. Le parti 2 e 3 sono ancora oggetto di approfondimento (in particolare, la parte 2 non è stata pubblicata; la parte 3 definisce le schede informative digitali per i prodotti da costruzione e per i processi). La parte 4 (rubricata "Edilizia e opere di ingegneria civile - Gestione digitale dei processi informativi delle costruzioni - Parte 4: Evoluzione e sviluppo informativo di modelli, elaborati e oggetti) specifica gli obiettivi di ciascuna fase del processo introdotta nella parte 1 e definisce una scala comune di livello di sviluppo informativo degli oggetti ed una scala comune di stati di lavorazione e approvazione del contenuto informativo del modello BIM (LOD - *Level of Development*). In analogia con la normativa statunitense e britannica, il LOD è la valutazione dei livelli degli attributi, grafici e non grafici, di un oggetto digitale rispetto alla natura, quantità, qualità e stabilità dei dati e delle informazioni e, nella tecnologia BIM, introduce lo stato di lavorazione e di approvazione dei modelli e degli elaborati, intesi come passaggi che attestano il grado di progressione operativa e di affidabilità formale del contenuto informativo delle singole operazioni, perché riassume il livello di dettaglio richiesto. Cfr. R. PICARO, *Divagazioni in tema di attività contrattuale dei committenti pubblici al tempo della digitalizzazione dei processi costruttivi. La questione dei requisiti informativi* in *Il diritto dell'economia»*,1 2020, pp. 344-367. La parte 5 (rubricata "Edilizia e opere di ingegneria civile – Gestione digitale dei processi informativi delle costruzioni – Parte 5: Flussi informativi nei processi digitalizzati") definisce i ruoli, le regole ed i flussi necessari alla produzione, gestione e trasmissione delle informazioni e la loro connessione e interazione nei processi di costruzione digitalizzati. La parte 6, invece, è stata pubblicata successivamente alle precedenti (nel 2017) e definisce le linee guida per la redazione del Capitolato Informativo, necessarie se si tiene conto che, in un qualsiasi intervento di lavori, servizi o forniture, la definizione dei requisiti per la produzione, gestione e trasmissione di dati avviene attraverso l'elaborazione di tre differenti documenti, e cioè: il Capitolato Informativo – elaborato da parte del committente; il Piano di Gestione Offerta di Gestione (oGI) - con il quale rispondono gli offerenti; ed il Piano di Gestione Informativa (pGI) - con cui l'affidatario consolida l'offerta. È in fase di discussione la parte 8, dedicata al monitoraggio delle linee di applicazione del BIM, in particolare sulle procedure amministrative e sul rilascio dei titoli autorizzativi e abilitativi.

ISSN 2036-7821

digitalizzazione nel settore e contenente i requisiti di conoscenza, abilità e competenza delle figure coinvolte nella gestione e nella modellazione informativa[93]. Essa si sofferma sulle nuove figure che rivestono un ruolo essenziale in una progettazione digitale, cominciando proprio dal *Project Manager* - vale a dire il R.U.P. - relativamente al quale apporta indicazioni e chiarimenti utili per evitare fraintendimenti e, in prospettiva, per agevolare l'attribuzione di responsabilità in sede giurisdizionale.

Tale soggetto, pur svolgendo un ruolo abbastanza "tradizionale" e di assoluta centralità nel contesto dei contratti pubblici - e cioè quello del responsabile unico del procedimento, appunto - in qualità di *Project Manager* assume una fisionomia più completa, di rinnovato dinamismo, in quanto per l'esercizio della sua attività si avvale degli strumenti digitali che il Legislatore gli mette a disposizione, i quali, se, da un lato, determinano una semplificazione delle sue funzioni, dall'altro lo gravano dell'ulteriore responsabilità di utilizzarli in modo tale da riuscire a conseguire il concreto ed atteso efficientamento dell'attività amministrativa in questo settore. Rappresenta, pertanto, il fulcro essenziale del rapporto fra digitalizzazione della Pubblica Amministrazione e buona amministrazione perché deve garantire l'ineludibile rispetto dei principi non solo di imparzialità e buon andamento, ma anche di trasparenza ed è, pertanto, di assoluta rilevanza che possieda competenze tecniche specifiche grazie alle quali svolgere al meglio il suo ruolo[94].

Accanto al *Project Manager*, la norma *de qua* disciplina anche ulteriori quattro profili professionali, tre dei quali noti (ma interpretati in maniera eterogenea nei diversi contesti nazionali e societari), il quarto assolutamente inedito. Essi sono: il BIM *Specialist*[95] - ovvero l'Operatore Avanzato della Gestione e della Modellazione Informativa; il BIM *Coordinator*[96] - ovvero il Coordinatore dei Flussi Informativi di Commessa; ed il BIM *Manager*[97] - ovvero il Gestore dei Processi Digitalizzati[98].

---

[93] In dottrina si è evidenziato che è proprio la parte 7 della normativa UNI ad avere fornito alle stazioni appaltanti un utile strumento per realizzare, mediante i percorsi di modellazione informativa espressi dal BIM, già dalla fase di progettazione, «*significativi risultati in termini di* quantity takeoff*, di fissazione del costo nonché di precisazione degli elementi necessari per il rilascio dei titoli autorizzativi ed abilitativi ma anche per l'esercizio ed in generale per la gestione del ciclo di vita dell'opera*», cfr. R. PICARO, *Divagazioni in tema di attività contrattuale deicommittenti pubblici al tempo della digitalizzazionedei processi costruttivi. La questione dei requisiti informativi*, cit.

[94] L'importanza delle competenze tecniche è stata ribadita anche nel PNRR che considera essenziale che si investa in «*processi di selezione, formazione e promozione dei dipendenti pubblici*», necessari allo scopo «*di trasformare in profondità la pubblica amministrazione*» attraverso la transizione digitale cui, come è noto, destina ingenti risorse economiche nell'ambito della Missione 1, Componente 1, dedicata alla Digitalizzazione.

[95] In pratica si tratta del soggetto coinvolto tecnologicamente nella singola commessa e nella modellazione informativa, dotato di conoscenze sul piano delle implicazioni culturali, giuridiche, gestionali e organizzative, e cioè sia degli applicativi di produzione dei modelli informativi che dei criteri con cui i *software* sono stati concepiti sotto la fattispecie dell'ingegneria dell'informazione e segnatamente delle basi di dati.

[96] Tale figura, invece, svolge il ruolo fondamentale di coordinamento delle attività in essere. Oltre alle convenzionali attività di istruttoria, di regia e di controllo della modellazione informativa a livello di commessa, sia pure in stretta sinergia col BIM *Manager*, anche in termini relazionali, si preoccupa di assicurare la continuità

ISSN 2036-7821

La figura nuova, invece, è quella del CDE *Manager*, ovvero il Gestore dell'Ambiente di Condivisione dei Dati che, insieme a quella del BIM *Manager*, rappresenta una decisiva evoluzione dalla modellazione informativa alla gestione avanzata di dati relazionabili tra loro, non necessariamente inclusi nei modelli informativi, ma presenti nell'Ambiente di Condivisione dei Dati. Proprio per il suo profilo altamente innovativo, tale soggetto deve assumere la piena padronanza della *data science*, al fine di governare un intero ecosistema digitale, dell'organizzazione o della commessa, all'interno del quale tutti gli attori possano avere una cultura digitale che consenta il passaggio dalla «collaborazione», alla «integrazione» e alla «connessione», in cui, tra *Artificial Intelligence* e *Internet of Things*, molti dati si produrranno autonomamente.
Che nel Decreto Baratono mancassero riferimenti ad una normativa dai contenuti così essenziali ha comportato, come logica conseguenza, l'impossibilità di chiarire meglio aspetti in merito all'implementazione dei processi di digitalizzazione ed alla individuazione di soluzioni tecniche. Probabilmente, la causa di tale lacuna è da ricercarsi anch'essa nella scarsa consapevolezza della reale portata del cambiamento (che, all'epoca in cui è entrato in vigore il Decreto, era sicuramente maggiore di quella che nel frattempo si è maturata); un cambiamento non solo di tipo tecnologico, ma anche organizzativo e di processo della committenza pubblica e dei fornitori, sui quali la modellazione informativa può incidere molto favorevolmente, avendo insita in sé la potenzialità di investire «*le attività progettuali come quelle endoprocedimentali finalizzate alla selezione degli affidatari*» e per cui sarebbe stato necessario che il Decreto *de quo* individuasse delle strategie che, da un lato, consentissero di affrontare la fase di mutamento e, dall'altro, dessero concretezza alle esperienze internazionali alle quali esso si è pure ispirato[99].

---

tra ambienti di calcolo e ambienti di modellazione, nella fase di progettazione, ma anche in quella di programmazione, di monitoraggio e di controllo dei lavori, di esecuzione, di manutenzione, di previsione degli interventi e di gestione degli ordini di lavoro.

[97] Si tratta di colui che svolge il ruolo di gestore dei processi digitali dell'organizzazione per cui agisce, tanto che gli è richiesto anche di essere in grado di svolgere periodicamente valutazioni sul grado di maturità digitale dell'organizzazione, tramite metodologie riconosciute. Inoltre, è un soggetto di collegamento con molte altre categorie di sistemi gestionali, tra cui emerge quella legata al rischio.

[98] Il Giudice Amministrativo si è di recente occupato di una procedura di gara con prestazioni BIM relativa alle competenze del BIM *Manager*. La sentenza in questione è la n. 7908 del 2020 del Consiglio di Stato, per la quale si rinvia al par. 7.

[99] Cfr. al riguardo, A.L.C. CIRIBINI, *La Norma UNI EN 11337-8: dall'*Information Management *al* Project Management, in *www.ingenio-web.it*, 22 maggio 2018. L'Autore giustifica l'"insofferenza" che si registra verso un «*approccio alla gestione digitalizzata della commessa in cui Capitolati Informativi e Piani di Gestione Informativa difettino di contenuti numerici*» con la palese difficoltà in cui versano, a iniziare dalla progettazione, «*le contro-parti contrattuali nel verificare e nel validare modelli informativi per cui manchino Requisiti Informativi espressi in forma computazionale*». Negli anni questa insofferenza dovrebbe essere superata dalla maggiore preparazione che, innanzitutto le pubbliche amministrazioni, dovrebbero avere conseguito sul campo. R. PICARO, *Divagazioni in tema di attività contrattuale dei committenti pubblici al tempo della digitalizzazione dei processi costruttivi. La questione dei requisiti informativi,* in *Il diritto dell'economia*, 1/2020), pp. 356.

ISSN 2036-7821

Ma non è solo questa la mancanza all'interno del Decreto Baratono: infatti, si è registrata anche l'assenza di sanzioni da applicare alla mancata attuazione della disciplina *de qua*, che avrebbero, invece, rafforzato la necessità di fare ricorso a tale strumento. In ogni caso, le stazioni appaltanti hanno comunque l'obbligo di motivare la scelta di non utilizzare il BIM e, laddove non rispettino la disciplina (ad esempio, relativamente ai tempi di introduzione obbligatoria[100] o agli adempimenti preliminari[101]), oltre a potere essere impugnata, davanti al giudice amministrativo, la *lex specialis* di gara per violazione di legge, le ripercussioni graverebbero innanzitutto su di esse, in termini di rifusione delle spese legali per la soccombenza, di costi e tempistiche per la riedizione della gara, di allungamento dei tempi per la realizzazione dell'opera e di perdita di finanziamenti connessi al rispetto di precise tempistiche[102].

Allo stato attuale non si rilevano ancora impugnazioni di bandi di gara per la realizzazione di opere complesse di valore rientrante in uno degli scaglioni di obbligatorietà di cui all'art. 6 del D.M. 560/2017 già vigenti[103]; ma, con l'aumentare delle "gare BIM", la contestazione davanti al giudice amministrativo per violazione di legge potrebbe essere fatta valere da quegli operatori economici che ritengano di essere stati lesi da una non corretta applicazione dei principi e, soprattutto, delle prescrizioni introdotte dal Decreto, determinando, *in primis*, proprio il danno per l'amministrazione[104].

Infine, tra le criticità, va annoverata la mancanza di una puntuale definizione delle competenze all'interno delle pubbliche amministrazioni; ma questo aspetto sembra potere essere, in parte, superato anche in ragione delle conseguenze della pandemia

[100]Disciplinati dall'art. 6.

[101] Di cui all'art. 3.

[102]Dall'annullamento di una gara d'appalto possono derivare, in capo alla stazione appaltante, danni che, ripercuotendosi sulle casse pubbliche, rientrano nella giurisdizione della Corte dei Conti (che, ai sensi dell'art. 103 della Costituzione, «*ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge*») che potrebbe condannare a risarcire le casse pubbliche quegli amministratori e quei funzionari di una stazione appaltante che abbiano ritenuto di non appaltare adottando l'approccio metodologico BIM, nonostante l'obbligatorietà della previsione.

[103] È possibile, però, rinvenire giurisprudenza contabile in merito a giudizi di responsabilità nei confronti di amministratori o funzionari, ma anche di componenti delle commissioni di gara, promossi dalla Procura della Corte dei Conti nell'ambito dei quali l'amministrazione sia poi risultata soccombente e condannata alla rifusione delle spese legali. Cfr. *ex multis*, Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale Puglia, sentenza 367/2016; Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale Lazio, sentenza n. 138/2019; Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale per il Trentino – Alto Adige/Südtirol, Sede di Trento, sentenza 62/2020.

[104]I soggetti che siano già in possesso delle competenze e dei requisiti per poter eseguire un "appalto BIM", ovviamente, avranno tutto l'interesse a far sì che le gare si svolgano nel rispetto della specifica normativa o ne prevedano la corretta applicazione da parte delle stazioni appaltanti, fermo restando che, dati i costi che vengono sostenuti per adottare il BIM, gli operatori privati attuano *ab origine* una selezione dei possibili concorrenti, riducendo significativamente i potenziali partecipanti: e, dunque, tali operatori qualificati potrebbero volere una riedizione di quelle procedure di gara che, nonostante rientrassero nelle previsioni di cui all'art. 6 del D.M. 560/2017, non abbiano contemplato l'uso dell'approccio BIM.

ISSN 2036-7821

da Covid-19 che ha contribuito ad un'accelerazione dei tempi di formazione di livelli più significativi di innovazione in termini di digitalizzazione del settore.

5. Il "Nuovo Decreto BIM" (D.M. n. 312 del 2021) supera le criticità?

Le criticità evidenziate, in uno con gli accadimenti degli ultimi due anni, conseguenza della pandemia, hanno indotto il Legislatore ad intervenire nuovamente sulla disciplina al fine di perfezionarla e renderla più "concreta". Infatti, tale metodologia è stata individuata come funzionale al perseguimento degli obiettivi di ripresa economica dopo la crisi pandemica e, dunque, si è resa necessaria la presenza di nuove regole e specifiche tecniche per l'utilizzo del BIM, in particolare nelle procedure relative agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal PNRR e dal PNC e dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea.

Pertanto, in attuazione del comma 6 dell'art. 48 del D.L. n.77/2021[105]- convertito nella L. 108/2021[106] - è stato emanato il D.M. 2 agosto 2021, n. 312, noto anche come Nuovo Decreto BIM, recante "*Modifiche al decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 1° dicembre 2017, n. 560*" che, a distanza di quattro anni, interviene a definire sia nuove modalità, integrazioni e miglioramenti alla disciplina del 2017 - necessari anche a seguito dell'approvazione di specifiche tecniche europee ed internazionali - sia tempi di progressiva introduzione dei metodi e degli strumenti elettronici di modellazione negli appalti di opere pubbliche nell'edilizia e per le infrastrutture, al

[105] La norma reca "Semplificazioni in materia di affidamento dei contratti pubblici PNRR e PNC" e, al comma 6, prevede l'emanazione di un provvedimento del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili coordinato con il precedente Decreto n. 560 del 2017, attraverso il quale stabilire regole e specifiche tecniche per l'utilizzo dei metodi e strumenti elettronici disciplinati dal comma 13 dell'art. 23 del Codice dei Contratti. In tal modo si può facilitare il ricorso a tali strumenti da parte delle stazioni appaltanti che procedono agli affidamenti le quali, per questo motivo, «*possono prevedere, nel bando di gara o nella lettera di invito, l'assegnazione di un punteggio premiale*». Al riguardo va evidenziato che tale Decreto, stando al testo del Decreto Semplificazioni, avrebbe dovuto essere adottato entro il 1° luglio 2021 come autonomo provvedimento ministeriale che doveva coordinarsi con il precedente D.M. 560/2017, restandone, però, da questo distinto. In realtà, il termine dei 30 giorni previsto per l'adozione di detto provvedimento per la previsione delle regole e specifiche tecniche per l'utilizzo del BIM negli appalti rientranti nel PNRR e nel PNC non è stato rispettato. Solo successivamente all'entrata in vigore della legge di conversione del Decreto Semplificazioni (1° agosto 2021), è stato adottato, in data 2 agosto 2021, il D.M. n. 312 (con entrata in vigore dalla data di pubblicazione sul sito istituzionale del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, e cioè il 3 agosto 2021), il quale riveste la duplice funzione di innovare ed integrare il D.M. 560/2017 e di soddisfare la previsione dell'art. 48, comma 6, del D.L. 77/2021. Anche il Nuovo Decreto BIM, come il precedente Decreto Baratono, deve essere considerato atto "non regolamentare", con effetti limitati per espressa volontà dello stesso Legislatore, benché, nel caso di specie, abbia tutti i requisiti per poter essere considerato un regolamento. Tale scelta può, forse, giustificarsi immaginando che il Legislatore provvederà a recepire all'interno del regolamento di esecuzione e di attuazione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici le disposizioni del D.M. 560/2017, come modificato dal D.M. 312/2021, conferendogli la natura di regolamento che gli spetterebbe e, quindi, di fonte del diritto.

[106] "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, recante "*Governance* del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure".

ISSN 2036-7821

fine di dare una accelerata alla committenza pubblica digitalizzata in grado di generare richieste specifiche, di carattere computazionale, in particolare nell'ambito dei contratti pubblici.

Attraverso il nuovo Decreto[107], il BIM viene riconosciuto come fattore fondamentale per far fronte anche all'epocale cambiamento richiesto dagli obiettivi di riduzione di consumo energetico e di emissioni di gas a effetto serra da conseguirsi entro il 2025, in particolare se applicato al campo dell'edilizia e delle costruzioni[108], in quanto la metodologia digitale può far ridurre i costi ed i tempi di costruzione[109], oltre che le emissioni inquinanti[110], proprio perché essa persegue, tra gli altri, l'obiettivo di accelerare il processo di decarbonizzazione dell'economia entro il 2050, da conseguirsi anche attraverso le politiche di efficienza energetica, gli appalti verdi e le comunità energetiche.

Le modifiche apportate al precedente testo non regolamentare riguardano le definizioni[111] -necessarie per chiarire la dizione di modelli informativi, desumibili dalla norma internazionale ISO EN UNI 19650; ma (riguardano) anche il "piano di gestione formativa" che, nella nuova versione, viene definito "offerta di piano formativo" e che ora rappresenta il documento redatto solo «*dal candidato al momento dell'offerta*» e non più «*dal candidato o dall'appaltatore ovvero dal concessionario al momento dell'offerta e dell'esecuzione del contratto*».

Anche le scadenze temporali di applicazione obbligatoria del BIM sono state modificate: pertanto, ferme restando le annualità dal 2019 al 2021 già trascorse, si è stabilito che le stazioni appaltanti, a decorrere dal 1° gennaio 2022, potranno richiedere l'utilizzo di metodi e strumenti elettronici per «*le opere di nuova costruzione ed interventi su costruzioni esistenti, fatta eccezione per le opere di ordinaria manutenzione di importo a base di gara pari o superiore a 15 milioni di euro*»[112]; a decorrere dal 1° gennaio 2023, invece, esse potranno fare richiesta per «*le opere di nuova costruzione, ed interventi su costruzioni esistenti, fatta eccezione per le opere di ordinaria e straordinaria manutenzione di importo a base di gara pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 35 del codice dei contratti pubblici*»[113]; infine, a decorrere dal 1° gennaio 2025 potranno fare richiesta «*per le opere di nuova costruzione, ed interventi su costruzioni esistenti, fatta eccezione per le*

[107] Il nuovo Decreto è un atto normativo costituito di due soli articoli che appare più razionale del precedente anche nella definizione dell'agenda.

[108] Infatti, i campi dell'edilizia e delle costruzioni, purtroppo, pur se rappresentano il 13% del PIL ed impiegano il 7% della popolazione mondiale in età lavorativa, sono anche responsabili di un elevato consumo energetico (circa il 40%) e di un'alta percentuale di emissioni di gas a effetto serra (circa il 36%).

[109] Rispettivamente del 33% e del 50% in meno.

[110] La percentuale è del 50% in meno.

[111] Art. 2.

[112] Laddove la precedente disciplina faceva riferimento alle opere di importo pari o superiore alla soglia comunitaria (e cioè 5,35 milioni di euro, *ex* art. 35 del Codice dei Contratti pubblici).

[113] Laddove la precedente disciplina faceva riferimento alle opere di importo pari o superiore a 1 milione di euro.

ISSN 2036-7821

opere di ordinaria e straordinaria manutenzione di importo a base di gara pari o superiore a 1 milione di euro»[114].

Un'altra rilevante modifica è quella apportata all'art. 5[115], che prevede per le stazioni appaltanti meno vincoli sull'entrata in vigore della obbligatorietà del BIM. In pratica, mentre con la precedente disciplina le stazioni appaltanti potevano adottare facoltativamente tale metodo per le nuove opere nonché per interventi di recupero, riqualificazioni o varianti, in assenza di uno specifico obbligo, purché le stesse avessero adempiuto agli adempimenti preliminari di cui all'articolo 3[116], a seguito della modifica del 2021, proprio per favorirne l'utilizzo anche sperimentale, le stazioni appaltanti, per adottare il BIM, potranno anche limitarsi ad inserire i predetti adempimenti nella programmazione senza avervi preventivamente adempiuto. La nuova previsione normativa, dunque, fa venire meno il rispetto dell'integrale adempimento delle surrichiamate condizioni previste, lasciando maturare perplessità circa le possibili conseguenze che potrebbero da ciò derivare rispetto all'adozione, da parte delle Stazioni Appaltanti, della modellazione e della gestione informativa (e, quindi, rispetto alla digitalizzazione del settore delle costruzioni e delle amministrazioni pubbliche), ferma restando la necessità di una adeguata conoscenza e capacità di utilizzo degli strumenti e dei metodi in questione, al fine di poterne fare un uso consapevole e proficuo, sia sotto il profilo tecnico che rispetto all'effettivo perseguimento dell'interesse pubblico sotteso.

Il nuovo Decreto, però, non si limita a modificare le norme preesistenti; ne inserisce anche di nuove, come l'art. 7 *bis*, che prevede che le stazioni appaltanti possano definire dei punteggi premiali da applicare relativamente ai criteri di aggiudicazione dell'offerta quando vengano utilizzati metodi e strumenti elettronici specifici, finalizzati ad integrare gli aspetti di gestione del progetto con la gestione della modellazione informativa. Esse possono definire anche ulteriori criteri premiali se l'offerente impiega metodi e strumenti digitali grazie ai quali la stazione appaltante possa «*monitorare, in tempo reale, l'avanzamento del cronoprogramma e dei costi dell'opera*» per incentivarne l'utilizzo, essendo (tali criteri) funzionali al perseguimento di obiettivi di sostenibilità ambientale - avvalendosi anche dei principi del *green public procurement* - e di aumento dei controlli sulla salute e sulla sicurezza dei lavori e del personale coinvolto nell'esecuzione.

In realtà, la previsione della premialità rappresenta più una facoltà che un obbligo, in quanto la valutazione sul se e sul come introdurre un punteggio premiale per l'uso

[114] Laddove la precedente disciplina faceva riferimento alle nuove opere di importo pari o inferiore a 1 milione di euro.

[115] Recante "Utilizzo facoltativo dei metodi e strumenti elettronici di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture".

[116] E cioè alla redazione del piano di formazione, del piano di acquisizione e manutenzione *hardware* e *software* e dell'atto organizzativo.

ISSN 2036-7821

del BIM deve essere fatta dalla stessa stazione appaltante che provvede alla regolamentazione di gara, anche in funzione del proprio *know-how*. Certo, così inquadrata, essa potrebbe apparire, se non un disincentivo all'uso dei metodi e strumenti elettronici, quanto meno poco incisiva, in evidente contrasto con gli obiettivi sottesi al decreto in esame; ma, evidentemente, il Legislatore, pur volendo e dovendo fornire un ulteriore impulso verso la digitalizzazione per i progetti e ribadire la necessità di una transizione digitale, non ha potuto non tenere in considerazione la ancora scarsa diffusione del BIM, la "bassa" digitalizzazione nei processi della Pubblica Amministrazione e le criticità relative ai processi di trasformazione digitale da parte degli uffici tecnici pubblici, in particolare degli enti locali[117]. Riuscire ad utilizzare il BIM significa essere in grado ed avere acquisito competenze grazie alle quali potere attuare una serie di adempimenti preliminari che, purtroppo, non sembrano ancora così consolidate, in quanto è ancora alta la percentuale dei dipendenti che addirittura ignora la stessa esistenza della metodologia digitale. Ecco spiegato, dunque, il perché non potrebbe essere un obbligo, ma solo una facoltà, l'utilizzo di meccanismi premianti.
Tra gli articoli introdotti *ex novo* ci sono, infine, i commi 5 *bis* e 5 *ter*, aggiunti all'art. 7 con lo scopo di sopperire alla lacuna della precedente disciplina e di individuare,

[117]Da una indagine condotta da ANTEL (Associazione Nazionale Tecnici Enti Locali) ed ASSOBIM (associazione nata con lo scopo di dare rappresentatività alla filiera "tecnologica" del Building Information Modeling) e pubblicata su www.appalti&contratti.it del 8 giugno 2021, è emerso che, a distanza di quattro anni dall'emanazione del Decreto Baratono e di due anni dall'inizio dell'introduzione del BIM nella realizzazione di opere, l'approccio da parte del personale delle pubbliche amministrazioni nei confronti di questa metodologia è notevolmente cambiato. Infatti, in particolare all'interno delle amministrazioni comunali - che sono quelle che maggiormente necessitano di realizzare edifici e nelle quali è basso il ricorso alle esternalizzazioni - le attività di progettazione e di direzione dei lavori sono svolte prevalentemente da figure tecniche interne agli Enti che conoscono ed applicano tale metodologia in altissima percentuale pur senza avere, tuttavia, partecipato ad eventi formativi e corsi sul *Building Information Modeling* (anche se, va rilevato, non hanno ancora conseguito alcuna formazione certificata). Questo aspetto, purtroppo, denota, evidentemente, che sono ancora scarsi gli investimenti che le pubbliche amministrazioni effettuano sulla crescita delle professionalità interne, tanto è vero che, pur conoscendo la metodologia BIM, è comunque alta la percentuale di coloro che hanno difficoltà ad integrarla nel quadro delle attività svolte dagli Enti pubblici, per ragioni legate essenzialmente alla carenza di dotazioni tecnologiche e ad insufficienti risorse economiche, ma, sostanzialmente e prevalentemente, ad una scarsa propensione all'innovazione che è la diretta conseguenza delle già denunciate carenze formative che, inevitabilmente, prendono il sopravvento sulla consapevolezza dei potenziali vantaggi offerti dal BIM. A tale dato si aggiunge, poi, quello della sostanziale indisponibilità degli Enti ad acquistare piattaforme o *software* BIM specifici, per cui (addirittura nel 92% dei casi) manca proprio un ufficio preposto a tale metodologia, nonostante il numero mediamente elevato di tecnici che si occupano di gestione e manutenzione del patrimonio edilizio, anche se con metodologie e processi molto variegati. L'unica conclusione cui può giungersi è che, pure se lo stesso PNRR rimarca la necessità di investire nella formazione, questa non è ancora sentita come passaggio ineludibile, essenziale e, soprattutto, preliminare alla possibilità di utilizzare strumenti digitali, in particolare per gli Uffici Tecnici - cui potrebbe essere erogata attraverso molteplici canali (università, enti di formazione, associazioni), oltre che attraverso il trasferimento agli enti di specifiche linee guida per accelerare tale processo; e se non si comprende l'importanza di tale passaggio prioritario, purtroppo, rischiano di restare solo teoriche previsioni quelle che puntano alla completa digitalizzazione della Pubblica Amministrazione.

ISSN 2036-7821

quali norme tecniche di riferimento in tutta la documentazione di gara e nel capitolato informativo, quelle di cui al Regolamento UE n.1025/2012, secondo un ordine prestabilito e che assicuri uniformità di utilizzazione dei metodi e strumenti elettronici[118].

6. Le nuove prospettive in tema di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici post crisi pandemica: il D.P.C.M. n. 148 del 2021

Si è accennato all'emanazione, da parte del Governo, nell'ultimo semestre del 2021, di un nuovo provvedimento normativo necessario al fine di accelerare e favorire il processo di rinascita del Paese dopo la pandemia da Covid-19, il cd. Decreto Semplificazioni *bis* o *Governance* PNRR[119] avente il precipuo scopo di rilanciare la Pubblica Amministrazione attraverso una modernizzazione che passa per la digitalizzazione, aspetti entrambi essenziali per dare attuazione al PNRR e rispetto ai quali la Pubblica Amministrazione è chiamata a sfide molto impegnative che vanno adeguatamente affrontate.

Nell'ambito dei tre assi strategici e delle sette missioni che il PNRR individua, la digitalizzazione e l'innovazione rivestono un ruolo fondamentale e, rispetto ai progetti pubblici, esse passano anche attraverso la normativa tecnica nazionale UNI 11337 che ne completa il quadro con la definizione degli *standard* legati, in particolare, all'uso del BIM da parte dei professionisti.

Tuttavia, nei Decreti BIM non sono ancora ben definite le competenze necessarie all'interno delle pubbliche amministrazioni che, quindi, purtroppo, non risultano ancora adeguatamente formate.

A dare ulteriore forza al D.M. 312/2021, già intervenuto a fornire un contributo decisivo verso la diffusione della digitalizzazione nel mondo delle costruzioni (ritenuta molto importante per il successo degli investimenti previsti dal PNRR) è, dunque, intervenuto un altro atto normativo, e cioè il D.P.C.M. 148 del 2021[120], entrato in vigore il 10 novembre 2021 e contenente il regolamento sulle modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici[121].

---

[118] L'ordine prestabilito prevede: a) norme tecniche europee di recepimento obbligatorio in tutti i Paesi dell'Unione Europea, pubblicate in Italia quali UNI EN oppure UNI EN ISO; b) norme tecniche internazionali ad adozione volontaria pubblicate in Italia quali UNI ISO; c) norme tecniche nazionali negli ambiti non coperti dalle UNI EN ed UNI ISO, pubblicate in Italia quali UNI. Si evidenzia, però, che, al momento, nella materia digitale, in Italia, non sono ancora previste norme UNI EN o UNI EN ISO. In assenza di tali norme UNI EN sono indicate altre specifiche tecniche nazionali od internazionali di comprovata validità.

[119] Ovvero il D.L.31 maggio 2021, n. 77, convertito nella legge 29 luglio 2021, n. 108. La rubrica completa è "*Governance* del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure".

[120] Anche noto come Decreto Brunetta; adottato dal Ministro per la pubblica istruzione di concerto con il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e il Ministro dell'economia e delle finanze.

[121] Esso reca, precisamente, "Modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici, da adottare ai sensi dell'articolo 44 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50".

ISSN 2036-7821

Si tratta di un decreto adottato per definire le modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici, *anche attraverso l'interconnessione per interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni*, oltre che per prevedere le migliori pratiche riguardanti metodologie organizzative e di lavoro, di programmazione e di pianificazione, riferite anche all'individuazione alla raccolta, alla gestione ed elaborazione dei dati rilevanti[122], e, infine, alla definizione di soluzioni informatiche, telematiche e tecnologiche di supporto[123].

Come si è avuto modo di evidenziare, le Pubbliche Amministrazioni non sono ancora pronte a questa "rivoluzione" digitale, nonostante il processo di rinnovamento sia ormai cominciato già da molto tempo. Al fine di superare tale ritardo, il decreto *de quo* le "invita" ad adeguare i propri sistemi telematici entro sei mesi dall'adozione delle future linee sulle regole tecniche, le quali, a loro volta, saranno adottate dall'Agenzia per l'Italia digitale (AgID)[124]. Esse saranno emanate secondo gli *standard* tecnici di interoperabilità definiti a livello europeo e nazionale, per la realizzazione - o l'adeguamento - delle piattaforme digitali per l'*e-procurement* in uso alle stazioni appaltanti al fine di svolgere le attività connesse alle procedure di acquisto e di negoziazione dei contratti pubblici. Lo scopo è non solo quello di chiarire i principi generali che lo stesso Decreto espone, attraverso la descrizione - per ciascuna fase del processo *di e-procurement* e per ciascun ambito di applicazione - del processo di funzionamento, dei flussi scambiati, degli schemi dei dati e dei ruoli dei soggetti coinvolti nelle procedure; ma anche quello di definire le citate migliori pratiche nazionali ed europee grazie alle quali rendere possibile la garanzia di "uniformazione tecnologica" da cui discenda l'interconnessione e l'interoperabilità dei dati tra le piattaforme di *e-procurement* esistenti e tra queste e gli organismi di vigilanza e controllo.

Infatti, sono state introdotte norme che informatizzano qualsiasi fase della procedura di affidamento di una gara[125], dall'acquisizione del codice identificativo di gara

[122] Come previsto dall'art. 28.

[123] Il decreto *de quo,* composto da 29 articoli e suddiviso in tre Capi, si inserisce nell'ambito del processo di digitalizzazione dell'intera procedura di gara che il Legislatore ha "accelerato" durante il difficile periodo di pandemia grazie al c.d. Decreto "Semplificazioni *bis*", attraverso il quale ha modificato le disposizioni che il D.Lgs. n. 50/2016 dedica alla trasparenza degli affidamenti (art. 29) e alle modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici, in attuazione dell'articolo 44 del Codice Appalti (D.Lgs. 50/2016), allo scopo di riformare completamente le modalità operative nella partecipazione, nello svolgimento e nell'aggiudicazione delle gare ad evidenza pubblica.

[124] Come previsto dall'art. 2, c. 2 del D.M. 148/2021. Tali Linee Guida, allo stato, sono ancora in fase di elaborazione.

[125] L'accesso digitale al sistema telematico da parte degli utenti è disciplinato dall'art. 3 del Capo primo citato, il quale prevede che esso si realizzi tramite l'identificazione con il sistema SPID ed il rilascio di un apposito codice alfanumerico. La disciplina richiede che siano digitalizzate anche la gestione e la conservazione della documentazione di gara: quest'ultima viene raccolta in un fascicolo informatico che contiene anche l'impronta delle registrazioni cronologiche ed è reso disponibile alla stazione appaltante che provvederà alla conservazione digitale dei documenti informatici secondo le regole tecniche vigenti (art. 7). Per potere accedere agli atti di gara,

ISSN 2036-7821

(CIG)[126] all'acquisizione del contratto[127], dati, tutti, da raccogliere all'interno di un fascicolo informatico[128].

La disciplina, insomma, è finalizzata a realizzare un vero e proprio sistema telematico - anche tramite la interconnessione con le apposite piattaforme del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e dell'ANAC - attraverso il quale la stazione appaltante possa pubblicare il bando di gara, garantendo la gestione automatizzata delle relative notifiche, e predisporre gli schemi di documento di gara unico europeo in formato elettronico. In tal modo il sistema acquisisce la documentazione e ne consente la redazione e, ove la procedura di affidamento lo preveda, supporta la stazione appaltante nella redazione e nell'invio di inviti corredati dai necessari allegati[129]. Inoltre, esso consente anche il calcolo della soglia di anomalia nei casi e nei modi previsti dall'articolo 97 del Codice dei Contratti Pubblici, con la contestuale segnalazione delle eventuali offerte anormalmente basse[130].

Ovviamente, la *ratio* sottesa a tale disciplina è quella di semplificare la gestione di alcune attività imprescindibili (come, ad esempio, la verifica della documentazione di gara) e di ridurre i tempi per la conclusione del procedimento, garantendo che tutto ciò avvenga nel rispetto della massima trasparenza possibile e, naturalmente, sostituendo definitivamente qualunque documentazione di tipo analogico o anche cartaceo con una "semplice" ed unica interfaccia *web*.

7. Alcuni riferimenti giurisprudenziali

Non è ancora possibile ravvisare un preciso orientamento giurisprudenziale in tema di modellazione digitale perché sono ancora poche le pronunce che si registrano e queste non denotano una particolare "sensibilità" circa gli aspetti tecnologici da valutare relativamente all'offerta economicamente più vantaggiosa in termini BIM. Si tratta di sentenze espresse, per il momento, ancora solo dal giudice amministrativo, che affrontano prevalentemente questioni relative all'attribuzione del punteggio, da parte delle stazioni appaltanti, ai soggetti offerenti per l'aggiudicazione della gara e rispetto alle quali tale giudice non può entrare nel merito delle valutazioni

pertanto, è previsto che si presenti istanza di accesso cui fa seguito la messa a disposizione, ove ne ricorrano i presupposti e i requisiti previsti dalla legge vigente (art.8). Essendo assolutamente rilevanti i dati in questione, è previsto l'utilizzo di idonee tecniche di crittografia e offuscamento attraverso cui garantirne l'integrità e la sicurezza (art. 9), mantenendo anche la tracciabilità degli accessi ad essi (art. 6).

[126] Art. 12.

[127] Art. 27.

[128] Art. 13.

[129] Art. 14 (Redazione e pubblicazione del bando e degli atti di gara).

[130] Art. 23. Il sistema telematico consente ai commissari di gara di consultare e valutare le offerte tecniche presentate dagli operatori economici ammessi sulla base del calcolo del punteggio eseguito direttamente dal sistema; questi potranno fare comunicazioni e scambiare informazioni alle quali l'utente operatore economico potrà accedere grazie al possesso di un domicilio digitale per tutte le finalità comunicative (artt. 21 e 22).

ISSN 2036-7821

discrezionali fatte dalla commissione di gara perché verrebbe ad esercitare un sindacato sostitutorio che non gli è consentito se non in casi tassativamente previsti[131].

Quella che se ne è occupata per prima è stata la n. 1210 del 29 maggio 2017[132], resa dalla Prima Sezione del Tar Lombardia. In essa è stata messa in risalto la maggiore efficienza nell'analisi e nei controlli che tale metodo di progettazione consente rispetto a quelli tradizionali (e cioè il CAD), perché può garantire «*un miglior livello di progettazione a costi e tempi di realizzazione ridotti*» ed «*una perfetta ed ottimale collaborazione fra i diversi soggetti coinvolti nella progettazione edilizia, anche in considerazione della sempre più sentita esigenza di dati delle infrastrutture, critici, aperti e riutilizzabili*». Si evidenzia, infatti, che, è possibile «*porre in essere simulazioni e manipolazioni di modelli fondati sulla realtà al fine di gestire l'ambiente di costruzione seguendo un processo decisionale ripetibile e verificabile, con conseguente riduzione dei rischi e miglioramento della qualità delle azioni e dei prodotti a livello industriale*» attraverso un processo coordinato e collaborativo, che promuove al massimo l'aggregazione dei dati per l'acquisizione di informazioni e conoscenze, la capacità di calcolo e la comunicazione *web*. Da ciò deriva la possibilità di «*realizzare digitalmente accurati modelli virtuali dell'edificio da costruire che contengono con altissima precisione la geometria e gli altri dati necessari per la progettazione, la scelta del contraente, la costruzione e la gestione della vita utile dell'edificio*»[133].

Dunque, in tale pronuncia l'attenzione del Giudice si è soffermata prevalentemente sul dato e sull'informazione e, quindi, sull'importanza che essi acquisiscono nel contesto legato alla realizzazione del progetto, e non, invece, sugli strumenti attraverso i quali essi vengono trasmessi. Un anno dopo tale sentenza, il Tar Marche[134] si è trovato, invece, di fronte ad una fattispecie più tecnica, e cioè quella

---

[131] Tali casi sono contemplati dall'art. 134 c.p.a. Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 11/12/2015, n. 5655.

[132] Si vedano, al riguardo, F. RUPERTO, *BIM. Primi orientamenti giurisprudenziali. Sentenza Tar Lombardia,* in *www.bimportale.com*, 10 giugno 2017; S. SBACCHIS, *Il BIM entra nelle aule di tribunale,* in *www.lavoripubblici.it, 12 giugno 2017*; F. RUPERTO, B. BAGNI, G. GALLI, R. LEVI, R. NEGRI, *Bimportale, Report 2017, La prima analisi sull'evoluzione del BIM in Italia,* in*www.bimportale.com*, 22 gennaio 2018.

[133] Tale pronuncia è nata relativamente alla denuncia di illegittimità mossa dall'ATI seconda classificata alla procedura di gara indetta dal Comune di Milano per l'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di un appalto integrato complesso avente ad oggetto l'affidamento dell'incarico di progettazione definitiva ed esecutiva, nonché dell'esecuzione dei lavori di demolizione, bonifica e ricostruzione di un edificio scolastico elementare al fine di ottenere l'annullamento della determina dirigenziale di ammissione dell'ATI prima classificata. Quest'ultima, secondo le ricorrenti, avrebbe dovuto essere esclusa in quanto aveva partecipato alla gara presentando un progetto - sviluppato tramite Bim - illegittimo per mancanza di conformità a quello previsto dalla *lex specialis* di gara. Il Giudice Amministrativo invece, ha respinto il ricorso considerando legittimo il progetto.

[134] Si fa riferimento alla sentenza n. 398 del 30 maggio 2018 pronunciata dalla Prima Sezione del Tar Marche. La pronuncia è stata relativa ad una procedura di affidamento dei "Servizi di progettazione e coordinamento della sicurezza relativi ai lavori di straordinaria manutenzione ed efficientamento energetico presso la sede della

ISSN 2036-7821

relativa all'applicazione dei punteggi rispetto alle caratteristiche metodologiche, alla professionalità ed all'adeguatezza dell'offerta, le quali avrebbero dovuto ottenere - ad avviso della ricorrente - il punteggio massimo proprio in considerazione del ricorso alla metodologia BIM, più avanzata rispetto al sistema CAD (che, nello specifico caso, era stato proposto dal soggetto risultato, poi, aggiudicatario). Il motivo di ricorso è stato rigettato sulla base dell'assunto che «*non può assumere rilevanza la pretesa migliore qualità del sistema BIM (proposto dai ricorrenti) rispetto al sistema CAD (proposto dagli aggiudicatari), essendo attinente all'espletamento del servizio oggetto di gara e non ai precedenti progetti*», lasciandosi intendere che se, invece, si fosse trattato di una censura riguardante l'elemento delle caratteristiche metodologiche, una offerta che avesse previsto l'impiego del BIM, anziché l'utilizzo del sistema CAD, sarebbe stata preferita e valutata positivamente.

Tra le due sentenze si rileva una differenza di posizione, in quanto in quella del Tar lombardo è stato dato maggior rilievo alla "completezza dell'informazione" rispetto al metodo grafico di rappresentazione in oggetto[135], mentre in quella del Tar marchigiano si è posta maggiore attenzione allo strumento (CAD o BIM) utilizzato piuttosto che al contenuto delle informazioni, con prevalenza implicita a favore di una offerta espressa in BIM.

Tale ultima pronuncia è stata successivamente confermata anche in secondo grado, dalla sentenza 8 aprile 2019, n. 2276 della V Sezione del Consiglio di Stato. Il Supremo Collegio, infatti, sebbene l'appellante, a sostegno ulteriore della propria tesi, avesse fatto riferimento ad una premialità che sarebbe stato legittimo aspettarsi nella valutazione dell'offerta da realizzarsi tramite BIM - data la previsione dell'obbligo graduale di utilizzo di esso per la progettazione imposto con il D.M. n. 560/2017 - ha comunque ritenuto di rigettare l'appello evidenziando che «*la valutazione delle offerte e l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta a tale organo*» e che, pertanto, «*le censure che impingono nel merito di valutazioni, per loro natura opinabili, sono in linea di massima inammissibili, perché sollecitano il giudice amministrativo a esercitare un sindacato sostitutorio, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c. proc. amm., naturalmente fatti salvi i limiti dell'eccesso di potere per la abnormità delle scelte tecniche*».

In pratica, il Consiglio di Stato non ha ravvisato elementi indicativi di un'erroneità o di un eccesso di potere per sviamento e travisamento dei fatti e dei presupposti da

---

Questura di Ancona", da aggiudicarsi con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

[135] Il Tar Lombardia, infatti, aveva sostenuto che se è vero che la base del BIM è la rappresentazione tridimensionale, è pur vero che non è detto che ogni oggetto debba essere obbligatoriamente rappresentato tridimensionalmente, essendo prioritario, piuttosto, che ogni «*rappresentazione includa tutte le proprietà dell'oggetto, che vanno oltre la semplice rappresentazione grafica e che siano esaustive riguardo la loro descrizione in funzione dell'obiettivo funzionale in cui esse si inseriscono*».

ISSN 2036-7821

parte della commissione che ha scelto di non attribuire un punteggio migliore per l'utilizzo del BIM, rimarcando, in tal modo, che le stazioni appaltanti possono discrezionalmente scegliere di realizzare un'opera tramite BIM o CAD, specie nei casi, come quello *de quo*, in cui l'attività da realizzarsi sia di tipo ordinario.
Tale sentenza anticipa sostanzialmente il contenuto della riforma contenuta nel D.M. n. 312/2021, emanato pochi mesi dopo di essa. Infatti, l'art. 7 *bis*, introdotto *ex novo*, come già evidenziato, ha previsto che le stazioni appaltanti possano definire dei punteggi premiali da applicare relativamente ai criteri di aggiudicazione dell'offerta quando vengano utilizzati metodi e strumenti elettronici specifici. Il Legislatore, però, non ha previsto questa possibilità come obbligo per le stazioni appaltanti, ma, piuttosto, come una facoltà che viene loro riconosciuta anche in funzione del proprio *know-how:* insomma, come una scelta discrezionale da valutare caso per caso e, soprattutto, in relazione all'attività specifica da portare a compimento.
Sembrerebbe, dunque, che, da un lato, ci sia la volontà di incentivare il ricorso alla modellazione informativa per integrare gli aspetti di gestione del progetto da realizzare, dall'altro, però, è come se tale volontà dovesse essere realizzata attraverso una modalità poco incisiva che potrebbe anche avere l'effetto (ovviamente non voluto) di scoraggiare l'operatore economico rispetto alla decisione di avvalersi del BIM. È pur vero, però, che se, agli inizi, era necessario "imporre" alle amministrazioni la necessità di fare ricorso alla metodologia digitale al fine di consentire loro l'acquisizione almeno delle competenze base, a distanza di cinque anni si registra una maggiore padronanza di essa ed i bandi di gara vengono confezionati in maniera sempre più tecnica e specifica. Infatti, rispetto al 2017, le amministrazioni richiedono sempre più spesso, quale requisito necessario per l'accesso alle gare, l'esistenza di comprovate esperienze pregresse in merito al BIM (che, tra l'altro, in alcuni casi, può essere anche restrittiva della concorrenza[136]). Sul punto si è, in parte, espressa la prima sezione del Tar Liguria con una sentenza del novembre 2018[137] relativa alla modalità di scambio dei dati e delle informazioni attraverso un formato specifico[138] la cui conoscenza avrebbe comprovato l'esperienza maturata nei processi Bim. Nel rigettare il ricorso e giudicare corretta l'attribuzione del punteggio assegnato all'aggiudicatario nonostante tale esperienza non fosse evidente, il Tar ha attribuito al requisito dell'esperienza un valore meno rigido rispetto a quello che la parte ricorrente avrebbe inteso, evidenziando che lo scambio effettivo dei dati elaborati con soggetti terzi non è necessario per attestare di saper utilizzare tale metodologia informatica, specie nei casi in cui, come quello *de quo*,

[136] Spesso, infatti, i bandi contengono delle clausole di gara eccessivamente dettagliate, che impongono una richiesta molto specifica sull'esperienza analoga nell'utilizzo del BIM e che sono, al contempo, particolarmente restrittive della concorrenza.
[137] La n. 930, relativa alla realizzazione del nuovo ospedale di Galliera.
[138] Il COBie.

ISSN 2036-7821

l'amministrazione dimostri una prevalente esigenza di disponibilità immediata di tali dati, più certi ed aperti e tali da potere essere utilizzati, attraverso modalità conoscibili da chiunque operi nel settore (e cioè quella del formato informatico), non solo per la realizzazione del progetto e per i successivi interventi di manutenzione o di rimodulazione dell'opera, ma anche per modellare futuri bandi per l'acquisto di beni legati all'opera realizzata.

Dimostrare la competenza, però, è un aspetto molto tecnico, deliberando sul quale il giudice dovrebbe sostituirsi alla stazione appaltante; ecco perché in un'altra sentenza (questa volta del 2020[139]) relativa alle competenze ed esperienze del BIM Manager che si richiedeva dovessero essere sussistenti e comprovate non solo rispetto alla fase di progettazione, ma anche rispetto a quella di esecuzione, il Consiglio di Stato ha evidenziato che, quando le valutazioni della commissione di gara non sono condivisibili ed attendono a questioni tecnico-discrezionali molto specifiche, il giudice deve potere dimostrarne l'insostenibilità o l'irragionevolezza evidenti avvalendosi, eventualmente ed opportunamente, di un consulente che lo supporti nella decisione, in particolare, di alcune tipologie di contestazioni che riguardano aspetti BIM (e cioè quelle palesemente inattendibili). Insomma, al fine di conferire maggiore garanzia che l'offerta prescelta dal punto di vista qualitativo sia stata effettivamente la migliore in chiave BIM, il giudice deve essere affiancato da un soggetto "verificatore"[140] che possa dare sostegno tecnico alla sua valutazione circa la validità o la logicità della scelta operata dalla commissione di gara, riservandosi, invece, di deliberare senza entrare nel merito tecnico specifico in tutti i casi in cui le valutazioni compiute sulle offerte BIM non siano palesemente inattendibili[141].

8. Considerazioni conclusive

Il quadro delineato - articolato e complesso anche per via dei tecnicismi operativi evidenziati - ha consentito, senza dubbio, di individuare l'essenza del metodo BIM, ovvero «*l'informatizzazione dell'elemento di rappresentazione dell'elaborato progettuale*»[142] grazie alla quale prefigurare l'opera da realizzare in un modello tridimensionale che garantisce il sicuro compimento di essa, in quanto le peculiarità che lo connotano - e

[139] La n. 7908 del 2020, per la riforma della sentenza n. 8/2020 della Sezione Prima del Tar Friuli-Venezia Giulia.

[140] Che era, infatti, stato nominato dai giudici del TAR Lombardia prima di emanare la sentenza 1210/2017.

[141] Infatti, il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 6058, pubblicata il 2 settembre 2020, ha precisato che tuttavia il giudice amministrativo: «*a fronte di censure tecniche numerose e particolarmente complesse circa la qualità tecnica dell'offerta dell'aggiudicataria, idonee a superare la c.d. prova di resistenza, non può trincerarsi dietro ad una declaratoria di inammissibilità delle stesse per l'impossibilità di esercitare un sindacato sostitutivo se non ha proceduto almeno ad un sommario, essenziale, esame delle stesse, nella misura in cui appunto le ritenga idonee a superare detta prova, un esame dal quale si evinca motivatamente che dette censure non disvelano un'abnormità della valutazione, del tutto illogica e/o parziale, o un manifesto travisamento di fatti*».

[142] R. PICARO, *Divagazioni in tema di attività contrattuale deicommittenti pubblici al tempo della digitalizzazionedei processi costruttivi. La questione dei requisiti informativi*, cit., 2.

ISSN 2036-7821

cioè la condivisione dei dati, la coordinazione e la collaborazione - assicurano sia la maggiore durata di un progetto relativamente alle sue caratteristiche architettoniche, strutturali ed impiantistiche, sia la maggiore certezza dei tempi di realizzazione[143]. Inoltre, la possibilità di intervenire *in itinere* per la revisione e la correzione di eventuali anomalie reca benefici anche alle attività di gara propedeutiche all'individuazione dell'affidatario dei servizi di progettazione, alle fasi di esecuzione ed al programma di manutenzione dell'opera[144].

Non deve essere, poi, sottovalutato che, dal conseguimento di una maggiore trasparenza e tracciabilità - obiettivi della digitalizzazione che vengono a realizzarsi tramite la disponibilità universale dei dati elaborati - potrebbero derivare, o anche essere favoriti, nuovi rapporti di collaborazione e, soprattutto, una nuova fiducia tra gli operatori economici, tutti accomunati dall'esigenza di conseguire prestazioni di qualità ed in tempi celeri per la realizzazione e gestione di migliori servizi o di più adeguate infrastrutture che, inserendosi all'interno dei contesti territoriali, ne possano migliorare gli assetti.

Così come va sottolineata anche la diversa valutazione del profilo della responsabilità personale, finora difficilmente attribuibile a soggetti specifici in procedure complesse come quelle degli appalti - e, quindi, spesso, completamente assente - con la conseguenza della mancata soddisfazione dell'interesse pubblico sotteso all'attività e, dunque, di una inefficienza della Pubblica Amministrazione. Invece, attraverso la condivisione dei dati da parte di ciascun soggetto coinvolto nella realizzazione del progetto, potrebbero essere attuate maggiori e più concrete forme di controllo grazie alle quali rinvenire una eventuale attività mancata o ritardata ma anche lo stesso soggetto privato che non ha adempiuto o il funzionario pubblico che non ha provveduto ad evitare che ciò accadesse, con il risultato di una azione amministrativa più soddisfacente e maggiormente rispondente ai principi di buon andamento e di efficienza.

---

[143] Infatti, la diminuzione del numero di ore/uomo nella gestione del flusso informativo porta, inevitabilmente, ad una notevole riduzione dei tempi perché aumenta la produttività, così come la diminuzione dei conflitti per errori di progetto o per mancato coordinamento porta ad un aumento della redditività.

[144] La definizione *ex ante* del costo del ciclo di vita del lavoro in relazione al progetto appaltato con la consequenziale riduzione dei rischi di modifiche contrattuali nella fase di esecuzione rendono il ricorso al BIM fondamentale per consentire e favorire maggiore conformità anche ai principi della sostenibilità e dell'economia circolare. Infatti, attraverso il controllo degli sprechi e dei residui dei materiali in tutte le fasi - da quella progettuale, a quella costruttiva o, infine, a quella demolitiva - ne rende possibile e più facile un eventuale riuso. Va rilevato, altresì, che i dati del ciclo di vita sono rappresentati dalle informazioni su requisiti, progettazione, costruzione e manutenzione e che essi possono essere utilizzati per *facility management*. In ragione di tutto questo l'*Handbook for the introduction of Building Information Modeling by the European Public Sector* – ovvero il Manuale per l'introduzione del Bim da parte della domanda pubblica in Europa – prevede espressamente l'importanza dell'introduzione del BIM a sostegno della produttività del settore delle costruzioni come opportunità to «*Adapting to a sustainable built environment– one that supports the challenges of climate change and the need for a circular economy*».

ISSN 2036-7821

Sic stantibus rebus, si spiega perché la giurisprudenza amministrativa abbia sostenuto che, ancor più che la rappresentazione tridimensionale, a caratterizzare il BIM in modo particolare sia proprio la gestione del flusso informativo realizzato dalla interazione tra tutti gli attori coinvolti nel processo, ciascuno secondo le proprie professionalità ed il proprio bagaglio informativo, perché da essa deriva una notevole collaborazione sia nella fase organizzativa che in quella esecutiva[145].

Se, dunque, come appare, si tratta di uno strumento che può intervenire favorevolmente sui processi di cambiamento che devono investire la Pubblica Amministrazione, incidendo sulle strategie da adottare, sui processi da attuare, sull'organizzazione di mezzi da predisporre ed infine anche sulle risorse da impiegare, allora sarebbe necessario, a parere di chi scrive, che le amministrazioni si dotassero di più concrete strategie organizzative digitali e di idonee strumentazioni informatiche, adeguandovi i propri strumenti contrattuali. Sarebbe, altresì, essenziale che le stazioni appaltanti acquisiscano le competenze necessarie a sapere redigere bandi di gara e capitolati informativi con un adeguato contenuto, servendosi di infrastrutture tecnologiche e di soluzioni ICT che consentano loro di arrivare ad un vero e proprio piano di acquisizione, sulla base, ovviamente, delle specifiche esigenze da realizzare.

È, però, evidente che esse incontrino ancora difficoltà nel gestire le informazioni durante le diverse fasi di lavoro; potrebbe, allora, essere utile testare specifiche soluzioni all'interno di progetti già avviati sulle quali formare il proprio personale affinché questo possa ben comprendere in cosa consistano sia i modelli informativi che i modelli di strutturazione dei dati. Le esperienze portate a termine in tal modo potrebbero divenire, così, dei punti di riferimento dai quali trarre buone prassi di cui servirsi per consolidare e rendere più fluido l'utilizzo del BIM che, una volta implementato, grazie ai migliori risultati che consente di raggiungere, soppianterebbe, senza dubbio e definitivamente, anche il vecchio sistema del CAD.

La modernizzazione della Pubblica Amministrazione, sia a livello centrale che locale, in termini di capacità amministrative, di aggiornamento delle competenze e di semplificazione e digitalizzazione delle procedure, è una priorità per il rilancio del Paese ed un prerequisito essenziale anche per attuare gli obiettivi perseguiti dal PNRR: sarebbe, pertanto, determinante riuscire a definire azioni che favoriscano il rapporto con i cittadini e le imprese attraverso servizi più coerenti con esso.

Lo studio dei dati dimostra, tuttavia, che la strada da percorrere è ancora piuttosto lunga, perché il ricorso a tale metodologia appare "straordinario" piuttosto che "ordinario.

[145] Si fa riferimento alla sentenza citata del Tar Lombardia, la n. 1210 del 29 maggio 2017.

ISSN 2036-7821

Il Legislatore, con il primo Decreto (560/2017) ha inteso introdurre[146] degli strumenti costituenti fattori di accrescimento del sistema delle convenienze, sia pure sotto profili differenti da quelli attuali, possibili non solo attraverso una graduale implementazione nel sistema ma anche attraverso una progressiva maturazione culturale «*derivante dalla formalizzazione dei processi digitali nelle organizzazioni e dal monitoraggio delle esperienze conseguite, in modo da lasciare comunque impregiudicato il ruolo delle PMI*».

Con il successivo nuovo Decreto (312/2021), quattro anni dopo - in un'ottica di ottimizzazione della spesa pubblica e riducendo errori e sprechi - ha dato impulso alla creazione di una committenza pubblica digitalizzata maggiormente operativa, in grado di generare richieste specifiche, di carattere computazionale, nella redazione della documentazione di gara, indirizzate alle diverse catene di fornitura presenti nel mercato delle costruzioni, in primo luogo per quanto attiene ai contratti pubblici[147]. Tramite esso, rispetto al Decreto precedente, (il Legislatore) ha, inoltre, inteso consentire un approccio al BIM più incentivante e meno limitante circa la sua adozione, nella acquisita consapevolezza che solo favorendole è possibile sperimentare realmente le potenzialità della metodologia *de qua*, dalla quale può derivare anche lo sviluppo di una maggiore attenzione al progetto, elemento essenziale della procedura perché ne rappresenta l'*incipit* da cui parte la sequenza di fasi che, attraverso una visione più analitica, complessiva e oggettiva da parte di tutti i soggetti coinvolti (e che sarebbe il BIM a rendere possibile), possono essere migliorate.

Il D.M. 312/2021, insomma, è intervenuto per rendere operative le pubbliche amministrazioni nel breve termine, a partire dalla fase di istruzione delle procedure di gara per arrivare alla formulazione di una domanda digitale più consapevole, che orienti e migliori la capacità delle committenze nel rispondere ai bisogni del comparto pubblico.

Tutto ciò può tradursi in un notevole supporto per le amministrazioni, sia in termini di qualità delle prestazioni promesse in gara, sia rispetto alla stessa efficienza degli appalti che, in questo momento storico in particolare, devono essere più che mai funzionali al soddisfacimento dei bisogni dei cittadini, nazionali ed europei in generale.

L'indagine che è stata condotta nel presente scritto evidenzia, però, purtroppo, che, sebbene il BIM «*riassuma la rivoluzione della digitalizzazione che attraversa il mondo delle costruzioni e delle infrastrutture complesse*»[148], allo stato, non è facile riuscire a definire concretamente il suo stadio di implementazione nel nostro Paese; gli indicatori sono

[146] Come precisato nella Relazione illustrativa al Decreto.

[147] Come riportato nella pubblicazione della Commissione Europea "Osservatorio europeo sul settore delle costruzioni - La digitalizzazione nel settore delle costruzioni – Aprile 2021".

[148] R. PICARO, *La modellazione informativa per l'edilizia e le infrastrutture*, su *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, n. 5 – 2018.

ISSN 2036-7821

in progressiva definizione ed appare ancora tutto *in itinere*, per cui se, da un lato, si registra un costante incremento del numero di cosiddetti "bandi BIM", sintomatico di un approccio a questa metodologia più sicuro da parte delle pubbliche amministrazioni, dall'altro si riscontra che la percentuale resta ancora troppo bassa, quasi come se, nei fatti, esso costituisca appannaggio di poche ed evolute realtà, più strutturate ed in grado di adeguarsi in maniera funzionale all'evoluzione digitale in tema di appalti e costruzioni di opere. Del resto, gli stessi progetti già realizzati tramite BIM sono stati comunque in larga parte gestiti attraverso il coinvolgimento di consulenti specialisti esterni alle pubbliche amministrazioni, necessari per mancanza di competenze adeguate all'interno delle stesse.

A ciò deve aggiungersi anche l'ulteriore constatazione che il nostro sistema economico è costituito prevalentemente da piccole imprese che, purtroppo, rappresentano una ulteriore criticità nell'ambito dell'intero processo, perché rendono frammentario il contesto degli operatori che, invece, necessiterebbe di essere maggiormente integrato.

Se ancora permangono sostanzialmente le stesse difficoltà operative rilevate a seguito dell'introduzione della prima disciplina nel nostro ordinamento, evidentemente si deve giungere alla conclusione che anche i più recenti interventi normativi non siano riusciti ad incentivare in maniera convincente il cammino verso una transizione digitale effettiva. Manca ancora, nelle stazioni appaltanti, la capacità di recepire e mettere a sistema i principi alla base della modellazione digitale informativa e quella di pianificare percorsi formativi efficaci e adatti ad ottimizzare le mansioni del personale tecnico-amministrativo in forza nella Pubblica Amministrazione. E questo porta alla inevitabile conclusione che non si può pensare di realizzare la digitalizzazione solo con le norme giuridiche in un Paese come il nostro, in cui è ancora scarsa la diffusione delle competenze digitali, è poco radicata una mentalità "digitale" nel contesto economico e sociale e mancano le infrastrutture adeguate.

Probabilmente, a voler tentare di fornire una spiegazione a tale *gap*, determinato anche dal peso che le eredità del passato continuano ad avere sul presente, la si dovrebbe ricercare innanzitutto nella frammentazione istituzionale e nella mancanza di adeguate forme di coordinamento orizzontale e verticale che caratterizzano da decenni il sistema amministrativo italiano e che hanno dato vita ad un processo di digitalizzazione tra le pubbliche amministrazioni molto diseguale, discontinuo e privo di una visione comune[149]. Infatti, le singole amministrazioni hanno proceduto in maniera settoriale e limitata, sulla base di scelte prevalentemente individuali (e poste in essere più spesso dalle singole unità organizzative che le compongono),

[149] A. NATALINI, *Come il passato influenza la digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1 – 2022.

ISSN 2036-7821

assunte senza condivisione e coordinamento e, dunque, in modo frammentario, con l'aggravante della mancanza sia di competenze adeguate sia di una costante formazione tecnologica in capo ai funzionari pubblici, condizioni, queste, che, come l'evidenza dei fatti dimostra, sono, invece, essenziali per riuscire a superare le difficoltà culturali e operative che «*impediscono o rendono molto complicato il passaggio ad un'amministrazione digitale*»[150].

Si ritiene, dunque, di potere affermare che quella sul livello di implementazione del BIM nel nostro ordinamento non sia un'indagine che possa limitarsi alla valutazione dei dati, peraltro discontinui ed altalenanti. Essa rientra in un discorso più complesso, che riguarda un percorso globale di innovazione della Pubblica Amministrazione che va oltre l'attuale semplificazione dei processi, l'erogazione di servizi in rete e la trasparenza nell'esercizio del potere e che, probabilmente, è cominciato in maniera errata sin dall'inizio, non solo rispetto alla previsione di regole e processi ma anche negli stessi rapporti con il cittadino.

Un cambiamento nell'ottica della digitalizzazione non può determinarsi *tout court*, quasi pretendendolo da soggetti che, da sempre, hanno agito in altro modo ed hanno radicata in sé una cultura totalmente diversa e poco incline all'innovazione.

Non possono bastare, insomma, la previsione normativa e la trasposizione dei nuovi strumenti sui vecchi modelli. Sarebbe, invece, necessario abbandonare del tutto la *forma mentis* che ha caratterizzato il passato, tenendo, però, nella debita considerazione tutti quei fattori esterni che incidono negativamente e rallentano le politiche di digitalizzazione (quali, ad esempio, la scarsità di risorse economiche, umane e strumentali, evidenti, in particolare, nell'ambito delle amministrazioni locali) ed orientarsi nella sola direzione del digitale in maniera consapevole e consolidata, ma soprattutto uniforme tra tutte le pubbliche amministrazioni.

A parere di chi scrive, fino a quando ciascuna di esse continuerà ad agire isolata e non quale parte di un complesso sistema che pianifica azioni per la crescita digitale ed il miglioramento, in una logica di trasparenza e di efficienza, interoperando con i soggetti pubblici con cui si raffronta, non si potrà definire compiuto il processo di semplificazione e non ci si potrà aspettare risultati diversi da quelli che, purtroppo, si riscontrano ancora rispetto all'implementazione del BIM e che sembrano quasi sminuirne le sue grandi potenzialità.

[150] P. PIRAS, *Il tortuoso cammino verso un'amministrazione "nativa" digitale*, cit., 60.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Obblighi di pubblicazione e sanzioni: il caso dei consulenti e dei collaboratori.

di Federica Lombardi

(Ricercatrice presso l'Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*)

Sommario

1. Premessa. 2. La pubblicazione obbligatoria. 3. Gli obblighi di pubblicazione delle informazioni relative a consulenti e collaboratori. 4. La vigilanza sull'attuazione delle disposizioni in materia di trasparenza. 5. Le sanzioni per la violazione degli obblighi di pubblicazione e, in particolare, per la violazione dell'art. 15, d.lgs. 33/2013. 6. Osservazioni conclusive.

Abstract

In the italian legal system Public administrations must publish documents, policies and informations to allow citizens to control the administration. Italian legislation regulates also the specific sanctionig and supervisory activity for failure to comply. In particoular, the article 15 of d.lgs. 33/2013 regulates the publication obligations of consultants and collaborators and provides for significant penalties in the event of non-compliance. This disposition is not clear and has generated several perplexities

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

ISSN 2036-7821

1. *Premessa.*

Il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, adottato su delega della l. 6 novembre 2012, n. 190[1] disciplina gli obblighi di pubblicità e trasparenza delle pubbliche amministrazioni (d'ora in poi pp.aa.) e di tutti i soggetti indicati nell'art. 2 *bis*.

Tale decreto ha introdotto diversi strumenti funzionali alla piena realizzazione della trasparenza, in particolare imponendo ai suoi destinatari una serie di onerosi obblighi di pubblicazione, ai quali corrispondono alcuni diritti riconosciuti ai cittadini, che hanno la possibilità di far valere le proprie pretese conoscitive, in caso di omessa pubblicazione, attraverso il diritto di accesso civico semplice[2].

La trasparenza[3], intesa come «accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalla pubblica amministrazione» (art. 1, co. 1, d.lgs. 33/2013), è rivolta a realizzare molteplici fini: anzitutto, la tutela dei diritti dei cittadini[4] e la promozione della partecipazione degli interessati all'attività amministrativa[5]; ma soprattutto il controllo diffuso da parte della generalità dei consociati sull'operato della p.a.[6], in ossequio al quale, mediante «i dati disponibili nel sito istituzionale, in sostanza, i cittadini dovrebbero essere messi nella condizione di controllare il funzionamento e l'utilizzo delle risorse», in tal modo esercitandosi «un controllo da far valere nelle diverse sedi, legali e democratiche, in primo luogo in termini di *accountability*»[7].

Proprio per consentire ai cittadini di esercitare il controllo in parola, il legislatore ha selezionato le informazioni, i dati e i documenti che devono essere obbligatoriamente pubblicati nella sezione «Amministrazione trasparente» dei siti dei vari soggetti obbligati[8].

---

[1] Si v. art. 1, co. 35 e 36, l. 190/2012.

[2] Così E. CARLONI, *L'amministrazione aperta: regole strumenti limiti dell'*open government, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, p. 242.

[3] Come messo in rilievo da F. MERLONI, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione*, in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, pp. 17 ss., p. 18, la trasparenza è vocata a prevenire la eventuale *maladministration*, costituendo «un fondamentale mezzo per consentire l'emersione dei fenomeni corruttivi e per mantenere la giusta "pressione" dei cittadini sul corretto e imparziale svolgimento dell'azione amministrativa (e sui comportamenti imparziali dei funzionari)».

[4] Sul punto si v. B. PONTI, *La trasparenza ed i suoi strumenti: dalla pubblicità all'accesso generalizzato*, in ID. (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, pp. 25 ss., 32.

[5] L'art. 1, co. 1, d.lgs. 33/2013, prima della modifica subìta con l'entrata in vigore del d.lgs. 97/2016, ometteva il riferimento, quale scopo della stessa, alla tutela dei cittadini e alla promozione della partecipazione degli interessati all'attività amministrativa. In proposito, si v. quanto osservato da A. CORRADO, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, ESI, Napoli, 2018, p. 11.

[6] Finalità che invece l'art. 24, co. 3, l. 7 agosto 1990, n. 241 espressamente preclude all'accesso.

[7] Così E. CARLONI, *I principi del codice della trasparenza* in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa* cit., pp. 29 ss., 37.

[8] In merito alla definizione dell'ambito soggettivo di applicazione degli obblighi di pubblicità e trasparenza sia consentito rinviare a F. LOMBARDI, *La problematica definizione dell'ambito soggettivo di applicazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di dati, informazioni e documenti previsti dal d.lgs. 33/2013*, in *www.federalismi.it*, n. 15, 2019.

ISSN 2036-7821

Particolare interesse destano gli obblighi relativi ai dati e alle informazioni dei «Consulenti e collaboratori», disciplinati, per le pp.aa., dall'art. 15, d.lgs. 33/2013[9], anzitutto per l'incertezza applicativa della disposizione; ma pure per l'ulteriore adempimento che 'accompagna' l'obbligo in parola (ossia la comunicazione delle informazioni e dei dati raccolti al Dipartimento della Funzione pubblica)[10]; nonché per le rilevanti sanzioni (di competenza dell'ANAC) previste in caso di inadempimento.

Nel presente lavoro, dopo aver illustrato sinteticamente la disciplina degli obblighi di pubblicazione e dell'attività di vigilanza e sanzionatoria ad essi connessa, lo studio si concentrerà sull'analisi dell'art. 15, d.lgs. 33/2013, al fine di far emergere le difficoltà relative all'applicazione di tale disposizione e, in un'ottica *de iure condendo*, di proporre una possibile modifica legislativa per rendere l'adempimento più agevole nella 'comprensione' e nella concretizzazione così da garantire una maggiore effettività.

2. La pubblicazione obbligatoria

Con l'evolversi del pacchetto normativo cd. anticorruzione la trasparenza viene a realizzarsi principalmente attraverso lo strumento della pubblicità[11]. Il d.lgs. 33, così modificato dal d.lgs. 97, impone – come accennato – la pubblicazione nei siti istituzionali di alcuni significativi «documenti, informazioni o dati» concernenti l'organizzazione e l'attività amministrativa[12].

---

[9] L'art. 15 *bis* individua invece gli obblighi di pubblicazione relativamente al conferimento deli incarichi di collaborazione, di consulenza o di incarichi professionali, relativamente alle società controllate.

[10] Si v. art. 15, co. 2, d.lgs. 33/2013 e art. 53, co. 14, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

[11] Ciò a differenza del passato, in quanto nella l. 241/1990 la trasparenza si risolve principalmente, benché non completamente, nel diritto di accesso. Con la l. 190 la trasparenza è destinata a realizzarsi per lo più attraverso «la pubblicazione, nei siti web istituzionali delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni relative ai procedimenti amministrativi, secondo criteri di facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione, nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio e di protezione dei dati personali» (art. 1, co. 15). In merito al rapporto tra pubblicazione e prevenzione della corruzione amministrativa si v. S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) e il suo coordinamento con istituti consimili*, *www.federalismi.it*, n. 23, 2016.

[12] Come osserva A. BONOMO, *La pubblicità sostitutiva mediante banche dati centralizzate*, in B. PONTI (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa* cit., pp. 239 ss., 243, il sistema di pubblicità «si colloca tra i meccanismi della trasparenza cd. attiva, intesa come attività di diffusione posta a carico delle singole amministrazioni in attuazione di un "dovere informativo" attivo, in cui i poteri pubblici non si limitano a rendere accessibili le informazioni in loro possesso, ma promuovono di loro iniziativa la conoscenza di sé e dei propri atti presso la comunità, in ottemperanza ad un dovere pubblico di diffusione dei dati da essi detenuti». Il d.lgs. 33/2013, così come modificato dal d.lgs. 97/2016, elenca una serie di obblighi di pubblicazione. Esso dedica: l'art. 12 agli «*obblighi di pubblicazione concernenti atti di carattere normativo e amministrativo generale*»; il Capo II (artt.13-28) agli «*obblighi di pubblicazione concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni*»; il Capo III (artt. 29-31) agli «*obblighi di pubblicazione concernenti l'uso delle risorse pubbliche*»; il Capo IV (artt. 32-36) agli «*obblighi di pubblicazione concernenti le prestazioni offerte e i servizi erogati*»; e, infine, il Capo V (artt. 37-42) agli «*obblighi di pubblicazione in settori speciali*». Per un commento alle disposizioni in parola si v. A. CORRADO, *Regime di pubblicità e obblighi di*

ISSN 2036-7821

Affinché la pubblicazione sia effettivamente in grado di perseguire obiettivi di trasparenza, è tuttavia indispensabile il rispetto di accorgimenti idonei a garantire la corretta lettura delle informazioni[13]. Ecco perchè il legislatore prescrive una serie di caratteri che queste ultime «devono possedere per corrispondere alle aspettative dell'utenza [...] e alle finalità per le quali l'informazione è divulgata, ovvero "tutelare i diritti fondamentali e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche"»[14].

Dunque, i documenti, le informazioni e i dati devono essere resi disponibili in modo tale da consentirne l'agevole e comprensibile fruizione da parte degli utenti. La loro pubblicazione, pertanto, deve avvenire secondo gli *standard* di qualità previsti dall'art. 6, il quale impone alle pp.aa. di assicurare – senza che ciò possa costituire valido motivo per omettere o ritardare la «pubblicazione dei dati, delle informazioni o dei documenti» (co. 2) – «l'integrità, il costante aggiornamento, la completezza, la tempestività, la semplicità di consultazione, la comprensibilità, l'omogeneità, la facile accessibilità, nonché la conformità ai documenti originali in possesso dell'amministrazione, l'indicazione della loro provenienza e la riutilizzabilità secondo quanto previsto dall'articolo 7»[15].

Giusta l'art. 7, i dati, le informazioni e i documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria debbono essere diffusi «in formato di tipo aperto» e «sono riutilizzabili». A questo proposito occorre precisare che il concetto di 'riutilizzabilità', non diversamente da quello di *open data*, è emerso soprattutto grazie alla individuazione della «funzione informativa e conoscitiva delle amministrazioni pubbliche diffusa

---

pubblicazione, in ID., *Conoscere per partecipare* cit., pp. 45 ss., 55 ss.; B. PONTI a cura di, *Nuova trasparenza amministrativa* cit.

[13] L.A. COLARUSSO, *La riforma degli obblighi di pubblicazione è vera semplificazione*, in P. CANAPARO (a cura di), *La trasparenza della pubblica amministrazione dopo la Riforma Madia*, a cura di, Dike giuridica editrice, Roma, 2016, 135 ss., 154-155.

[14] Così D. MARONGIU, *Qualità, durata e modalità di erogazione della pubblicazione*, in B. PONTI (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa* cit., pp. 215 ss., 217. Su questi aspetti si v. anche E. CARLONI, *I principi del codice della trasparenza* cit., pp. 49 ss.; E. MENICHETTI, *Tutela e valorizzazione del patrimonio informativo pubblico*, in F. MERLONI (a cura di), *Introduzione all'e-government*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 153 ss. Sul ruolo della *data quality* si v., in particolare, R.Y. WANG, D.M. STRONG, *Beyond Accuracy: What Data Quality Means to Data Consumers*, *Journal of Management Information Systems*, 1996, pp. 5 ss.

[15] La previsione relativa alla conformità all'originale dei documenti riproduce quanto già disposto dall'art. 54, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, il quale stabilisce che «le pubbliche amministrazioni garantiscono che le informazioni contenute sui siti siano conformi e corrispondenti alle informazioni contenute nei provvedimenti amministrativi originali dei quali si fornisce comunicazione tramite il sito». Per quel che concerne la qualità dei dati da pubblicare, sono state fornite indicazioni in merito dall'ANAC nella delibera 28 dicembre 2016, n. 1310, pp. 9 ss., che richiama a propria volta anche l'allegato 2 alla delibera ANAC 4 luglio 2013, n. 50 (avente ad oggetto «*Linee guida per l'aggiornamento del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità 2014-2016*»). La pubblicazione delle informazioni in maniera difforme rispetto agli *standard* qualitativi indicati comporta la conseguente responsabilità delle pp.aa. inadempienti sulla quale si v. D. MARONGIU, *Qualità, durata e modalità di erogazione della pubblicazione* cit., p. 219. Sul tema si v. anche D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, www.federalismi.it, n. 5, 2016.

ISSN 2036-7821

[…] e autonoma rispetto alle altre funzioni amministrative». Detta funzione – è stato sottolineato dalla dottrina – «ha evidenziato il crescente valore economico e sociale dei dati e delle informazioni» e la conseguente strumentalità della trasparenza, oltre che alla prevenzione della corruzione, anche «alla circolazione e alla diffusione dei dati e delle informazioni pubbliche ai fini di liberare nuova conoscenza collettiva, attraverso il lavoro di elaborazione e rielaborazione che i cittadini, generalmente intesi, possono svolgere»[16].

Il 'riutilizzo', quindi, integra un vero e proprio diritto connesso alla conoscibilità. Esso può riguardare, per un verso, i documenti, i dati e le informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria[17], e, per altro verso, i documenti e i dati conoscibili attraverso l'accesso civico *generalizzato* (art. 7 *bis*, co. 1)[18].

Per quanto concerne invece il regime temporale della pubblicazione, l'art. 8, d.lgs. 33[19], prescrive che i dati, i documenti e le informazioni sono pubblicati per cinque anni, decorsi i quali non v'è l'obbligo, come precedentemente previsto, di trasferirli in distinte sezioni del sito di archivio[20]; detti dati, documenti e informazioni sono comunque conoscibili attraverso lo strumento dell'accesso civico (co. 3)[21].

La disposizione concernente l'obbligo di pubblicazione quinquennale è stata oggetto di diversi rilievi da parte, sia del Garante della *privacy*, sia del Consiglio di Stato. In particolare, secondo il primo la previsione di un obbligo di pubblicazione che si protrae per cinque anni «contrasta con il principio di proporzionalità di matrice comunitaria, che impone la commisurazione dei termini alla luce della finalità del singolo trattamento»[22].

---

[16] M. FALCONE, *Dati aperti e diritto al riutilizzo delle informazioni*, in B. PONTI, (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa* cit., pp. 171 ss., 173 e 178.

[17] Ivi compresi quelli contenenti dati personali (diversi da quelli sensibili e giudiziari) il cui trattamento (secondo modalità che ne consentono l'indicizzazione, la rintracciabilità e – appunto – il riutilizzo) deve comunque avvenire nel rispetto dei principi sul trattamento dei dati personali.

[18] In questo senso si v. M. FALCONE, *Dati aperti e diritto al riutilizzo* cit., pp. 182-183.

[19] Il quale, nei suoi primi due commi, prevede che i documenti che contengono atti oggetto di pubblicazione obbligatoria debbano essere pubblicati tempestivamente (co. 1), mentre quelli relativi a informazioni e dati vadano anch'essi pubblicati, ma senza che la norma preveda alcun riferimento temporale specifico (co. 2). Sul punto si v. D. MARONGIU, *Qualità, durata e modalità di erogazione della pubblicazione* cit., pp. 223-224.

[20] L'art. 9, co. 2, d.lgs. 33/2013, abrogato dall'art. 9, co. 1, lett. *b*), d.lgs. 97/2016, disponeva che «alla scadenza del termine di durata dell'obbligo di pubblicazione di cui all'articolo 8, comma 3, i documenti, le informazioni e i dati sono comunque conservati e resi disponibili, con le modalità di cui all'articolo 6, all'interno di distinte sezioni del sito di archivio, collocate e debitamente segnalate nell'ambito della sezione "Amministrazione trasparente". I documenti possono essere trasferiti all'interno delle sezioni di archivio anche prima della scadenza del termine di cui all'articolo 8, comma 3».

[21] Questa scelta del legislatore è stata criticata dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema del d.lgs. 97/16 (C. di Stato, 24 febbraio 2016, n. 515).

[22] Così si è espresso il Garante della *privacy* nel parere 3 marzo 2016, n. 92 (reso sullo «*Schema di decreto legislativo concernente la revisione e semplificazione delle disposizioni di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza*»). Nello stesso senso si è espresso C. di Stato n. 515/2016 cit.

ISSN 2036-7821

Delle critiche avanzate ha fatto tesoro il legislatore del 2016, che ha inserito all'art. 8 il co. 3 *bis*, con cui viene attribuito all'ANAC il potere di rimodulare la durata di pubblicazione di dati, informazioni e documenti, determinando (anche su proposta del Garante della *privacy*) i casi in cui essa può essere inferiore a 5 anni «sulla base di una valutazione del rischio corruttivo, delle esigenze di semplificazione e delle richieste di accesso».

L'effettivo adempimento degli obblighi di pubblicazione era fino al 2016 assicurato anche dal Programma triennale per la trasparenza e l'integrità (PTTI), disciplinato dall'art. 10, d.lgs. 33, nel quale «dovevano essere definiti le misure, i modi e le iniziative volti all'adempimento dell'obbligo di pubblicazione»[23].

Con il d.lgs. 97 è stato eliminato l'obbligo per le pp.aa. di adozione di un PTTI distinto dal PTPC[24]. In particolare, l'art. 10, co. 1, nell'attuale versione, impone alle pp.aa., al fine di garantire il tempestivo e regolare flusso delle informazioni (art. 43, co. 3), l'adozione di un unico documento integrato – il PTPCT[25] –, nel quale devono essere indicati, in una specifica sezione, i nominativi dei responsabili della trasmissione e della pubblicazione dei documenti, delle informazioni e dei dati[26].

Gli obblighi di pubblicazione e le modalità di adempimento degli stessi sono stati ulteriormente precisati nella delibera ANAC 28 dicembre 2016, n. 1310 (con cui sono state approvate le «*Prime linee guida recanti indicazioni sull'attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni contenute nel d.lgs. 33/2013 come modificato dal d.lgs. 97/2016*») e nei relativi allegati[27].

---

[23] Così A. FARÌ, *Il coordinamento con il Piano triennale per la prevenzione della corruzione. Il coordinamento con il Piano triennale per la prevenzione della corruzione (abrogazione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità)*, in B. PONTI (a cura di), *Nuova trasparenza* cit., pp. 257 ss., 258.

[24] Il d.lgs. 97/2016 ha eliminato l'obbligo per le PPAA di adozione del Programma triennale di trasparenza ed integrità (PTTI) modificando le disposizioni del d.lgs. 33/2013 (artt. 10, 24 e 43) che facevano riferimento a tale strumento. L'art. 52, co. 5, d.lgs. 33/2013 dispone infatti che «dalla data di entrata in vigore del presente decreto, qualsiasi rinvio al Programma triennale per la trasparenza e l'integrità di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, si intende riferito all'articolo 10».

[25] Tale piano rappresenta oggi, per la gran parte dei soggetti obbligati ad adottarlo, una sottosezione del Piano integrato di attività e organizzazione previsto dall'art. 6, d.l. 9 giugno 2021, n. 80, conv., con modificazioni, in l. 6 agosto 2021, n. 113 (si v. d.m. 24 giugno 202; d.p.r. 24 giugno 2022, n. 81; d.m. 30 giugno 2022, n. 132; PNA 2022).

[26] Oltre a quelle espressamente indicate nell'art. 10, in questa sezione del PTPCT potranno essere pubblicate anche altre informazioni relative alla trasparenza, tra cui: le eventuali pubblicazioni di dati ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria, previsti dall'art. 7 *bis*, co. 3 (si v. delibera ANAC 1310/2016 cit.); «i termini entro i quali prevedere l'effettiva pubblicazione di ciascun dato, nonché le modalità stabilite per la vigilanza ed il monitoraggio sull'attuazione degli obblighi»; «i casi in cui non è possibile pubblicare i dati previsti dalla normativa in quanto non pertinenti rispetto alle caratteristiche organizzative o funzionali dell'Amministrazione» (PNA 2019, p. 82).

[27] Successivamente, con delibera 8 novembre 2017, n. 1134 sono state approvate le «*Nuove linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici*», nella quale sono stati ulteriormente specificati gli obblighi di pubblicazione cui sono tenuti i soggetti destinatari delle Linee giuda in parola. Nel PNA 2019 (p. 78) si osserva che con tali atti – così come con la determinazione 8 marzo 2017, n. 241 (che ha approvato le «*Linee guida recanti indicazioni sull'attuazione dell'art. 14 del d.lgs. 33/2013 "Obblighi di*

ISSN 2036-7821

3. Gli obblighi di pubblicazione delle informazioni relative a consulenti e collaboratori

L'art. 15, d.lgs. 33/2013, prevede che le pp.aa. sono tenute a pubblicare, continuamente aggiornandole, una serie di informazioni relative ai titolari di incarichi di collaborazione e consulenza. La disciplina di tali incarichi e, conseguentemente, le condizioni ed i limiti entro cui è possibile il conferimento degli stessi, si rinviene principalmente nel d.lgs. d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (art. 7, co. 5 *bis* e ss.), per quanto riguarda le pp.aa., e nell'art. 110, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (co. 6), per ciò che concerne in particolare gli enti locali[28].

Come accennato in sede introduttiva, l'art. 15, d.lgs. 33/2013, che si riferisce agli obblighi di pubblicazione degli incarichi in parola, alimenta varie incertezze: non a caso esso è stato oggetto di diversa applicazione da parte dei suoi destinatari.

La prima incertezza attiene alla difficoltà di capire, in alcune circostanze, in quale sezione debbano essere pubblicati gli incarichi di collaborazione e di consulenza conferiti. A tal proposito, basti pensare che gli incarichi di consulenza di regola vanno affidati attraverso procedure selettive, per cui le relative informazioni dovrebbero essere pubblicate in altra sotto-sezione di «Amministrazione trasparente»[29]. Non si comprende, dunque, se per le informazioni relative ai soggetti aggiudicatari di appalti di servizi di consulenza debba prevalere, ai fini della pubblicazione, lo *status* di consulente o quello di aggiudicatario o se si debba provvedere a pubblicare sia le informazioni obbligatorie per le procedure selettive, che quelle di cui all'art. 15.

A ciò si aggiungono altre incertezze. Si pensi, tra l'altro, agli incarichi per la difesa in giudizio[30] che, sebbene *stricto sensu*, non dovrebbero essere annoverati fra quelli consulenziali, secondo l'ANAC rientrerebbero tra quelli da pubblicare ai sensi dell'art. 15, d.lgs. 33/2013[31].

---

pubblicazione concernenti i titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo e i titolari di incarichi dirigenziali" come modificato dall'art. 13 del d.lgs. 97/2016») e, per quanto riguarda i dirigenti, con la delibera 26 giugno 2019, n. 586 (rubricata «*Integrazioni e modifiche della delibera 8 marzo 2017, n. 241 per l'applicazione dell'art. 14, co. 1-bis e 1-ter del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 20 del 23 gennaio 2019*») – l'ANAC ha operato una ricognizione dei dati, delle informazioni e dei documenti da pubblicare nella sezione «Amministrazione trasparente».

[28] Sul tema si v., fra i vari, F. MATALUNI, *L'affidamento degli incarichi di consulenza nelle pubbliche amministrazioni*, in *Foro amm.*, 1, 2015, pp. 245 ss.

[29] Ossia in quella relativa a «Bandi di gara e contratti», ove devono essere pubblicate le informazioni di cui all'art. 29, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e 37, d.lgs. 33/2013.

[30] Sul punto si v. la Delibera ANAC 1 aprile 2020, nella quale si legge che secondo quanto «previsto dall'art. 17, comma 1, lettera d), punto n. 1), d.lgs. 50/2016, la rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato ex art. 1, legge 9.2.1982, n. 31, rientra nell'ambito dei contratti esclusi dall'integrale applicazione del d.lgs. 50/2016, rimanendo soggetta, però, al rispetto dei principi di cui all'art. 4 d.lgs. 50/2016».

[31] Nelle «FAQ in materia di trasparenza (sull'applicazione del d.lgs. n. 33/2013 come modificato dal d.lgs. 97/2016)», pubblicate nel sito di ANAC, l'Autorità precisa che «Nel caso in cui siano attribuiti ad un professionista uno o più incarichi per la difesa e la rappresentanza dell'ente in relazione a singole controversie, l'amministrazione affida incarichi di patrocinio legale che possono essere inquadrati come incarichi di consulenza

ISSN 2036-7821

Per quanto riguarda la tipologia di informazioni da pubblicare, per ciascun consulente o collaboratore devono essere pubblicati: gli estremi dell'atto di conferimento dell'incarico, con indicazione dell'oggetto, del compenso e della durata dello stesso[32]; «il curriculum vitae; […] i dati relativi allo svolgimento di incarichi o la titolarità di cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione o lo svolgimento di attività professionali; […] i compensi, comunque denominati, relativi al rapporto di consulenza o di collaborazione, con specifica evidenza delle eventuali componenti variabili o legate alla valutazione del risultato»[33]; «l'attestazione dell'avvenuta verifica dell'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi»[34].

Anche queste informazioni danno luogo, per il vero, a più di una perplessità. Innanzitutto, non si comprende per quale ragione i soggetti obbligati dovrebbero limitarsi a pubblicare i dati solo relativamente a cariche e incarichi presso enti regolati o finanziati dalla p.a. e non, ad esempio, a quelli assunti presso altra p.a. È altresì difficile intendere se i dati relativi all'attività professionale riguardino l'intera attività professionale, svolta in favore di soggetti pubblici o privati – nel qual caso si tratterebbe di un obbligo eccessivamente oneroso – o se ci si riferisce solo all'attività professionale svolta in favore di enti privati regolati o finanziati dalla p.a. – in questa ipotesi sarebbe difficile capire il motivo di una tale limitazione. Infine, parimenti non chiaro pare il riferimento ai «dati», in quanto, attesa la genericità dell'indicazione, non è certo se con essa si intendano, ad esempio, anche i compensi percepiti in relazione a tali attività.

Analoghe perplessità si rinvengono nell'obbligo di pubblicare l'attestazione relativa alla verifica dell'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi. Anzitutto non è specificato il soggetto cui competerebbe tale verifica e, in secondo luogo, si tratterebbe di una verifica piuttosto complessa e difficilmente 'attestabile', se non limitatamente a quanto dichiarato dai singoli consulenti e collaboratori. Proprio per questa ragione le pp.aa. in regola con questo adempimento, per un verso, collegano tale compito e la connessa responsabilità ai soggetti più disparati – talvolta a figure dirigenziali, altre volte a organi politici, altre ancora al RPCT – e, per altro verso, circoscrivono l'attestazione alle sole informazioni dichiarate dai soggetti obbligati o si limitano ad una mera presa d'atto delle autodichiarazioni.

---

e, pertanto, è tenuta, ai sensi dell'art. 15, co. 1 e 2, del d.lgs. n. 33/2013, a pubblicare i relativi dati sul sito istituzionale nella sezione "Amministrazione trasparente", sotto-sezione di primo livello "Consulenti e collaboratori". Tali incarichi costituiscono, infatti, contratti d'opera professionale, consistendo nella trattazione della singola controversia o questione, e sono qualificati, ai sensi dell'art. 17 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, come "contratti esclusi" ».

[32] Art. 15, co. 2, d.lgs. 33/2013; art. 53, co. 14, d.lgs. 165/2001; Allegato 1, delibera ANAC n. 1310/2016.

[33] Art. 15, co. 2, d.lgs. 33/2013; Allegato 1, delibera ANAC n. 1310/2016.

[34] Art. 53, co. 14, d.lgs. 165/2001; Allegato 1, delibera ANAC n. 1310/2016.

ISSN 2036-7821

Infine, fra gli adempimenti richiesti vi è, come visto, la comunicazione delle informazioni e dei dati raccolti anche alla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della Funzione pubblica, che, insieme alla loro pubblicazione, costituiscono «condizioni per l'acquisizione dell'efficacia dell'atto e per la liquidazione dei relativi compensi»[35]. La giurisprudenza ha peraltro chiarito che le pp.aa. hanno l'obbligo di consentire l'estrazione di copia delle comunicazioni inviate alla Presidenza del Consiglio dei Ministri ai sensi dell'art. 15, comma 2, d.lgs. 33/13, e dell'art. 53, comma 14, d.lgs.165/2001, qualora le stesse siano oggetto di istanza di accesso civico generalizzato[36].

4. La vigilanza sull'attuazione delle disposizioni in materia di trasparenza

Il d.lgs. 33/2013, al fine di garantire l'effettività della sua attuazione, prevede un articolato appartato di vigilanza composto da diverse figure organizzatorie – ciascuna dotata di specifici compiti –, accompagnato da un ben definito sistema sanzionatorio connesso alla violazione degli obblighi di trasparenza.

Il Capo VI del d.lgs. 33/2013 – rubricato appunto «*vigilanza sull'attuazione delle disposizioni e sanzioni*» – si 'apre' con l'art. 43, il quale disciplina le funzioni del RPCT, che, unitamente ai dirigenti responsabili propri di ciascuna p.a.[37], deve assicurare l'adempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dal codice della trasparenza e la regolare attuazione dell'accesso civico[38] (art. 43, co. 3 e 4).

Il RPCT – che rappresenta «il fulcro delle attività poste a garanzia della trasparenza»[39] – svolge importanti funzioni di vigilanza. Questi è infatti tenuto ad assicurare «la completezza, la chiarezza e l'aggiornamento delle informazioni pubblicate» e a segnalare «all'organo di indirizzo politico, all'Organismo

[35] Sul punto si v., da ultimo, Tar Campania, Napoli, sez. VI, 8 luglio 2022, n. 4588, che mette in rilievo che «Gli atti per il tramite dei quali l'Amministrazione "conferente" partecipa delle proprie decisioni e dei dati ai sensi dell'art. 53, comma 14, secondo periodo, d.lgs. n. 165/2001 (in tema di rilascio da parte delle Amministrazioni dell'autorizzazione allo svolgimento di incarichi retribuiti ai propri dipendenti) la Presidenza del Consiglio dei Ministri, costituiscono irremissibile adempimento di un cogente obbligo, gravante in capo alle stesse Amministrazioni, anche in funzione di trasparenza e al fine di consentire un costante controllo in subiecta materia; condizionante l'efficacia stessa dell'atto di conferimento dell'incarico». Il Collegio osserva altresì che «se è pacifica la sussistenza della pretesa ostensiva in relazione agli estremi dell'atto di conferimento dell'incarico, al curriculum vitae dell'incaricato, alla durata e ai compensi attribuiti; allora, indubbia è l'esistenza del medesimo interesse conoscitivo in relazione agli adempimenti (comunicazioni alla Presidenza del Consiglio dei Ministri) che di quegli atti di conferimento sono indefettibili condiciones di efficacia, oltre che integranti adempimento di irremissibili obblighi gravanti in capo alle Amministrazioni».

[36] Così Tar Campania, Napoli, n. 4588/2022.

[37] L'art. 10, d.lgs. 33/2013 prevede che il PTPCT debba indicare il nominativo dei «responsabili della trasmissione e della pubblicazione delle informazioni e dei dati».

[38] Per questo motivo l'art. 5, co. 7, d.lgs. 33/2013 prevede che il Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza «può chiedere agli uffici della relativa amministrazione informazioni sull'esito delle istanze».

[39] Così L. BERIONNI, *Organizzazione ed attuazione della trasparenza: il responsabile per la trasparenza, gli Oiv e l'invarianza finanziaria*, in B. PONTI (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa*, pp. 465 ss., 476.

ISSN 2036-7821

indipendente di valutazione (OIV)[40], all'ANAC e, nei casi più gravi, all'ufficio disciplina, il mancato o ritardato adempimento degli obblighi di pubblicazione» anche ai fini dell'attivazione delle relative responsabilità (art. 43, co. 1 e 5).
L'inadempimento degli obblighi di pubblicazione da parte delle pp.aa. costituisce «elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione»; esso è altresì valutato ai fini della «corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili» (art. 46, co. 1)[41]. Tuttavia il RPCT non risponde dell'inadempimento qualora questo «sia dipeso da causa a lui non imputabile» (co. 2)[42].
Importanti funzioni di controllo sono poi attribuite anche agli Organismi indipendenti di valutazione (OIV), i quali sono tenuti a verificare la coerenza tra gli obiettivi previsti nel PTPCT e quelli indicati nel Piano della *performance* (art. 44).
Tra i soggetti che esercitano poteri di vigilanza un ruolo di particolare rilevanza è sicuramente quello che la l. 190/2012 prima e il d.lgs. 33/2013 poi – segnatamente a seguito della modifica ad opera del d.lgs. 97/2016 – hanno attribuito all'ANAC[43], autorità amministrativa indipendente – sebbene sulla sua qualificazione come tale sussista più di una perplessità[44] – dotata di poteri di regolazione[45] su tutte le materie rientranti nella sua competenza e, nei medesimi ambiti, di un potere di vigilanza e sanzionatorio.
Per quanto riguarda in particolare la funzione di vigilanza, l'Autorità in parola deve controllare «l'effettiva applicazione e […] l'efficacia delle misure adottate dalle

[40] In merito agli OIV si v. L. BERIONNI, *op. ult. cit.*, pp. 481 ss.; A. BIANCONI, *Gli OIV e la vigilanza della CIVIT sugli obblighi di trasparenza (artt. 44, 45)*, in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa* cit., pp. 377 ss. G. CERRONE, *Gli obblighi organizzativi e le responsabilità*, in P. CANAPARO (a cura di), *La trasparenza della pubblica amministrazione* cit., pp. 189 ss., 221 ss.

[41] In merito alla responsabilità dei dirigenti delle pp.aa. per inadempimento degli obblighi di pubblicazione si v. Corte conti, sez. giur. Lazio, 2 febbraio 2015, n. 81, la quale ha condannato alcuni dirigenti di un Ente locale al pagamento di una somma a titolo di risarcimento del danno erariale conseguente all'indebita percezione della retribuzione di risultato in modo integrale. Tale retribuzione, in effetti, era stata loro riconosciuta per il raggiungimento degli obiettivi – inerenti alle funzioni dirigenziali – relativi agli obblighi di pubblicazione e di incremento del livello di trasparenza: questi obiettivi, tuttavia, erano risultati in realtà palesemente disattesi dai dirigenti del Comune. Sulla responsabilità dirigenziale si v. L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Cedam, Padova, 2000. Sulla responsabilità amministrativa per danno all'immagine cfr. S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile. Introduzione al tema ad un decennio dalla riforma*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 58 ss.; N. DI MODUGNO, *Il c.d. risarcimento per danno all'immagine della p.a. come sanzione «nascosta»*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 567 ss.; A. LUPI, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione. La novella dell'art. 1, 62º comma, l. 6 novembre 2012 n. 190*, in *Finanza loc.*, pp. 67 ss.

[42] In merito alla responsabilità del RPCT si v. PNA 2019, pp. 105 ss.

[43] Su questa Autorità si rinvia a quanto a R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2015.

[44] Sul punto si v. F. DI LASCIO, *I compiti dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in B. PONTI (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa* cit., pp. 487 ss., 489.

[45] In relazione ad essi si pensi ai poteri attribuiti all'ANAC dagli artt. 3, co. 1 *bis* e 1 *ter* o all'art. 8, co. 3 *bis*.

ISSN 2036-7821

pubbliche amministrazioni», oltre che il «rispetto delle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa» (l. 190/2012, art. 1, co. 2, lett. *f*).

Tale funzione «presenta un carattere collaborativo oltre che preventivo»[46] e viene esercitata mediante diversi strumenti che presuppongono l'attiva collaborazione dei soggetti vigilati. Tra questi rientrano, in particolare, il potere ispettivo, il quale si sostanzia nella richiesta di informazioni, notizie e documenti alle pp.aa. interessate, nonché il potere, da un lato, di ordinare l'adozione di atti e provvedimenti previsti dai PTPCT o dalle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa e, dall'altro, di richiedere la rimozione di comportamenti o atti che siano in contrasto con i suddetti piani e regole (art. 1, co. 3, L. 190/2012).

All'interno della cornice dei poteri di vigilanza si colloca il novellato art. 45, d.lgs. 33/2013, secondo il quale l'ANAC è tenuta a verificare l'esatto adempimento degli obblighi di pubblicazione.

Tale controllo è svolto attraverso una serie di strumenti che – in continuità con quanto disposto dalla l. 190/2012 – si sostanziano nell'esercizio dei poteri ispettivi, di ordine, di segnalazione, di richiesta e di diffusione delle informazioni. Ed invero, al fine dello svolgimento delle funzioni a questa riconosciute, l'ANAC può richiedere notizie e informazioni alle pp.aa. ed eventualmente ordinare a queste ultime «di procedere alla pubblicazione di dati, documenti e informazioni […], all'adozione di atti o provvedimenti richiesti dalla normativa vigente ovvero alla rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza» (co. 1).

L'Autorità – costituendo il mancato adempimento degli obblighi di pubblicazione illecito disciplinare – è tenuta peraltro a segnalare l'inadempimento all'ufficio disciplina competente ai fini dell'attivazione dei procedimenti disciplinari a carico del dirigente tenuto alla trasmissione delle informazioni o del responsabile della pubblicazione, oltre che «ai vertici politici delle amministrazioni, agli OIV e, se del caso, alla Corte dei conti, ai fini dell'attivazione delle altre forme di responsabilità» (co. 4).

I relativi provvedimenti sono inoltre pubblicati dall'Autorità, alla quale è riconosciuto anche un «potere di diffusione delle informazioni che mira a perseguire un effetto reputazionale nei confronti dei titolari di incarichi politici, di amministrazione di direzione o di governo nonché dei titolari di incarichi dirigenziali»[47]. Si tratta del compito che l'art. 45, co. 4, d.lgs. 33/2013, riconosce all'ANAC, che rende noti i nominativi dei soggetti per i quali non siano stati pubblicati i dati e le informazioni obbligatori previsti dall'art. 14, d.lgs. 33/2013[48].

---

[46] Così F. Di Lascio, *op. ult. cit.*, p. 501.

[47] Così ancora F. Di Lascio, *op. ult. cit.*, p. 499.

[48] In merito all'art. 14, si v. Corte costituzionale 21 febbraio 2019, n. 20, la quale ha ritenuto l'art. 14, co. 1 bis, d.lgs. 33/2013 «costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 3 Cost., nella parte in cui prevede che le pubbliche amministrazioni pubblicano i dati di cui all'art. 14, comma 1, lettera f), dello stesso decreto legislativo,

ISSN 2036-7821

L'Autorità svolge la funzione di vigilanza non solo nei termini fino ad ora descritti, ma anche attraverso, da un lato, la supervisione sull'operato dei RPCT – ai quali la stessa può chiedere il rendiconto sui risultati del controllo svolto all'interno delle pp.aa. –, e, dall'altro, il coinvolgimento degli OIV, cui la suddetta Autorità potrà rivolgersi al fine di acquisire informazioni in merito all'esatto adempimento degli obblighi di pubblicazione (co. 3).

5. Le sanzioni per la violazione degli obblighi di pubblicazione e, in particolare, per la violazione dell'art. 15, d.lgs. 33/2013

Come anticipato, all'ANAC non è riconosciuto solo un potere di vigilanza, ma anche quello di regolazione e quello sanzionatorio[49].

Per quanto riguarda quest'ultimo, il d.lgs. 33/2013, come novellato nel 2016, identifica la suddetta Autorità come quella competente ad irrogare sanzioni. Essa è tenuta altresì a disciplinarle con proprio regolamento[50] (art. 47, co. 3).

A tal fine l'ANAC ha provveduto a emanare *ex* artt. 45-47, d.lgs. 33/2013, con provvedimento del 12 maggio 2021, il nuovo «*Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio ai sensi dell'articolo 47 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33*»[51].

L'apparato sanzionatorio – il cui scopo è quello di assicurare effettività al complesso degli obblighi di trasparenza gravanti sui soggetti di cui all'art 2 *bis*, d.lgs. 33/2013 – rinviene la propria disciplina legislativa negli artt. 15, 22 e 28, nonché negli artt. 46 e 47 del d.lgs. 33/2013.

E così, l'art. 46 collega in via generale all'inadempimento degli obblighi di trasparenza diverse forme di responsabilità, le quali, come si è avuto modo di constatare in precedenza, gravano anche sul RPCT, a meno che lo stesso non riesca a dimostrare che l'inadempimento è dovuto a causa a lui non imputabile (co. 2). Gli inadempimenti degli obblighi di trasparenza costituiscono «elemento di valutazione negativa della responsabilità dirigenziale a cui applicare la sanzione di cui all'articolo

---

anche per tutti i titolari di incarichi dirigenziali, a qualsiasi titolo conferiti». Sul tema sia consentito rinviare a F. LOMBARDI, *La trasparenza tradita*, ESI, Napoli, 2021, pp. 173 ss.

[49] Sul concetto di sanzione si v. in particolare C.E. PALIERO, A. TRAVI, (voce) *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, *vol. XLI*, Milano, 1989, pp. 345 ss.; per un confronto con il concetto di sanzione alla luce della giurisprudenza CEDU si v. F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, pp. 337 ss.

[50] Il d.lgs. 97/2016 ha notevolmente ampliato il potere sanzionatorio spettante all'Autorità, che potrà ora non solo avviare il procedimento sanzionatorio, ma anche irrogare le sanzioni in misura definitiva. In questo modo il decreto in parola ha consentito di superare le difficoltà interpretative connesse all'individuazione del soggetto tenuto ad irrogare le sanzioni che l'art. 47 nella sua formulazione originaria identificava con «l'autorità amministrativa competente in base a quanto previsto dalla legge 24 novembre 1981, n. 689».

[51] L'ANAC, potendo irrogare sanzioni anche *ex* art. 19, co. 5, d.l. 90/2014, conv. in l. 114/2014, in caso di mancata adozione dei PTPCT o dei Codici di comportamento ha altresì di recente adottato un apposito provvedimento del 12 maggio 2021, recante il «*Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità nazionale anticorruzione per l'omessa adozione dei Piani triennali di prevenzione della corruzione, dei Programmi triennali di trasparenza, dei Codici di comportamento*».

ISSN 2036-7821

47, comma 1-bis, ed eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione, valutata ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili» (co. 1).

L'art. 47[52], invece, così come gli artt. 15, 22[53] e 28[54], prevedono diverse sanzioni – per lo più pecuniarie – relative a casi specifici[55].

Per quanto riguarda, in particolare, l'inottemperanza degli obblighi di cui all'art. 15, il pagamento del corrispettivo in favore di consulenti e collaboratori, nonostante la mancata pubblicazione delle informazioni previste dalla legge nella sezione «Amministrazione trasparente», determina, oltre alla responsabilità disciplinare del dirigente che l'ha disposto e, fatto salvo l'eventuale risarcimento del danno (qualora sussistano i presupposti di cui all'art. 30 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104), anche «il pagamento di una sanzione pari alla somma corrisposta»[56].

A tal proposito la giurisprudenza ha osservato che il mancato adempimento degli obblighi di cui all'art. 15, d.lgs. 33/2013 comporta «pregiudizievoli conseguenze per l'Amministrazione, tra l'altro, inibendo ad essa il conferimento di ulteriori incarichi, e per gli stessi consulenti e/o collaboratori che, all'uopo, non possono ottenere la corresponsione del compenso loro spettante»[57].

In conclusione, può ben dirsi che l'apparato sanzionatorio predisposto dal legislatore delegato sia tanto articolato quanto adeguatamente ponderato. Esso mira – unitamente al sistema di tutela e alle funzioni di vigilanza riconosciute alle diverse figure organizzatorie che costellano l'universo della trasparenza – a garantire

---

[52] Tale norma disciplina le sanzioni connesse alla mancata comunicazione delle informazioni di cui all'art. 14, d.lgs. 33/2013, da parte di organi politici e dirigenti (co. 1 e 2), le sanzioni previste per il responsabile della pubblicazione in caso di inadempimento degli obblighi previsti dall'art. 22, co. 2 (co. 3) e individuano l'ANAC quale autorità competente a comminare le sanzioni previste dall'art. 47 (co. 4).

[53] L'art. 22, co. 4, d.lgs. 33/2013 prevede che qualora gli enti pubblici vigilati, gli enti di diritto privato in controllo pubblico e le società partecipate non ottemperino agli obblighi di pubblicazione previsti dall'art. 22, co. 1, la sanzione per questo inadempimento consiste nel divieto di erogazione in loro favore di somme a qualsivoglia titolo da parte delle pp.aa. interessate.

[54] L'art. 28 prevede invece l'obbligo di pubblicazione dei rendiconti dei gruppi consiliari regionali e provinciali, con evidenza delle risorse trasferite o assegnate a ciascun gruppo. Il mancato adempimento comportala riduzione del 50 per cento delle risorse da trasferire o da assegnare nel corso dell'anno.

[55] Per quanto riguarda l'analisi delle singole sanzioni si rinvia a F. DINELLI, *Le sanzioni per le violazioni degli obblighi di pubblicazione e la tutela giurisdizionale dell'accesso civico*, in B. PONTI (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa* cit., pp. 505 ss., 521 ss.; A. NATALI, *La responsabilizzazione delle pubbliche amministrazioni in tema di trasparenza*, in P. CANAPARO (a cura di), *La trasparenza della pubblica amministrazione* cit., pp. 227 ss., 228 ss.

[56] In molti casi l'inottemperanza di tali obblighi ha condotto l'ANAC ad adottare un provvedimento d'ordine, imponendo alla p.a. la pubblicazione delle informazioni di cui all'art. 15 (si v. delibera ANAC 13 aprile 2021, n. 291).

[57] Tar Campania, Napoli, sez. VI, n. 4588/2022. Sul tema si v. anche Tar Lazio, Roma, 17 ottobre 2022, n. 13231, che ha messo in evidenza che «il mero ritardo nella pubblicazione di tale documentazione […] non è di per sé idonea ad inficiare la legittimità dell'operato della Commissione, quanto piuttosto l'efficacia dell'eventuale provvedimento di liquidazione del compenso».

ISSN 2036-7821

l'effettività degli strumenti predisposti al fine di realizzare quel modello di p.a. realmente aperta e trasparente cui il legislatore anela e conseguentemente a contribuire realmente a prevenire la corruzione amministrativa.

4. Osservazioni conclusive

Alla luce della sintetica esposizione svolta è emerso che le pp.aa. sono attualmente destinatarie di numerosi e piuttosto laboriosi obblighi, disciplinati in disposizioni non sempre particolarmente chiare, come nel caso dell'art. 15, d.lgs. 33/2013. Ciò è tanto più 'grave' se ad adempimenti impegnativi, anche perchè talvolta difficilmente intellegibili, sono collegate responsabilità e sanzioni di una certa qual consistenza.

Risulta dunque indispensabile un (riflettuto e organizzato) percorso di rinnovamento legislativo, caratterizzato soprattutto dal proposito di semplificare.

L'esigenza di semplificazione – è noto – viene da tempo avvertita nell'ordinamento italiano. Ne è prova, di recente, il PNRR, nel quale è scritto a chiare lettere che «l'eccesso di leggi e la loro scarsa chiarezza ostacolano la vita dei cittadini e frenano le iniziative economiche»: per ciò «la semplificazione della legislazione è intervento riformatore essenziale per favorire la crescita del Paese»[58]. Nel Piano, quale specifico oggetto di semplificazione, figura anche la trasparenza: in particolare, per quel che attiene agli «obblighi di pubblicazione di numerosi atti, obblighi non sempre giustificati da effettive esigenze di conoscibilità dei cittadini e assai onerosi per gli uffici, soprattutto degli enti minori»[59].

E però, l'esigenza di semplificazione non pare dover consistere nella riduzione degli obblighi di pubblicazione che, invero, sembrano presentarsi come il mezzo più efficace e sicuro per conseguire la trasparenza, la quale – è bene ricordarlo – costituisce livello essenziale delle prestazioni della p.a. È stato infatti autorevolmente osservato che «La definizione integralmente normativa dell'obbligo assicura l'unica certezza che la dimensione giuridica può assicurare: il riconoscimento (in via d'autorità, quella del giudice) della fondatezza della pretesa alla sola condizione che essa risulti conforme a un parametro (di diritto) precostituito»[60].

---

[58] E – prosegue il testo – «supporta trasversalmente tutte e sei le missioni del PNRR». Così PNRR, p. 64.

[59] Tutte le parole tra virgolette sono tratte dal PNRR, p. 69. Su questa misura la dottrina si è espressa negativamente: per E. CARLONI, *Passi indietro su anticorruzione e trasparenza? Considerazioni a margine del PNRR e del decreto PA*, www.orizzontididirittopubblico.com, 11 giugno 2021, «se l'idea è semplificare la vita delle amministrazioni, non convince molto la sostituzione di un meccanismo ormai rodato (la pubblicazione nel proprio sito istituzionale) con uno tutto da costruire; e, mentre convince ancora meno l'idea di assicurare più trasparenza con meno trasparenza, pare contraddittorio concentrare in un'unica sede le informazioni di circa dodicimila soggetti tenuti agli obblighi di pubblicazione e così voler proteggere il cittadino dall'opacità per confusione di cui soffrirebbe nell'accedere al sito della sua amministrazione».

[60] Così C. MARZUOLI, *Trasparenza e chiunque (brevi note)*, in *Lo sguardo del giurista all'amministrazione in trasformazione*, in E. CARLONI, A. PIOGGIA, B. PONTI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2021, pp. 247 ss.

ISSN 2036-7821

In una prospettiva *de iure condendo*, potrebbe essere opportuno finanche ampliare gli obblighi di pubblicazione. Nondimeno, ai fini dell'effettività di questo strumento giuridico è fondamentale che le disposizioni che li disciplinano siano, sotto il profilo formale, chiare, ben coordinate, facilmente intellegibili; sotto il profilo sostanziale, adeguatamente costruite, principiando dalla indispensabile previa definizione di quali siano le informazioni che i cittadini hanno il diritto di conoscere.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

The taxation implications of the mobility guarantees of the Agreement on the Free Movement of persons between Switzerland and the EU in the experience of the German taxation system

di Filippo Luigi Giambrone

(Ricercatore a tempo determinato presso l´Universitá degli Studi del Sannio di Benevento)

Sommario

1. Description of the legal issue in concern; 2. Relevance of abuse of law according to the eu case law; 3. The Cadbury Schweppes Ruling and the freedom of establishment; 4. German Foreign Transaction Tax Act and its compatibility with EU law; 5. Introduction into the subject matter. Controlled Foreign Corporation Rules: Add back taxation with regard of the ATAD; 5.1. Introductive aspects of the German External Tax Relations Act (AStG); 6. General considerations concerning the violation of the free movement of capital in Germany; 6.1. Case law on § 8 (2) AStG (Foreign transaction Tax Act) old version; 6.2. The relevance of § 8(3) of the External Tax Act, as amended by the Act implementing the Anti-Tax Avoidance Directive (ATADUmsG) with regard of the exceptions of the activity test enshrined towards third countries; 6.3. Interpretation of Paragraph 7(2) of the External Tax Act, as amended by the Act implementing the Anti-Tax Avoidance Directive (ATADUmsG); 7. General aspects concerning the right of freedom of establishment as a fundamental freedom in relation to third countries: the case of Switzerland; 7.1 Treaty and Liberties; 7.2 Displacement of the free movement of capital in individual cases; 7.3 Infringement of the Agreement between the Swiss Confederation and the European Community on the free movement of persons regarding the law of establishment; 8. Final analysis.

Abstract

Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules to combat tax avoidance practices having direct effects to the functioning of the internal market — OJ L 193, 19.7.2016, p.1 (Anti-Tax Avoidance Directive/ATAD), as amended by Article 1 of Council Directive (EU) 2017/952 of 29 May 2017 amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries (OJ L.144, 7.6.2017/ATAD II), requires EU Member States to adapt, in particular, their tax regimes on entrenchment and exit taxation (Article 5 ATAD); the additional taxation (Articles 7 and 8 ATAD) and the neutralisation of tax mismatches related to hybrid arrangements (Articles 9 and 9b of the ATAD) to the extent that they do not already comply with the minimum standard set by ATAD. Deviating from this, the present analysis confirms the applicability of the activity test in general vis-à-vis third countries against the background of the free movement of capital and specifically vis-à-vis Switzerland in view of the right of establishment enshrined in the Free Movement of Persons Agreement.

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

ISSN 2036-7821

1. Description of the legal issue in concern.

From the point of view of international taxation, a particularly debated topic, which is also the subject of numerous regulatory interventions, both national and international, concerns the tax treatment of controlled foreign companies. The latter are those companies, located in foreign countries, that are controlled, directly or indirectly, by persons resident in Italy.The tax treatment of controlled foreign companies has been the subject, especially in recent years, of various regulatory interventions that have considerably modified its assumptions and scope.These regulatory changes have become necessary to avoid possible tax abuses in foreign operations[1], so that the relative consideration becomes absolutely essential for those who are preparing to implement international tax planning strategies.[2]The new rules concerning the discipline of controlled foreign companies were introduced through the amendment of Article 167 of Presidential Decree No. 917/1986 (TUIR) made by Article 4, paragraph 1, Legislative Decree No. 142 of 29 November 2018 (implementing Law No. 163 of 25 October 2017).The purpose of the amendment was to transpose the EU Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 on rules against tax avoidance practices directly affecting the functioning of the internal market (so-called ATAD 1), also in light of the amendments made by the EU Council Directive (EU) 2017/952 of 29 May 2017 concerning the provisions on "hybrid mismatches" with third countries (so-called ATAD 2).In particular, ATAD 1 was prompted by the need to introduce rules to strengthen the level of states' defences against aggressive tax planning in the EU market and is in continuity with current international tax policy priorities, i.e. the need to ensure that tax is paid where profits and value are generated.These policy objectives are inspired by the actions taken by the international community in the framework of the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD)'s Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) initiative.Thus, in order to follow up on the commitments undertaken within the BEPS Project, EU states have taken action to introduce measures to discourage tax avoidance practices and to ensure fair and effective taxation in the EU in a sufficiently consistent and coordinated manner.[3]Thus, the ATAD 1 Directive adopts a common strategic approach in order to prevent market fragmentation and put an end to existing market misalignments and distortions by laying down general provisions that leave the implementation of the measures in their particulars to the individual states.In fact, Member States are in a better position to identify the content of the rules implementing the choices made in the EU, in a manner best suited to

[1] P.PISTONE, *Diritto tributario internazionale* , 2017, p. 142 ff.

[2] P.PISTONE, *Diritto tributario internazionale* , 2017, p. 142 ff; per un approfondimento riguardo la disciplina dell´elusione internazionale cfr. G. CORASANITI, *La disciplina dell´elusione internazionale nell ordinamento federale tedesco,* in Studi in onore di Victor Uckmar, 1997.

[3] Cfr. G. CORASANITI, *Diritto tributario internazionale, Manuale*, ult. Edz.

ISSN 2036-7821

their respective corporate tax systems.Ultimately, ATAD 1 aims to establish a minimum level of protection for the EU market in several areas, such as: limits on interest deductibility, exit taxation, a general anti-abuse rule, rules on controlled foreign companies, and rules to tackle hybrid mismatches.The so-called new economy[4], characterised by strong globalisation and greater currency freedom, has encouraged companies, especially manufacturing and financial companies, to relocate certain assets, such as trademarks, patents, know-how and other volatile monetary resources, to foreign territories. This migration has been facilitated by the presence of developing jurisdictions with privileged tax regimes that allow their residents to benefit from an extremely low level of income taxation. Such jurisdictions have given rise to often damaging international tax competition, leading to the erosion of the tax bases of more industrialised (or advanced tax) states. The issue has aroused the interest of the world's major organisations, calling for supranational measures and the establishment of a climate of cooperation between advanced tax countries. Of particular importance was the contribution provided by the OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), whose studies focused on the identification of so-called tax havens and the creation of legal instruments capable of combating tax avoidance/evasion practices implemented through the transfer of highly profitable mobile assets within favourably taxed jurisdictions. The issue was not an easy one to resolve as there was an awareness that tax emigration, whether achieved through the relocation of the entire business activity, or through the removal of movable wealth, could not be prevented. The only condition that could be imposed was that the diversion of taxable matter was associated with the conduct of an actual economic activity in the foreign country and not with a mere relocation of dematerialised business fragments in fictitious corporate structures.Among the provisions of international tax law aimed at combating the diversion of income from the taxation of the State of residence by means of its location in privileged taxation territories, a primary role is attributed to the Controlled Foreign Companies (CFC) discipline.The phenomenon[5] of corporate foreign ownership is a form of tax avoidance, consisting in the creation of companies resident in a foreign country that on the one hand are controlled or administered by Italian residents and on the other hand control companies resident in Italy. In this sense such companies represent therefore a screen for personal connection to the taxation of corporate income companies in Italy. The foreign subsidiary legislation serves to establish the personal link with the taxation of the entity, overcoming the screen represented by the legal personality of a subsidiary and resident in a foreign

[4] A. DONATO, *La disciplina della Controlled Foreign Companies alla luce del recepimento della direttiva ATAD 2016/1164.*

[5] P.PISTONE, *Diritto tributario internazionale* , 2017, p. 142 ff.

ISSN 2036-7821

country.This measure represents an important completion of the policy of capital export neutrality, as it avoids possible deferral of taxation at the rate of the parent company's State of residence in relation to the activities carried out abroad, neutralising the tax advantages that could be achieved by establishing the company in a country with low tax pressure through which to manage these foreign activities. For this reason, this type of measure - also known in international parlance as controlled foreign company legislation or, more simply, CFC legislation - was the subject of a special action (Action 3) within the framework of the BEPS project, which made recommendations regarding its adoption by all the countries participating in that project. Before analysing the scope of application of this measure in the Italian law, however, it must be mentioned that, within the European Union, the application of this measure is potentially capable of affecting with compensatory effects of the lower taxation of foreign companies, causing an obstacle to the exercise of the freedom of secondary establishment. For this reason the Court of Justice [CJEU, 12.9.2006, case C-196/04, Cadbury Schweppes] admits its its application only in pursuit of the purpose of combating abusive practices, i.e. when the company lacks personnel, equipment and premises equipment and premises to ensure its functioning, and in so far as this is permitted by respect of the principle of proportionality.As a result of the primacy of European Union law over national law, the limits to the exercise of taxing power established by this interpretation significantly affect the scope within which the Italian legislation on foreign subsidiaries, contained in Article 167 T.U.I.R., may be applied.This jurisprudential orientation of the European Court of Justice conditionsalso conditions the interpretation and application of the rules contained on the sameissue in the anti-avoidance directive 2016/1164, approved on 12 July 2016, which entered in force as of 1 January 2019.In particular, the rules of the directive recognise the exclusively anti-avoidance purpose of this legislation, requiring its introduction in all EU Member States (which is potentially in dissonance with the capital import neutrality policy of some of them). Among the relevant provisions of Articles 7 and 8, which regulate the foreign subsidiary, there is a clause authorising its application to subsidiaries resident in non-EU states that are not contracting parties to the Agreement on the European Economic Area, introducing an element of discrimination, potentially incompatible with the external dimension of the free movement of capital, in the event that this were to be declared relevant in relation to the application of this measure.In other words, thanks to the CFC legislation, industrialised countries have the opportunity to 'repatriate' wealth removed from their territory and to tax those who have taken advantage of the globalisation process and the fall in national barriers to channel their mobile income into jurisdictions offering a particularly advantageous tax regime. This seeks to eliminate the 'avoidance effect' and ensure

ISSN 2036-7821

that foreign profits are appropriately taxed in the jurisdiction where the majority shareholder resides.[6]As anticipated[7], the purpose of the institution is to prevent taxpayers with foreign subsidiaries located in countries with particularly low or no taxation levels from transferring taxable income to the latter. In particular, under the CFC regimes, the income of the foreign subsidiary is taxed in the hands of the resident parent company, regardless of the tax regime applicable to the subsequent distribution of such income. It should be noted, in this regard, how the CFC regimes, initially characterised by an 'anti deferral' purpose, have now taken on a more marked anti-abuse connotation, falling within the general interest of States in intercepting and countering base erosion and profit shifting phenomena, including through aggressive tax planning schemes implemented on a transnational scale and aimed at minimising the overall tax burden of the group. Morover for the benefit of the Italian reader, it might then be useful to introduce some reference to the contributions made, in relation to the issue at hand, by Italian doctrine. As a mere example **chapter 2 deals** with the relevance of abuse of rights for EU law in the view of the dominant italian doctrine, which analyses the relevance of Court of Justice rulings, the concept of abuse of rights in direct taxation, by means of the comparison regarding the principles laid down by the Court of Justice and the Court of Cassation.[8] The technique of controlling the exercise of individual prerogatives, based on the notion of abuse of of the right, constitutes an expression of a principle immanent to the judicial function which, as such, is part of the Community legal order, as well as of national legal orders. It figures as one of the principles representing the common legal substratum in the integrated legal order. Last but not least the anti-abuse clause in the ATAD will be briefly analyzed from the Italian experience. The prohibition of abuse of law constitutes a normative principle of case-law formation which is consistently applied in tax matters on the basis of an evolutionary path articulated through a series of rulings by the Court of Justice and the Court of Cassation.In order to provide the reader with a clear overview into the topic **chapter 3 deals** with the Cadbury Schweppes case. Indeed, the judgment allows us to reason about the 'horizontal' and pervasive value of the fundamental freedoms

[6] M. BEGHIN, *La sentenza Cadbury – Schweppes e il Malleabile principio della libertá di stabilimento,* Rass. Tributaria, 2007, 3, 983; cfr G. MAISTO, *Progetto Costituzione europea. Appunti di lavoro*, in "Riv. dir. trib.", 2003, IV, pagg. 124 e seguenti; A. MIRANDA PEREZ, Non discriminacion fiscal en los

[7] Agenzia delle Entrate, Circolare ATAD n. 1 – Chiarimenti in tema di Società Controllate Estere (CFC) - articolo 167 del TUIR, come modificato dall'articolo 4 del decreto legislativo 28 novembre 2018, n. 142, with regard of an overview oft he Traditional and innovative classifications of taxes in Italy cfr, A. F. URICCHIO, Classificazioni tradizionali e classificazioni innovative dei tributi, in URICCHIO A., PERAGINE V., AULENTA M., Manuale di Scienza delle Finanze, Diritto finanziario e contabilità pubblica, 2018, Nel Diritto Editore, Roma.

[8] F. ARAMINI, Partner, Studio CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni, *L'abuso del diritto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia CE. La giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di imposte dirette*, 2009, R. BETTI, G. SBARAGLIA, *L'abuso del diritto in materia tributaria: la giurisprudenza comunitaria*, "il fisco", fascicolo 1, 39/2011.

ISSN 2036-7821

crystallised in the Treaty, as opposed to the only sectoral referability of the positive disciplines of the 'harmonised' sectors.[9]Hence, the idea that the impact of Community law on the area of direct taxation comes through the Treaty and, in particular, through the case law of the Court of Justice; the latter intervenes with a casuistic method, eliminating individual cases or individual aspects of national rules on the basis of an assessment of their incompatibility [10] - precisely - with the founding freedoms of the single market[11]. According to the italian authoritative doctrine it seems that the central theme of the Cadbury judgment relates to the CFC Framework and Community tax planning.[12] Authoritative doctrine[13] has already pointed out how, in this case, the aforementioned planning is developed through meditated company choices based on models of extraterritorial dislocation of production activities.[14] After this introduction into the italian legal order in view of the European case law the article in chapter 4 will deal with the German CFC regime and its compatibility with EU law. The FITA was enacted in order to prevent the use of international tax differentials for international tax evasion to restore the uniformity of taxation in foreign relations and thus to preserve economic equality of opportunity. The AStG can essentially be divided into four main areas: the adjustment of income in the case of internationally interconnected companies.(1st part of the AStG - § 1 AStG), the extended limited tax liability in the event of a transfer of residence to low-taxing (2nd part of the AStG - §§ 2 to 5 AStG),the taxation of the increase in assets of shares in a domestic corporation in the event of a change of residence abroad (3rd part of the AStG - § 6 AStG), the addition taxation of shareholdings in foreign intermediate companies (4th part of the AStG - §§ 7 to 14 AStG).The German Foreign Transaction Tax Act (FTTA) has, in recent history, been

[9] F. GALLO, *Mercato Unico e fiscalità: aspetti del coordinamento fiscale, in Coordinamento fiscale dell'Unioneeuropea, Milano*, 2001, pagg. 33 e seguenti.

[10] M. BEGHIN, *La sentenza Cadbury – Schweppes e il Malleabile principio della libertá di stabilimento,* Rass. Tributaria, 2007, 3, 983; cfr G. MAISTO, *Progetto Costituzione europea. Appunti di lavoro*, in "Riv. dir. trib.", 2003, IV, pagg. 124 e seguenti; A. MIRANDA PEREZ, Non discriminacion fiscal en los ambitos internacional y comunitario, Madrid, 2005, passim; sul punto anche M. POGGIOLI, *La riscossione transnazionale di crediti tributari nella prospettiva del diritto comunitario*, Bologna, ed. provv., pag. 32 e nota 55.

[11] M. BEGHIN, *La sentenza Cadbury – Schweppes e il Malleabile principio della libertá di stabilimento,* Rass. Tributaria, 2007, 3, 983; F. TESAURO, *Il ruolo della Corte di Giustizia nel coordinamento della tassazione delle società,* Schema della relazione svolta alla conferenza della Commissione europea su "EU Corporate Tax Reform: Progress and new challenges", in "Tributimpresa", fasc. 2, 2005, pagg. 3 e seguenti; F. ARAMINI, Partner, Studio CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni, *L'abuso del diritto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia CE. La giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di imposte dirette*, 2009, Betti R., Sbaraglia G., *L'abuso del diritto in materia tributaria: la giurisprudenza comunitaria*, "il fisco", fascicolo 1, 39/2011.

[12] M. BEGHIN, *La sentenza Cadbury – Schweppes e il Malleabile principio della libertá di stabilimento,* Rass. Tributaria, 2007, 3, 983.

[13] R. LUPI, *Illegittimità delle regole CFC se rivolte a Paesi comunitari: punti fermi e sollecitazioni sulla sentenza Schweppes*, in "Dialoghi di diritto tributario",2006, pagg. 1589 e seguenti.

[14] M. BEGHIN, *La sentenza Cadbury – Schweppes e il Malleabile principio della libertá di stabilimento,* Rass. Tributaria, 2007, 3, 983.

ISSN 2036-7821

the subject of oriticism concerning its consistency with European law. The legislator has reacted to this criticism and adapted the FT TA to be in acordance with the requirements ser forth by the European Court of Justice (ECJ) and European law. Despite the actions taken by the German legislator, doubts remain whether the FITA fulfils the requirements of European law. Morover the article deals in the fifth chapter with the examination of art. 7 ATAD.

According to Art. 7 f. ATAD, the EU member states are obliged to introduce regulations on the taxation of additions. This is intended to prevent the targeted shifting of sources of income to other states with a low level of taxation.

The use of VAT regimes is one of the established defences against abusive tax arrangements. However, they were not widespread in the EU prior to the ATAD, and those that existed differed considerably in terms of systematics and strictness. If a state forgoes such regulations, it only directly harms its own tax revenue, since the tax substrate of the state of residence of the respective (parent) company is to be protected with the addition taxation. Nevertheless, the Commission decided to include such provisions in the ATAD in order to establish a uniform minimum level of protection in the EU.

The Commission justified this quite generally with the fact that otherwise the functioning of the internal market would suffer, especially if the income was shifted to third countries with low taxation.The Commission was probably concerned with limiting the use of EU member states for tax planning and the resulting distortions of competition in general.[15] Morover the second part deals with Germany´s Foreign Tax Act (AStG) It was first introduced in 1972 as Art. 1 of the so-called Foreign Tax Reform Act (AStRG). (AStRG) was introduced.

After numerous amendments and supplements, the very detailed Application Decree (AEAStG) was published in 2004, which was intended to facilitate the handling of the law and eliminate ambiguities. The 2008 Corporate Tax Reform Act expanded and tightened the provisions of section 1 AStG on the adjustment of income. Section 1 AStG now contains a legal definition of the arm's length principle and regulations on the taxation of transfers of functions. In addition, the Annual Tax Act 2008 has made the Compatibility of the taxation of additions in accordance with §§ 7 ff. AStG with the existing case law of the ECJ. Sections 7 to 14 AStG regulate the problem of basic companies in low-tax countries. Before the introduction of the AStG, profits of foreign companies could only be taxed in Germany if they were distributed to domestic shareholders, unless there was a case of abuse within the meaning of § 42 AO. there was a case of abuse within the meaning of § 42 AO. With the aid of so-

[15] Überblick bei HEINSEN/ERB, DB 2018, 975 (975); vgl. zu neueren Entwicklungen auch EILERS/HENNING, ISR 2016, 422 (422 f.). Zu den möglichen Gründen, warum Staaten auf eine Hinzurechnungsbesteuerung verzichten, s. van HULLE, BIFD 2017, 719 (722); FEHLING in: SCHAUMBURG/ENGLISH, *Europäisches Steuerrecht*, 2. Aufl. 2020, ATAD.

ISSN 2036-7821

called basic or intermediate companies it was possible to retain profits abroad and shield them from German taxation.
This shielding effect, which results from the separation principle, is interrupted by the addition taxation, insofar as the income of of the foreign company is derived from passive activities and is subject to low taxation. This interim income is taxed after the end of the year in which it is earned, it is attributed to the domestic shareholders in proportion to their in proportion to their shareholding in the intermediate company. The domestic shareholder is thus placed in the same position for tax purposes as if the foreign company had made a profit distribution in the amount of the interim income. The problem of the article in concern is based on the fact that in accordance with the ECJ ruling in the Cadburry Schweppes and in accordance with the implementation of Art. 7 para. 2 lit. a, subsection 2 of the ATAD, the German legislator has introduced an activity test in § 8 para. 2 AStG, in order to justify the restriction of the freedom of establishment on proportionate grounds.
The aforementioned activity test will be analyzed in chapter 6 of the article in concern. In its ruling in the X GmbH case, the ECJ confirmed the hitherto questionable application of the activity test according to § 8 para. 2 AStG old version for situations vis-à-vis third countries. For the new ATADUmsG, the legislator nevertheless assumes that, in view of the shareholder-related control concept, an exclusion of third countries by Section 8 (3) AStG is in conformity with EU law. The ruling in the Cadburry Schweppes has provoked a standardisation of an exemption for intermediary companies from EU/EEA states. Intermediary companies from EU/EEA states are subject to the addition taxation according to §§ 7 et seq. AStG no longer apply to intermediate companies from EU/EEA states if they prove that they meet the requirements of section 8 (2) FITA. In terms of content, the provisions of the newly formulated § 8 (2) FITA do not differ in content from the letter previously issued by the Federal Ministry of Finance on the taxation of for active EU/EEA intermediate companies.[16] The application of § 8 para. 2 AStG requires that the intermediate company, in which an unlimited taxpayer within the meaning of § 7, para. 2 FITA has its registered office or management in a member state of the EU or a state party to the EEA Agreement. An interest in an intermediate company that generates intermediate income of an investment nature (section 7 (6) AStG) is not to be subsumed under the exemption provision of section 8 (2) AStG. Furthermore, the intermediary company must be engaged in an actual economic activity in the EU/EEA state. in the EU/EEA state. The legislator considers an actual economic activity is given if an intermediate company participates stably and continuously in the economic economic activity in the EU/EEA state. An indication for such a participation in economic activity in a permanent establishment is an indication of

[16] G. BRÄHLER, *Internationales Steuerrecht*, p. 514.

ISSN 2036-7821

such participation. This can be demonstrated on the basis of the spatial, technical and personnel equipment of the foreign intermediate company. The exchange of services between the intermediate company and affiliated companies does not preclude the qualification as an actual economic activity, provided that the arm's length principle is complied with pursuant to § 8 AStG. Only such income of the intermediate company is favoured by the exemption that has been activity (section 8 (2) sentence 5 AStG).The preconditions for stable and continuous participation in commercial transactions are not met if the intermediary company does not carry out its core functions itself, only occasionally does not carry out its core functions itself, only makes occasional capital investments or only manages manages participations without exercising a management function. A business operation business operation set up in a commercial manner does not necessarily fulfil the criterion of an actual of an actual economic activity. A further prerequisite of § 8 (2) AStG is, according to the second sentence, that there is no agreement between the tax administration of the State of residence of the intermediate company and the German tax authorities. tax authorities on the basis of the Mutual Assistance Directive or a bilateral or multilateral tax-relevant information is exchanged between the tax authorities of the state of residence of the intermediate company and the German tax authorities. Income received by foreign intermediate companies from downstream intermediate companies or permanent establishments in or permanent establishments from states outside the EU or EEA economic area. the provisions of section 8(2) AStG do not apply (section 8(2) sentences 3 and 4 AStG).Unrestricted or extended restricted taxpayers who have an interest in a foreign company are not exempt from the obligation to file a declaration for separate determination if they fall within the scope of § 8 (2) AStG. Chapter 7 analizes the aforementioned activity test in relation to third countries: the case of Switzerland.

In accordance with the ECJ ruling in the Cadburry Schweppes case and in order to implement Article 7(2)(a) of the ATAD, the legislator introduced an activity test in Section 8(2) of the AStG in order to justify the restriction of the freedom of establishment on proportionate grounds. However, since the freedom of establishment does not apply in third-country relationships, there is nothing in the eyes of the legislator to prevent a territorial restriction of the activity test to EU and EEA member states pursuant to Section 8 (3) AStG. It is explained above on the basis of the case law of the ECJ in the X GmbH case law that the addition taxation pursuant to §§ 7 to 13 AStG also restricts the free movement of capital in its new form in the version of the ATADUmsG. The control concept of § 7 (1) and (2) AStG is not exclusively based on a secure influence, so that the freedom of movement of capital is not superseded by the freedom of establishment without taking an individual view, which is inadmissible in the case of third countries. Such an

ISSN 2036-7821

individual consideration is nevertheless required in the special third-country case of Switzerland. The freedom of movement of capital pursuant to Article 63 TFEU can be supplanted, especially in relation to Switzerland, by the right to freedom of establishment pursuant to Article 4 TFEU in conjunction with Article 12 et seq. Annex I of the FITA, provided that the scope of protection of the FITA is open - in particular taking into account the natural persons entitled to the agreement. In this case, a restriction of the right of establishment is recognisable. In particular, justification on the grounds of preventing tax abuse is ruled out in view of the lack of proportionality.
Finally with regard of chapter 8 conclusions will be drawn in view of both the italian and german doctrine.

2. Relevance of abuse of law according to the EU case law

With reference to the issue of abuse of rights, in which the question is whether the transaction falls within a normal market logic market logic, the abusive character must be excluded due to the coexistence, which is not marginal, of extra-tax reasons that are not identified necessarily in an immediate profitability but can also be of a purely organisational nature and consist in a structural and functional improvement of the enterprise. Community case law has made a significant contribution in the area of abuse of rights. In fact, the Court of Justice of the European Communities has repeatedly pronounced on fraud to the law, avoidance abuse of rights. The first attempts of the European court to formulate a comprehensive notion of abuse of rights date back to the 1970s, with Judgment No. 33 of 3 December 1974.[17] In that judgment, the first on the subject of abuse of rights right, the judges identified two important profiles for the purpose of identifying abusive conduct. With the first profile, the Court clearly identifies the basic elements of the case circumvention of national law. This occurs in the presence of the following conditions, one of those concerns the service provider established in a Member State carries out his activity wholly or mainly in the territory of another state (so-called destination state); the other one relates to the transaction is carried out by the person for the purpose of evading the rules on the exercise of his profession, compliance with which would have been imposed on him had he been established in the state of destination. The second profile concerns the misuse of the rules on freedom of establishment and freedom to provide services. Indeed, in the present case, the applicant had used the rules on freedom of establishment to circumvent the national rule. Such conduct, which constitutes an abuse of rights, according to the Court may permit a limitation

[17] BETTI R., SBARAGLIA G., *L'abuso del diritto in materia tributaria: la giurisprudenza comunitaria*, "il fisco", fascicolo 1, 39/2011, P. VALENTE, *Manuale di Governance Fiscale,* Milano, Ipsoa, 2011.

ISSN 2036-7821

of the application of the Treaty rules in order to combat tax elusion[18].The Court, in subsequent rulings, has extended the notion of abuse of rights in the context of the free establishment in professional matters.In a ruling in 1989, the Court ruled on a manifest inaccuracy on a professional certificate from the state of origin (4) .While respecting the directive that governed the matter (Dir. No. 64/427), the Court recognised the right of the host state to disregard the declaration issued by the state of origin, apparently in full compliance with the directive's provisions directive, if the concrete circumstances showed that it had been obtained by virtue of a fraudulent manoeuvre. Subsequently, the European courts refined the definition of abuse of rights with other rulings in the field of telecommunications. These were the Veronica[19] and TV 10[20] cases. In the former, the holder of the right, fictitiously, as shown by the facts established by the European courts, has abused the residence in violation of domestic law. In particular, Veronica was an association under Dutch law created for the performance of non-commercial commercial broadcasting activities on the national territory. The Dutch state had argued that the association had set up a company in the state of Luxembourg to carry out the activity in substance in the Dutch state.

By acting in this way, Veronica had circumvented numerous Dutch telecommunications regulations and had therefore escaped periodic supervision by the Dutch authorities. The Court, finding in the case at hand a case of abuse of Community law (melius: a misuse of Community rules), reasoned its judgment by arguing that the domestic provisions of the so-called state of of destination, which restrict movement and freedom of establishment, are necessary to pursue objectives of general interest[21] .Finally, it should be noted that the Court has already held, with regard to Article 59 of the Treaty, that a Member State cannot be denied the right to take measures to prevent the freedoms guaranteed by the Treaty are used by a provider of services whose activity is entirely or essentially directed towards its territory, to evade the rules compliance with which would be required of him if he were established in the State in question (Case 33/74 Binsbergen [1974).

Community case law has on other occasions provided useful insights. One recalls, for example, the 'Centros' judgment [22].The judges, hearing a dispute concerning the freedom of secondary establishment, made a decisive contribution to a refinement of the notion of circumvention of the law in Community law.The case concerned the refusal of the Danish Directorate-General for Trade and Companies to register a

[18] BETTI R., SBARAGLIA G., *L'abuso del diritto in materia tributaria: la giurisprudenza comunitaria*, "il fisco", fascicolo 1, 39/2011, L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, pagg. 119-120.

[19] Sent. 3 febbraio 1993, causa C-148/1991, in www.italgiure.-giustizia.it, Centro Elettronico di Documentazione.

[20] Sent. 5 ottobre 1994, causa C-23/1993, in www.italgiure.-giustizia.it, Centro Elettronico di Documentazione.

[21] Sent. 5 ottobre 1994, causa C-23/1993, in www.italgiure.-giustizia.it, Centro Elettronico di Documentazione.

[22] Sent. 9 marzo 1999, causa C-212/97, in www.italgiure.-giustizia.it, Centro Elettronico di Documentazione.

ISSN 2036-7821

succession of companies in Denmark to register a branch of Centros Ltd. (a limited liability company).The shareholders of that company were resident in Denmark and the registered office was in the United Kingdom. In the investigation, it turned out that the shareholders had never operated in the United Kingdom. In other words, carrying out in other words, by doing business exclusively in Denmark with the branch located in the UK, it was a typical example of a 'pseudo-foreign' company.[23]
Current Danish law recognises the possibility for branches of limited liability companies constituted under the law of another member state to operate in Denmark, subject to authorisation granted without any review of the merits. granted without any review of the merits. However, in the present case, the administration had refused the registration on the grounds that the establishment of residence in the United Kingdom constituted an avoidance device.[24]In Community law, the concept of 'abuse of rights' originates from a well-established series of of decisions of the Court of Justice in which it has affirmed the general principle (valid for all areas of law) that the formal and literal application of Community rules cannot extend to the protection of abusive practices. Community rules cannot extend to the protection of abusive practices by economic operators.[25]

In essence, the principle of substance over form has been implemented, considering that formal compliance with the literal fact of the law does not, under any circumstances, authorise the implementation of be carried out that produce results that are decidedly contrary to the purposes inspired by the law and are therefore characterised by a fraudulent intent. In particular, the Court of Justice has repeatedly stated that 'the finding that there is an an abusive practice requires, on the one hand, a set of objective circumstances from which it appears that, notwithstanding formal compliance with the conditions laid down by Community legislation, the objective pursued by that legislation has not been achieved. It requires, on the other hand, a subjective element consisting in the intention to obtain an advantage deriving from the Community legislation by artificially creating the conditions necessary for

[23] Betti R., Sbaraglia G., *L'abuso del diritto in materia tributaria: la giurisprudenza comunitaria*, "il fisco", fascicolo 1, 39/2011, P. VALENTE, *Manuale di Governance Fiscale,* Milano, Ipsoa, 2011.

[24] F. ARAMINI, Partner, Studio CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni, *L'abuso del diritto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia CE. La giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di imposte dirette*, 2009; Boria P., *La clausola anti-abuso prevista dalla direttiva ATAD: l'esperienza italiana*, "Studi Tributari Europei", 9, 2019;

[25] P. BORIA, *La clausola anti-abuso prevista dalla direttiva ATAD: l'esperienza italiana*, "Studi Tributari Europei", 9, 2019. Sul tema si veda Corte di giustizia, sentenza del 11.12.1977, causa C-125/76, Cremer; sentenza del 3.3.1993, causa C-8/92, Milk Products; sentenza del 2.5.1996, causa C-206/94, Paletta; sentenza del 12.5.1998, causa C-367/96, Kefalas; sentenza del 9.2.1999, causa C-212/97, Centros; sentenza del 30.9.2003, causa C-167/01, Diamantis; sentenza del 3.3.2005, causa C-32/03, Fini H.; sentenza del 21.2.2006, causa C-255/02, Halifax; sentenza del 6.4.2006, causa C-456/04, Agip Petroli; sentenza del 12.9.2006, causa C-196/04, Cadbury Schweppes; sentenza del 28.6.2007, causa C-79/06, Planzer; sentenza del 5.7.2007, causa C-321/05, Kofoed; sentenza del 20.6.2013, causa C-653/11, Newey.

ISSN 2036-7821

obtaining it".[26]The Court of Justice has in fact developed an autonomous notion of abuse of tax law at first with reference to the regulation of VAT, stating that the taxable person is not entitled to right to deduct input VAT if 'the transactions constituting the basis for that right constitute abusive conduct' (judgment of 21 June 2011). abusive conduct' (judgment of 21.2.2006, Case C-255/02, Halifax) and subsequently with regard to the field of direct taxes, holding that the restrictive fiscal effect with respect to the freedom of establishment of the company is not allowed "unless it concerns wholly artificial arrangements intended to evade the national tax normally due' (judgment of 12.9.2006, Case C-196/04, Cadbury Schweppes).

In both decisions, the Court of Justice held that transactions carried out by persons resident in the European Union, although genuinely intended and immune from formal validity concerns which are artificially constructed and show "essentially the aim of obtaining a tax advantage' run counter to the objectives and freedoms pursued by the Treaty and must therefore be qualified as an abuse of law. In particular, the conduct may qualify as an expression of abuse of rights if the transactions at issue present the following qualifying elements. Notwithstanding the formal application of the rules and conditions laid down by the Community rules and the national transposing legislation, such transactions have as their 'essential purpose' of procuring a tax advantage, the grant of which is contrary to the objective pursued by the pursued by the Community rules; the essential aim of obtaining a tax advantage must be apparent from a set of objective elements. The Court of Justice thus proposes again in the tax field the same concepts already expressed the general principle by stating that the abusive transaction must be recognised by reason of a subjective element (the aim of obtaining a tax advantage contrary to the Community rules) to be identified, however, on the basis of a series of objective circumstances.

The abuse of rights is therefore qualified by the recurrence of two characterising elements:one of those concerns the objective circumstances indicating the lack of a concrete economic motivation for the activity other than that of obtaining an undue

[26] F. ARAMINI, Partner, Studio CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni, *L'abuso del diritto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia CE. La giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di imposte dirette*, 2009; P. BORIA, *La clausola anti-abuso prevista dalla direttiva ATAD: l'esperienza italiana*, "Studi Tributari Europei", 9, 2019;

Regarding the abuse of law confront G. ZIZZO, *Abuso del diritto, scopo di risparmio d'impostae collegamento negoziale*, in Rass. trib., 2008, 859 ss.; CARPENTIERI, L'ordinamento tributario tra abuso ed incertezza del diritto, in Riv. dir. trib., 2008, 1053 ss.; FRANSONI, *Appunti su abuso del diritto e valide ragioni economiche*, in Rass. trib., 2010, I, 932 ss.; GIOVANNINI, Il divieto di abuso del diritto in ambito tributario come principio generale

dell'ordinamento, in Rass. trib., 2010, 982 ss.; P. PIANTAVIGNA *L'abuso del diritto nell'ordinamento europeo*, Torino, 2011; F. TESAURO, *Elusione ed abuso nel diritto tributario italiano*, in Dir. prat. trib., 2012, I, 683 ss.; G. GIRELLI, Abuso del diritto e imposta di registro, Torino, 2012; M. BEGHIN, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, Padova, 2013; RUSSO, Profili storici e sistematici in tema di elusione e abuso del diritto in materia tributaria: spunti critici e ricostruttivi, in Dir. prat. trib., 2016, I, 8 ss.; AA. VV. Abuso del diritto ed elusione fiscale, a cura di E. DELLA VALLE – V. FICARI – G. MARINI, Torino, 2016; M. VERSIGLIONI, *Abuso del diritto*, Ospedaletto (Pisa), 2016.

ISSN 2036-7821

advantage; the second one relates to the abusive purpose that consists in the aim of obtaining an advantage not provided for by the Community legislation. In this regard, in order to better understand the scope of the general principle of the prohibition of abuse of rights in tax matters, it would seem appropriate to verify the legal nature of this regulatory rule with particular regard to the Community legal system (in the context of which, as mentioned several times, the principle was originally enunciated by case law).It is well known, in fact, that alongside the rules and principles explicitly set out in the Treaty rules there is a series of principles of an implicit nature - and therefore not formalised in specific express legislative provisions - that nevertheless assume primary importance in the axiological fabric of the axiological framework of the Community order.[27] In particular, two types of principles of the European legal order can be distinguished: ordinal principles, which define the very architecture of the Community order, acting as a guarantee and qualification of the European legal area; these principles help to define the competences and relations between the European Union and the Member States and, therefore, contribute directly to the process of Community integration; they include in particular the principles of subsidiarity, effectiveness, proportionality, and loyal cooperation between States; general principles (sometimes also referred to in Community case law as fundamental principles), which instead guarantee the protection of subjective legal positions (and therefore promote and protect the rights of European citizens) and which therefore address the values of freedom, security and justice; the principles of legal certainty, the protection of trust and good faith, the principle of due process and fair trial and the prohibition of abuse of rights may be included in this category.[28]

3. The Cadbury Schweppes Ruling and the freedom of establishment

The judgment under review concerns the English regulation of CFCs and allows us to reflect on the coordination between those rules and the principle of freedom of establishment enshrined in Articles 43 and 48 of the Treaty establishing the European Community.[29]

---

[27] Sul rilievo e sulla classificazione dei principi generali, ed in specie dei principi non scritti, nell'ordinamento comunitario vedi A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli stati membri,* in Riv. it. dir. publ. com., 1994, 521 ss.; F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario: il ruolo della comparazione*, Milano, 2000; STROZZI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale,* Torino, 2001, 221 ss. Nella letteratura internazionale vedi TRIDIMAS, *The general principles of the EU law,* New York, 2006.

[28] F. ARAMINI, Partner, Studio CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni, *L'abuso del diritto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia CE. La giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di imposte dirette*, 2009; Boria P., *La clausola anti-abuso prevista dalla direttiva ATAD: l'esperienza italiana*, "Studi Tributari Europei", 9, 2019;

[29] M. BEGHIN, *La senzenza Cadbury schweppes e il malleabile principio della libertá di Stabilimento*, in Rassegna tributaria, 2007, 3, 983 ss; E. DELLA VALLE , *Tassazione degli utili della società controllata e rispetto del diritto di stabilimento*, in "Corr. trib.", 2006, pagg. 3347 e

ISSN 2036-7821

Cadbury is a company incorporated in the United Kingdom. It is the parent company of a group which includes subsidiaries established in the United Kingdom, in other Member States and in third countries, including CSO as the leading subsidiary.
The Group includes two subsidiaries in which Cadbury has a 100% indirect shareholding, Cadbury Schweppes Treasury Services and Cadbury Schweppes Treasury International, both of which are established at the International Financial Services Centre in Dublin, Ireland. The business of those two subsidiaries consisted of raising and providing funds to the other entities within the group. Those subsidiaries were subiect to al tax rate of 10 per cent. The reason for the incorporation of the two Irish entities was among others to solve Canadian tax problems and to avoid a higher taxation in the UK.[30] Under UK tax law the profits of the two Irish subsidiaries of Cadbury Schweppes were subject to the UK CFC provisions. The application of these provisions was triggered because the UK parent company owned a holding of more than 50 per cent in the foreign entities and these were considered to be liable to a lower level of taxation' according to UK CFC rules due to the reduced Irish tax level of 10 per cent.
Furthermore, the exceptions foreseen under UK CFC rules for: foreign subsidiaries with an acceptable distribution policy (ie. 90 per cent of the profits are distributed within 18 months and taxed in the hands of the UK company), foreign subsidiaries with certain trading activities; foreign subsidiaries who are publicly traded or whose prolits exceed £50,000 were not fulfilled.[31]Finally also the requirements of the so-called motive test' allowing the non-application of the UK CFC legislation were not fulfilled. This regulation is found in Sections 747 to 756 and Schedules 24 to 26 of the Income and Corporation Taxes Act. 1988 (Income and Corporation Taxes Act 1988).
According to these schedules, a foreign subsidiary in which the parent company has a shareholding of more than 50% - according to the version in force at the relevant time - is treated as a fiscally transparent company. Thus, the profits earned by this foreign subsidiary are attributed to the parent company in the United Kingdom and included in its tax base, even though they were not received by the parent company. They are taxed by way of a credit against the tax paid by the subsidiary in the state of establishment.
If these profits are then paid to the parent company in the form of dividends, the tax paid by the parent company in the United Kingdom on the profits of its subsidiary is

seguenti; A. SCHNITGER, *German CFC legislation pending before the European Court of Justice - abuse of the law and revival of the most-favoured-nation-clause?* in "EC Tax Review", 2006, pag. 151.

[30] M. BEGHIN, *La senzenza Cadbury schweppes e il malleabile principio della libertá di Stabilimento*, in Rassegna tributaria, 2007, 3, 983 ss; E. DELLA VALLE , *Tassazione degli utili della società controllata e rispetto del diritto di stabilimento*, in "Corr. trib.", 2006, pagg. 3347 e seguenti; A. SCHNITGER, *German CFC legislation pending before the European Court of Justice - abuse of the law and revival of the most-favoured-nation-clause?* in "EC Tax Review", 2006, pag. 151.

[31] See the opinion oft he Advocate General Leger dated 2 May 2006, Case C-196/04, Cadbury Schweppes.

ISSN 2036-7821

treated as additional tax paid by the subsidiary in the State of establishment and is credited against the tax payable on the dividends.
In order to follow the predicted motive test a taxpayer has to demonstrate that a reduction in United United Kingdom tax was not the main purpose, or one of the main purposes and that it was not the main reason, or one of the main reasons, for the subsidiary's existence in that accounting period. The UK court referred for preliminary ruling because of the existing uncertainties whether the CFC provisions are in line with the fundamental freedoms of the EC Treaty.[32]
This represents simply an introduction into the case and for further reading in this regard and in order to dwell more deeply in the content of the aforementioned case the reference to the interpretation of the text of the ruling pusued before the Luxembourg Court is important and necessary in order to grapple with community law.According to the dominant italian doctrine the judgement in question enables us to reason on the "horizontal" and pervasive value of the fundamental freedoms crystallised in the Treaty, as opposed to the only sectorial referability of the positive disciplines of the positive disciplines of the 'harmonised' areas. The field of direct taxation undergoes the Treaty and more deeply the case law of the Court of Justice.
Respectively the Court by means of a casuistic method eliminates individual cases or individual aspects of national rules on the basis of an assessment of their incompatibility precisely - with the founding freedoms of the single market.[33]Despite the reluctance of the Member States, as it seems even with regard of the area of taxes, even though they shoudn´t be influenced by EU law, the impact with European law can be decisive in terms of preservation, modification or evolution of the domestic discipline.
Now, income tax is the natural terrain for the development of CFC regulation, which as it seems may not be regarded anymore as a protected reserve or an 'occluded vegetable garden'. As the judgement clearly states it is, in fact, an area exposed to the lashing winds of EU law, with which we will all increasingly have to contend in the future.
As we may have noted, the central topic of the Cadbury judgement in concern relates to the CFC Framework and the Community Tax Planning.
In this case, the planning is developed through meditated business choices based on models of extraterritorial dislocation of productive activities. The main question in concern relates to the fact that in order to reduce the tax burden resulting from

[32] A. SCHNITGER, *German CFC legislation pending before the European Court of Justice - abuse of the law and revival of the most-favoured-nation-clause?* in "EC Tax Review", 2006, pag. 151; See the opinion oft he Advocate General Leger dated 2 May 2006, Case C-196/04, Cadbury Schweppes.

[33] M. BEGHIN, *La senzenza Cadbury schweppes e il malleabile principio della libertá di Stabilimento*, in Rassegna tributaria, 2007, 3, 983 ss; E. DELLA VALLE , *Tassazione degli utili della società controllata e rispetto del diritto di stabilimento*, in "Corr. trib.", 2006, pagg. 3347 e seguenti.

ISSN 2036-7821

national income tax regulations, a company chooses to locate one or more sources of production at subsidiaries resident in other states, with the declared objective of benefiting, for income arising there, from a milder taxation regime.

Morover the judgement highlights an element which should be further considered. By interpretating whether such operations may underly to the definition of abuse of the Treaty, more correctly, as abuse of the freedoms which that Treaty guarantees to all citizens of the Member States, the Court gives an unequivocal negative answer: the relocation within the territory of the European Union of company structures set up in certain countries for the exclusive purpose of ensuring that the wealth which emerges there is taxed less does not constitute 'instrumentalisation' of the principle of freedom of establishment. The absence of abuse, therefore, determines the necessary, consequent absence of the legal action.[34]An important aspect should be highlighted in this regard. The parent company has previously identified a business objective and, having a plurality of economic-legal paths, it settles on the one which is most attractive from a tax point of view.

The italian doctrine has used this argumentative reasons but relating to various italian judgements of the Italian Court of Cassation such as Cass., 21 ottobre 2005, n. 20398 or Cass., 14 novembre 2005, the italian doctrine has criticised the conclusions reached by the judges on dividend washing and dividend stripping. It has been pointed out that, in assessing the existence or absence of valid economic reasons, one could not disregard the tax regime to which the planned business transactions should be subject.

The issue is not precisely framed.In fact, the problems addressed by the Court of Cassation through the judgments referred to above do not concern situations in which, having established a certain economic-business path, the entrepreneur opts for the least burdensome negotiation path in terms of taxation (if this determination if this determination were precluded, one would paradoxically have to observe that, having identified a plurality of negotiation scans useful for achieving an objective, the taxpayer would always have to follow the most onerous one to satisfy the expectations of the financial office). The cases dealt with by the highest court are

[34] M. BEGHIN, *La senzenza Cadbury schweppes e il malleabile principio della libertá di Stabilimento*, in Rassegna tributaria, 2007, 3, 983 ss; E. DELLA VALLE , *Tassazione degli utili della società controllata e rispetto del diritto di stabilimento*, in "Corr. trib.", 2006, pagg. 3347 e seguenti; Il riferimento va a Cass., 21 ottobre 2005, n. 20398, in "il fisco", n. 45/2005, fascicolo 1, pag. 7113; Cass., 26 ottobre 2005, n. 20816 e Cass., 14 novembre 2005, in banca dati "fisconline". Per un commento a tali sentenze si veda, senza pretesa di esaustività, F. Moschetti, Abusiva "captazione" di norme fiscali di favore ed anticipi civilistici in uno "Stato sociale di diritto", in "Elusione fiscale. La nullità civilistica come strumento generale antielusivo", atti del convegno svoltosi a Padova il 15 settembre 2006, Roma, 2006, pagg. 5 e seguenti; R. Schiavolin, L'elusione fiscale come abuso del diritto: allo stato dell'arte, più problemi che soluzioni, ivi, pag. 60; M. BEGHIN, L'elusione tributaria tra inopponibilità dei vantaggi fiscali, nullità dei contratti ed "invasivo" esercizio della funzione giurisdizionale, ivi, pag. 41; R. LUPI, Episodi da non generalizzare, in "Dialoghi di diritto tributario", 2006, pagg. 1614 e seguenti.

ISSN 2036-7821

quite different from the latter and are characterised by the fact that, in planning its actions, the taxpayer identifies ex ante the tax objective (e.g. the allocation of a tax credit on dividends) and, on the basis of this, outlines ex post an appropriate negotiating scansion.[35]

In short, the problem of avoidance must in my opinion be projected into a different investigative dimension, especially when economic reasons struggle to make their way through business choices that appear to be exclusively inspired by the objective of tax savings. In the case dealt with by the Court of Justice, in particular, the issue concerns the location abroad of subsidiaries for which there may be no need for effective rooting in the territory.[36]Instead, we are in the presence of operations knowingly scrutinised through the lens - the only lens! - of the fiscal impact on wealth constituting income: these are choices of territorial location of production activities that rely solely on the tax advantages offered by a Member State other than that in which the parent company is resident. The reasoning that can be deduced from the first part of the judgment is, in this perspective, of disarming simplicity: the principle of freedom of establishment does not prevent companies resident in a Member State from taking advantage, 'in the light of the day', of favourable provisions in force in other Member States. The search for the most advantageous location in terms of tax effects is in no way hindered, according to a scheme that is apparently similar to that employed in Italy on the side of the application of the general anti-avoidance clause. Indeed, although the most recent domestic case law[37] has brought to light the legal principle according to which, in the presence of company operations unequivocally aimed at tax savings, it would be lawful to react through the application of civil law instruments and not of anti-avoidance clauses of a fiscal nature, I am of the opinion that the mere search for the least onerous transaction for tax purposes does not provide for reactions by of the legal system as long as the advantages achieved can be considered systematic. This is precisely the line of argumentation on which the first part of the judgment is based: what is portrayed as an operation 'in conformity with the system' is in fact that consisting in

[35] M. BEGHIN, *La senzenza Cadbury schweppes e il malleabile principio della libertá di Stabilimento*, in Rassegna tributaria, 2007, 3, 983 ss; E. DELLA VALLE , *Tassazione degli utili della società controllata e rispetto del diritto di stabilimento*, in "Corr. trib.", 2006, pagg. 3347 e seguenti.

[36] R. LUNELLI, Elusione, lecito risparmio d'imposta e scelta del regime fiscale meno oneroso, in "Dialoghi di diritto tributario", 2006, pag. 1607 e specialmente pag. 1611; Il riferimento va a Cass., 21 ottobre 2005, n. 20398, in "il fisco", n. 45/2005, fascicolo 1, pag. 7113; Cass., 26 ottobre 2005, n. 20816 e Cass., 14 novembre 2005, in banca dati "fisconline".

[37] F. MOSCHETTI, Abusiva "captazione" di norme fiscali di favore ed anticipi civilistici in uno "Stato sociale di diritto", in "Elusione fiscale. La nullità civilistica come strumento generale antielusivo", atti del convegno svoltosi a Padova il 15 settembre 2006, Roma, 2006, pagg. 5 e seguenti; R. SCHIAVOLIN, *L'elusione fiscale come abuso del diritto: allo stato dell'arte, più problemi che soluzioni*, ivi, pag. 60; M. BEGHIN, *L'elusione tributaria tra inopponibilità dei vantaggi fiscali, nullità dei contratti ed "invasivo" esercizio della funzione giurisdizionale*, ivi, pag. 41; R. Lupi, Episodi da non generalizzare, in "Dialoghi di diritto tributario", 2006, pagg. 1614 e seguenti.

ISSN 2036-7821

exploiting the asymmetries between the (non-harmonised) provisions that, within the EU Member States, allow to minimise the impact of income tax.
More simply, according to the Court, the advantage connected with the particular extraterritorial location of the production structure does not constitute an abuse of the freedoms guaranteed by Community law. However, this arrest is partial and runs the risk of presenting the principle of freedom of establishment as a monolith insusceptible to derogations or scratches, a flag under which the best-assisted companies can conduct, in total freedom, extensive and in-depth research to identify the most appropriate'tax' location of their subsidiaries.[38]
The tax incidence may take on an unequal consistency by virtue of the concrete dislocation of income-producing structures, with regard of the overall wealth produced by subjects linked by participatory relationships. The italian doctrine illustrates the arguments that the Member States are allowed to prefer and choose territories where there is a different tax burden. The principle coined by the Luxembourg court highlights problems, which raises the question of the coexistance of anti-abuse provisions (such as, precisely, the CFCs), which, at least from the point of view of an initial framing of the discipline, would have no reason to exist in a system centred on an intangible right of freedom of establishment. The parent company has the right to choose its own place or its own pawns anywhere within the European Union, it would seem unreasonable to envisage rules aimed at opposing the aforementioned choices of appropriate territorial dislocation. The anti-abuse provisions that can coexist with the principle of freedom of establishment and which act, in relation to the latter, as a counterweight or corrective. We have two different positions in this matter. The position of the individual, who elevates the freedom of establishment to a fundamental principle of the European legal system. Under this liberalist banner, the parent company will be strong in invoking the contrast between the regulation on CFCs and Articles 43 and 48 of the EC Treaty.[39]

---

[38] M. BEGHIN, *La senzenza Cadbury schweppes e il malleabile principio della libertá di Stabilimento*, in Rassegna tributaria, 2007, 3, 983 ss; E. DELLA VALLE , *Tassazione degli utili della società controllata e rispetto del diritto di stabilimento*, in "Corr. trib.", 2006, pagg. 3347 e seguenti; Su questo aspetto vedi R. LUPI, Diritto tributario, Parte speciale, La determinazione giuridica della capacità economica, Giuffrè, Milano, 2007, VII, il quale, sin dalla prefazione al volume, sottolinea come sia fondamentale per la comprensione delle disposizioni spostare il ragionamento sul fronte del contemperamento di interessi, quali la semplicità, la certezza, l'effettività, la cautela fiscale e così via. Codesto modello di bilanciamento emerge, pertanto, anche nell'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia, la quale propone, appunto, uno schema di coordinamento tra libertà di stabilimento e problematiche elusive.

[39] F. MOSCHETTI, Abusiva "captazione" di norme fiscali di favore ed anticipi civilistici in uno "Stato sociale di diritto", in "Elusione fiscale. La nullità civilistica come strumento generale antielusivo", atti del convegno svoltosi a Padova il 15 settembre 2006, Roma, 2006, pagg. 5 e seguenti; R. SCHIAVOLIN, *L'elusione fiscale come abuso del diritto: allo stato dell'arte, più problemi che soluzioni*, ivi, pag. 60; M. BEGHIN, *L'elusione tributaria tra inopponibilità dei vantaggi fiscali, nullità dei contratti ed "invasivo" esercizio della funzione giurisdizionale*, ivi, pag. 41; R. Lupi, Episodi da non generalizzare, in "Dialoghi di diritto tributario", 2006, pagg. 1614 e seguenti.

ISSN 2036-7821

The counter position relating to the Member State in which the parent company is resident, which, in being affected by the choices of territorial dislocation of the subsidiaries and the consequent, unavoidable loss of revenue, may - according to the judgment - seek protection in the anti-abuse rules; this is the case when the above-mentioned foreign subsidiaries can be defined as 'structures of pure artifice, intended to evade the national tax normally due'. There are as it has been mentioned above two diverging positions namely the private one(of desirable, wide-ranging freedom) which differs with the public position (of reasonable restriction of subjective positions of advantage).

The Court shows that it draws the spectrum of application of the provisions interpreted according to a model of balancing interests. The interpretative result may be summarized as follows: the different tax treatment on the income tax side is metabolised by the system to the extent that it insofar as it (advantage) rests on operating structures (the subsidiaries) that are actually in operation; on the other hand, where companies located in low-tax countries constitute - as recalled - structures of pure artifice, the system manifests a 'crisis of rejection' and annuls those differences in tax burden that, in the face of real structures, it would instead have accepted.[40]

The Court of Justice, in coordinating the discipline of automatic allocation of taxable income for CFCs with that (discipline) concerning freedom of establishment, intends to refer to structures existing 'on paper' and, nevertheless, not functioning, not supported by requirements of effective rooting in the territory. For the ascertainment of such factual profiles then comes into play the test. Through the fundamental contribution of case law, it succeeds in confronting principles that express different subjective positions that do not coincide with those of individual citizens. The private mould of freedom of establishment is able to bend, thus assuming a sub-orderly position with regard to the Member States' need not to see their domestic tax rules on income taxation circumvented. It is easy, at this point, to make the concluding observation: the 'unequal' treatment that may well accompany situations characterised by a real need for of being rooted in the territory (for which - as mentioned - the Court considers that the CFC regulation should not operate) is transformed into 'equality' of treatment through the automatic imputation of taxable income to the parent company when the structures located abroad are 'empty boxes'.

[40] M. BEGHIN, *La senzenza Cadbury schweppes e il malleabile principio della libertá di Stabilimento*, in Rassegna tributaria, 2007, 3, 983 ss; E. DELLA VALLE , *Tassazione degli utili della società controllata e rispetto del diritto di stabilimento*, in "Corr. trib.", 2006, pagg. 3347 e seguenti.

ISSN 2036-7821

In the judgment there is a textual reference in this regard to 'ghost' and 'screen' companies.[41]

4. German Foreign Transaction Tax Act and its compatibility with EU law

The Foreign Tax Act (AStG) was first introduced in 1972 as Art. 1 of the so-called Foreign Tax Reform Act (AStRG). After numerous amendments and supplements, the very detailed Application Decree (AEAStG)643 was published in 2004, which was intended to facilitate the handling of the law and eliminate ambiguities. The 2008 Corporate Tax Reform Act expanded and tightened the provisions of § 1 AStG on the adjustment of income were expanded and tightened. Section 1 AStG now contains a statutory definition of the arm's length principle and regulations on the taxation of transfers of functions. In addition, the Annual Tax Act 2008 clarified the compatibility of the taxation of the transfer of income according to §§ 7 ff. AStG with the existing case law of the ECJ. The AStG (FITA) was enacted in order to prevent the use of international tax differentials for international tax evasion, to restore the uniformity of taxation in foreign relations and thus to and thus to preserve economic equality of opportunity.[42]The AStG was enacted in order to prevent the use of international tax differentials for international tax evasion. tax evasion, to restore the uniformity of taxation in foreign relations and thus to and thus to preserve economic equality of opportunity.

The AStG can essentially be divided into four main areas: the adjustment of income in the case of internationally interconnected companies (1st part of the AStG - § 1 AStG),the extended limited tax liability in the event of a transfer of residence to low-tax areas (2nd part of the AStG - §§ 2 to 5 AStG),the taxation of the increase in assets of shares in a domestic corporation in the event of a change of residence abroad,the taxation of the increase in assets of a domestic corporation in the event of a change of residence abroad,the taxation of the increase in assets of a domestic corporation in the event of a change of residence abroad (3rd part of the AStG - § 6 AStG), the addition taxation of shareholdings in foreign intermediary companies (4th part of the AStG - §§ 7 to 14 AStG).

In the past, the conformity of § 1 para. 1 AStG with higher-ranking European Community law was Community law by the BFH2 and has been discussed frequently in the literature. Further developments in the case law of the ECJ as well as the introduction of Section 1 (3) AStG provide an opportunity to take another look at Section 1 AStG with regard to its conformity with European law.In the past, the

[41] M. BEGHIN, *La senzenza Cadbury schweppes e il malleabile principio della libertá di Stabilimento*, in Rassegna tributaria, 2007, 3, 983 ss; E. DELLA VALLE , *Tassazione degli utili della società controllata e rispetto del diritto di stabilimento*, in "Corr. trib.", 2006, pagg. 3347 e seguenti.

[42] B. CORTEZ, T. VOGEL, *The (In)Consistency of the German Foreign Transaction Tax Act with European Law*, "Intertax", 39(8/9), 2011.

ISSN 2036-7821

conformity of Section 1 (1) AStG with overriding European Community law was doubted by the BFH and frequently discussed in the literature. Further developments in the case law of the ECJ as well as the introduction of Section 1 (3) AStG provide an opportunity to take another look at Section 1 AStG with regard to its conformity with European law.[43] The provisions of the German Foreign Tax Act only apply to situations involving an engagement that crosses the German state border. While the OECD advises the introduction of defensive measures within the framework of foreign tax legislation and the introduction of abuse regulations, for example, in order to protect one's own tax revenue in the event of harmful tax competition, a separate approach for cross-border situations is sometimes problematic for member states of the European Union. For example, the fundamental freedoms guaranteed by the EC Treaty form the basis for a general freedom of economic activity. From an economic point of view, the prohibition of discrimination on grounds of nationality is intended to ensure the optimal allocation of, for example, goods, workers and capital. It is also intended to ensure equal treatment of citizens and companies in the European Union in accordance with the principle of fairness. As is well known, the fundamental application of the fundamental freedoms to the area of direct taxation is not precluded by the fact that this is only an area of law that is harmonised in peripheral areas.

Against the background of the cross-border service links between associated companies considered here, as well as their documentation, the freedom of establishment of Article 43 of the EC Treaty is of particular relevance, since in the case of companies associated under company law and through service relationships, it is more a question of establishment than of a pure capital investment - and thus an area of application of the freedom of capital movements and payments and thus an area of application of the freedom of capital and payment transactions.[44] The freedom of establishment is intended to guarantee the unrestricted taking up and exercise of self-employed activities as well as the establishment and management of companies in the territory of another Member State under the provisions applicable there. Establishment within the meaning of the EC Treaty means any fixed establishment serving the purpose of participating in economic activity for an indefinite period, as well as agencies, branches or subsidiaries. Establishments without economic substance in another Member State, on the other hand, do not enjoy protection by the freedom of establishment. If, in this case, cross-border linkages take place in the form of services, this can fall within the scope of application of the freedom to provide

[43] B. CORTEZ, T. VOGEL, *The (In)Consistency of the German Foreign Transaction Tax Act with European Law*, "Intertax", 39(8/9), 2011.

[44] B. CORTEZ, T. VOGEL, *The (In)Consistency of the German Foreign Transaction Tax Act with European Law*, "Intertax", 39(8/9), 2011.

ISSN 2036-7821

services of Art. 49 ECT, which is otherwise subsidiary to the other fundamental freedoms.According to the case law of the ECJ, the freedom of establishment is to be interpreted both as a prohibition of discrimination and as a prohibition of restrictions.In the case of inbound investment, the prohibition of discrimination is intended to ensure equal treatment in the host state in the sense of equal treatment of nationals, whereas the prohibition of restrictions prohibits the state of origin from restricting its economic entities in their choice of state of activity and, in particular, from hindering cross-border activity.[45]

Included are both overt obstacles, which are directly linked to the characteristic of the seat of a company, as well as covert obstacles, which indirectly cause unequal treatment.A prerequisite for the applicability of the prohibition of discrimination is the objectively comparable situation in which the persons or companies concerned must find themselves in comparison to nationals or national companies with regard to the tax regulation in question.

If a national legal provision is contrary to the EC Treaty, it is superseded by higher-ranking Community law with the consequence that the national provision is inapplicable within the scope of the EC Treaty.The BFH also commented in detail on the relationship between a decision of the ECJ and the prohibition of discrimination in Article 24 (4) of the DTA D-USA in its ruling of 29 January 2003. The BFH ruled that if a national legal norm or administrative regulation contradicts a prohibition of discrimination in the EC Treaty, this also constitutes discrimination within the meaning of a DTA. The effect of the inapplicability of a provision that violates the EC Treaty thus also extends to third countries with which such a DTA exists.[46]

If, in addition to the existence of an overriding reason relating to the public interest, the measure in question is suitable for achieving the objective pursued by the provision and does not go beyond what is necessary to achieve the objective, the justification of an obstructive measure can be made. This is then to be assessed as not contrary to the ECT despite its obstructive effect. can be justified. [47]

In spite of its obstructive effect, the measure is then not to be judged contrary to the ECT. This principle of proportionality is one of the general principles of Community law according to the established case law of the Court of Justice. According to this principle, sovereign measures are only lawful if they are suitable and necessary to achieve the objectives legitimately pursued by the regulation in question. If there is a

[45] B. CORTEZ, T. VOGEL, *The (In)Consistency of the German Foreign Transaction Tax Act with European Law*, "Intertax", 39(8/9), 2011.

[46] B. CORTEZ, T. VOGEL, *The (In)Consistency of the German Foreign Transaction Tax Act with European Law*, "Intertax", 39(8/9), 2011.

[47] GOEBEL, KÜNTSCHER, *Europarechtswidrigkeit der deutschen Verrechnungspreisregelungen? Ein Beitrag anlässlich der Neuregelung des Paragraphen 1 Abs. 3 ASTG.*

ISSN 2036-7821

choice between several appropriate measures, the least burdensome must be chosen and the burdens imposed must be proportionate to the objectives pursued.[48]

5. Introduction into the subject matter. Controlled Foreign Corporation Rules: Add back taxation with regard of the ATAD

Under Article 7 et seq. of the ATAD, EU Member States are obliged to introduce tax-based schemes.

The aim is to prevent the targeted transfer of sources of income to other countries with low levels of taxation.

Additional taxation systems are among the established defensive regimes based on abusive tax arrangements.

In the EU, however, they were not widely used before the ATAD, and the rules that existed differed considerably in terms of classification and sharpness.[49]

If a State renounces such provisions, it is true that it directly damages its own tax revenue, since the purpose of the levying tax is, in principle, to protect the tax subsidiary of the State of residence of the respective (super) company.

Nevertheless, the Commission decided to include such schemes in ATAD in order to establish a uniform minimum level of protection in the EU.[50]

The reason for this was quite generally that otherwise the functioning of the internal market would be affected, in particular when income is transferred to third countries with low taxation.[51]

The Commission seems likely to have been concerned with restricting the use of EU Member States for tax arrangements in general and the resulting distortions of competition. In its conception of Article 7 et seq. ATAD, the Commission was able to

[48] GOEBEL, KÜNTSCHER, Europarechtswidrigkeit der deutschen Verrechnungspreisregelungen? Ein Beitrag anlässlich der Neuregelung des Paragraphen 1 Abs. 3 ASTG.

[49] O. HEINSEN - S. ERB, *Reformaspekte der Hinzurechnungsbesteuerung nach §§ 7-14 ASTG im Liche aktrueller EU-Rechtsentwicklungen,* in DB, 2018, p. 975; vgl. zu neueren Entwicklungen auch S. EILERS – P. HENNING, *BEPS: Hinzurechnungsbesteuerung- BEPS und neue Rechtsentwicklungen*, in ISR 2016, p. 422 ss.; D. FEHLING, *Hinzurechnungsbesteuerung*, in H. SCHAUMBURG – J. ENGLISCH, *Europäisches Steuerrecht*, 2. Aufl. 2020, p. 793 ss.

[50] With regard of a general overview confront: O. HEINSEN - S. ERB, *Reformaspekte der Hinzurechnungsbesteuerung nach §§ 7-14 ASTG im Liche aktrueller EU- Rechtsentwicklungen,* in DB, 2018, p. 975; vgl. zu neueren Entwicklungen auch auch S. EILERS – P. HENNING, *BEPS: Hinzurechnungsbesteuerung- BEPS und neue Rechtsentwicklungen*, in ISR 2016, p. 422 ss; F. L. GIAMBRONE, *Protection in Germany of the Fundamental Rights of the European Union (Grch). Case note of the BVERF (Constitutional Court)1ST SENATE, RESOLUTION OF 06.11.2019 1 BVR 16/13 concerning the interpretation of the importance of the fundamental rights within the Basic law with regard to non fully harmonized EU law,* in, Journal of Modern Science Tom 2/47/2021; Zu den möglichen Gründen, warum Staaten auf eine Hinzurechnungsbesteuerung verzichten, s. G. V. HULLE, *European Union/OECD- Current Challenges for EU Controlled Foreign Company Rules,* Amsterdam, 2017, p. 719 ss.

[51] See Proposal of the European Commission for a Council Directive laying down rules to combat tax avoidance practices with a direct impact on the functioning of the internal market, European Commission, Proposal for a Council Directive laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market, (2016) 26 final, p. 10 ff, in:(https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/api/files/COM(2016)26_0/de00000000322231?rendition=false).

ISSN 2036-7821

draw on the discussions on the original draft CCCTB Directive, which had also provided for additional taxation.
However, the proposal for a regulation in that country was severely limited in its scope and was intended to intervene only in cases where sources of income are transferred to third countries.
Discussions on this proposal have shown that many Member States supported a more effective regime with a higher level of protection; other Member States, on the other hand, had expressed a fundamental reluctance to do so.
The fact that recommendations for the introduction of additional taxation were also developed in the BEPS project by the OECD and the G20 (BEPS Action 3) strengthened the position of beneficiaries of EU-wide additional taxation.
The CJEU has also had the opportunity on several occasions to consider the compatibility of (national) additional taxation systems with EU law.
The Cadbury Schweppes decision, in which the CJEU critically considered general anti-abuse regimes and derived from the fundamental freedoms the requirement that the taxpayer must be able to present genuine economic reasons for his transaction in individual cases, was particularly well-known.[52]
Article 7 ATAD does not lay down a minimum period for exceeding the abovementioned thresholds.
The limitation to certain periods, which is partly required in the literature, can indeed avoid multiple taxation (if it is stipulated that the thresholds must be exceeded for at least half of the respective tax period).
However, there is no approach to this in the wording of the ATAD.[53] Article 7 of the ATAD presupposes, first, that a taxpayer (1) controls in another State an undertaking (2) which is not taxed in the taxpayer's State of residence.[54]

---

[52] S. KIRCHMAYER – G. MAYR – K. HIRSCHLER- G. KOFLER, *Anti-BEPS-Richtlinie: Konzernsteuerrecht im Umbruch ?*, 2017, p. 102 ss.; J. BÖHMER – R. GEBHARDT – S. KRÜGER, *Art. 7 Rz. 33* ff, in T. HAGEMANN – C. KAHLENBERGH, *Anti Tax Avoidance Directive (ATAD) Kommentar*, 2018; D. FEHLING, *Hinzurechnungsbesteuerung*, in H. SCHAUMBURG – J. ENGLISCH (edited by), *Europäisches Steuerrecht*, 2. Aufl. 2020, p. 793 ff.

[53] S. KIRCHMAYER – G. MAYR – K. HIRSCHLER- G. KOFLER, *Anti-BEPS-Richtlinie: Konzernsteuerrecht im Umbruch ?*, 2017, p. 102 ff.; J. BÖHMER – R. GEBHARDT – S. KRÜGER, *Art. 7 Rz. 33* ff, in T. HAGEMANN – C. KAHLENBERGH, *Anti Tax Avoidance Directive (ATAD) Kommentar*, 2018; D. FEHLING, *Hinzurechnungsbesteuerung*, in H. SCHAUMBURG – J. ENGLISCH (edited by), *Europäisches Steuerrecht*, 2. Aufl. 2020, p. 793 ff.

[54] S. KIRCHMAYER – G. MAYR – K. HIRSCHLER - G. KOFLER, *Anti-BEPS-Richtlinie: Konzernsteuerrecht im Umbruch ?*, 2017, p. 94 ss.; s. auch G. V. HULLE, *European Union/OECD- Current Challenges for EU Controlled Foreign Company Rules,* Amsterdam, 2017, p. 719 ss.; with regard of an overview of the turkish familiy law compared to the european principles cfr. F. L. Giambrone, *Aspekte des neuen italienischen Scheidungsrechts:"verkürzte Scheidung und die damit in der Lehrmeinung einhergehenden Auslegungsprobleme*, in: MÜHF - HAD, C.22, S.2, 2016; tracing back our original topic doubting the effectiveness of avoiding double taxation cfr. F. HAASE, *Überlegungen zur Reform der Hinzurechnungsbesteuerung*, 2017, p. 105. Umfassend zum

ISSN 2036-7821

Such a lack of taxation is also likely to exist in the case of dual-resident companies if an existing double taxation treaty assigns the primary right of taxation to the other state.[55]

The control is defined in more detail in Article 7(1)(a) of the ATAD and therefore exists if the taxpayer himself or together with its affiliated undertakings holds, directly or indirectly, more than 50 % of the voting rights or capital or is entitled to more than 50 % of the profits.[56]

4) This combination of legal and economic criteria is intended to ensure that only companies in which the taxpayer has a decisive influence (and thus be able to control the targeted use of that company for tax minimisation purposes) are included in the add-on taxation.

5) In the event that the respective factors are exceeded in different ownership relationships (with respect to the same controlled undertaking), the question of hierarchisation arises to avoid multiple cases of domination, with the threat of multiple taxation.[57]

In any event, purely de facto control below these thresholds is not covered.[58]

In addition, it is necessary that there is a low level of taxation in the other State.

The reason for this is the idea that the transfer of sources of income to other countries should only be counteracted if there is a tax rate differential which causes a significant reduction of his tax burden for the taxpayer — this effect does not occur if the tax burden is roughly the same.[59]

Under Article 7(1)(b) of the ATAD, a low level of taxation exists where the tax actually paid in the other State is less than the difference between the corporation tax which would have been levied on those profits in the Member State of the taxable person and the amount actually paid. More simply, it covers cases where the actual

---

Merkmal der fehlenden Besteuerung J. BÖHMER – R. GEBHARDT – S. KRÜGER, *Art. 7 Rz. 14* ss, in T. HAGEMANN – C. KAHLENBERGH (edited by), *Anti Tax Avoidance Directive* (*ATAD) Kommentar*, 2018.

[55] Op.cit; F.L. Giambrone - A. F. Uricchio, *Entwicklungen im italienischen Steuerrecht als Herausforderung des neuen europäischen Entwicklungsprozesses*, Bari, 2020.

[56] Compare G. GINEVRA, *The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level,* 2017, p. 122 ss.; S. KIRCHMAYER– G. MAYR – K. HIRSCHLER- G. KOFLER (edited by), *Anti-BEPS- Richtlinie*: *Konzernsteuerrecht im Umbruch*? p. 98; D. FEHLING, *Hinzurechnungsbesteuerung*, in H. SCHAUMBURG – J. ENGLISCH, *Europäisches Steuerrecht*, 2. Aufl. 2020, p. 793 ff.

[57] J. BÖHMER – R. GEBHARDT – S. KRÜGER, *Art. 7 Rz. 24* ss, in T. HAGEMANN – C. KAHLENBERGH (edited by), *Anti Tax Avoidance Directive* (*ATAD) Kommentar*, 2018.

[58] OECD, *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3: 2015 Final Report*, Rz. 34 ss.

[59] Vgl. OECD, *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3: 2015 Final Report*, Rz. 61.

ISSN 2036-7821

tax in the other State is lower than half of the tax that would have been payable in the State of residence of the dominant taxpayer.[60]

It was part of the political agreement reached in the ECOFIN that this 50 % limit was not explicitly mentioned in the standard. The Commission's original ATAD draft still provided for a 40 % limit in Article 8(1)(b) (exclusively).

In writing, the rule is criticised as excessively strict because it also includes cases of low effective taxation due to loss offsetting and ignores multiple inclusions in the additional taxation systems of several countries;[61] furthermore, the relative size leads to the existence of low taxation not being assessed uniformly across the EU, but dependent on the level of taxation of the EU Member State which intends to apply the additional taxation.[62]

It is also required that the assessment of low taxation should depend on the overall result of the controlled subsidiary or permanent establishment and not on the income covered by Article 7(2) of the ATAD.[63]

In addition to controlled subsidiaries or sub-subsidiaries, Article 7 of the ATAD — contrary to the Commission's initial draft directive — also covers permanent establishments of the taxpayer in another State with low taxation.[64]

The participation thresholds laid down in Article 7(1)(a) of the ATAD are, by their very nature, irrelevant.

The inclusion of permanent establishments makes sense for effective additional taxation, since the transfer of sources of income to foreign permanent establishments also regularly excludes the tax access of the taxpayer's country of residence in the event of a double taxation agreement with an exemption method.[65]

Therefore, the use of permanent establishments could easily eliminate additional taxation limited to subsidiaries and sub-subsidiaries.

---

[60] Zu den verschiedenen Möglichkeiten der Einkünfteermittlung bei Hinzurechnungsbesteuerungssystemen s. *OECD, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3: 2015 Final Report*, Rz. 72 ss.

[61] S. zu diesem Tatbestandsmerkmal und den sich ergebenden Konsequenzen J. BÖHMER – R. GEBHARDT – S. KRÜGER, *Art. 7 Rz. 54* ss, in T. HAGEMANN – C. KAHLENBERGH (edited by), *Anti Tax Avoidance Directive (ATAD) Kommentar*, 2018.

[62] S. KIRCHMAYR, *Hinzurechnungsbesteuerung*, in S. KIRCHMAYER, - G. MAYR – K. HIRSCHLER- G. KOFLER (edited by), *Anti-BEPS- Richtlinie*: *Konzernsteuerrecht im Umbruch*, p. 100; J. SCHÖNFELD, *Hinzurechnungsbesteuerung und Anti- Tax- Avoidance- Directive*, in Riv. In.Steuerrecht, 2017, p. 721; F. HAASE, *Hinzurechnungsbesteuerung und Multilaterales Instrument*, in Riv. In.SteuerRund., 2017, p. 349; J. SCHÖNFELD, *Hinzurechnungsbesteuerung und Anti- Tax- Avoidance- Directive*, in Riv. In.Steuerrecht, 2017, p. 949 ff.; A. F. Uricchio – F. L. Giambrone, *European Finance at the emergency Test*, 2020, Collana del Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo societá ambiente e culture, ISBN: 9788866119180.

[63] S. KIRCHMAYR, *Hinzurechnungsbesteuerung*, in S. KIRCHMAYER, - G. MAYR – K. HIRSCHLER- G. KOFLER (edited by), *Anti-BEPS- Richtlinie*: *Konzernsteuerrecht im Umbruch*, Art. 7 Rz. 28 ff.

[64] D. FEHLING, *Hinzurechnungsbesteuerung*, in H. SCHAUMBURG – J. ENGLISCH, (edited by) *Europäisches Steuerrecht*, 2. Aufl. 2020, S. 793 ff.

[65] S. dazu auch A. PRUSKO, *Steuerliche Missbrauchsvermeidung im Europäischen Binnenmarkt*, p. 242 ff.

ISSN 2036-7821

At the same time, literature criticises the fact that ATAD leaves some questions open here, such as the inclusion of permanent establishments of partnerships.[66]
The free movement of capital, which is also relevant in third-country situations, is likely to regularly retreat behind the freedom of establishment (which does not apply to third countries) because of the participation thresholds regulated in Article 7(1) of the ATAD.

5.1. Introductive aspects of the German External Tax Relations Act (AStG)
The recently revised taxation of the addition of profits pursuant to § 7 to 13 of the German External tax Relations Act (AStG) stipulates that the low-taxed passive income of a foreign intermediate company is attributed to the controlling shareholder in Germany and taxed there. The legal consequence is waived if the exculpation clause pursuant to § 8 (2) AStG is applicable, which, against the background of the freedom of establishment pursuant to Art. 45 et seq. TFEU as a result of the ECJ judgement in the Cadburry Schweppes case.[67]
Articles 43 EC and 48 EC must be interpreted as precluding the inclusion in the tax base of a company resident in a Member State of profits made by a controlled foreign company in another Member State where those profits are subject to a lower level of taxation than in the first State, unless such inclusion relates only to purely artificial arrangements designed to avoid the national tax normally due.
Consequently, such a tax measure should not be applied if it is established, based on objective evidence verifiable by third parties, that the said controlled foreign company, notwithstanding the existence of motives of a tax nature, is actually established in the host Member State and carries out genuine economic activities there.[68]

---

[66] With regard of the relationship between fundamental freedoms see Rz. 7.26 ff. S. aber auch J. BÖHMER – R. GEBHARDT – S. KRÜGER, *Art. 7*, in T. HAGEMANN – C. KAHLENBERGH (edited by), *Anti Tax Avoidance Directive (ATAD) Kommentar*, 2018, *Rz. 24* ff., denen zufolge es primärrechtlich geboten sein soll, den Substanztest auch ge- genüber Drittstaaten zu gewähren.

[67] EuGH v. 12.9.2006 - C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 - Cadbury Schweppes, FR 2006, 987 m. Anm. *Lieber* = Slg. 2006, I-8031 Rz. 70; Überblick bei O. HEINSEN - S. ERB, *Reformaspekte der Hinzurechnungsbesteuerung nach §§ 7-14 ASTG im Liche aktrueller EU- Rechtsentwicklungen*, in DB, 2018, p. 975 ff; F. L. Giambrone, *New fiscal, monetary, financial, banking and capital perspectives of the European Union*, Universitá degli Studi di Bari Aldo Moro centro Interuniversitario "Popolazione, Ambiente e Salute", 2021, ISBN: 979-125965-002-3; vgl. zu neueren Entwicklungen auch ST. EILERS – P. HENNING, *Hinzurechnungsbesteuerung – BEPS und neue Rechtsentwicklungen*, in ISR, 2015, p. 422 ff. Zu den möglichen Gründen, warum Staaten auf eine Hinzurechnungsbesteuerung verzichten, s. G. V. HULLE, *European Union/OECD- Current Challenges for EU Controlled Foreign Company Rules*, Amsterdam, 2017, p. 719 (722) ff.

[68] European Court of Justice, EuGH v. 12.9.2006 - C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 - Cadbury Schweppes, in FR 2006, 987 with annotations of *Lieber* = Slg. 2006, I-8031 paragraph 70; F. L. Giambrone, *Transpotion of the Judgements of the European Court of Justice in Germany. Case note regarding the abnormal use of checks in the Judgement of 5 May 2020 of the German Federal Constitutional Court from a Fiscal point of view*, in Rivista di Diritto finanziario e scienza delle Finanze , Anno LXXX Fasc. 3 -2021; A.F. Uricchio, *Das geltende italienische staatliche Steuersystem*, in A.F.

ISSN 2036-7821

The activity test is also originally intended for the relationship under company law within the EU and EEA area according to its basis in secondary law.
Nevertheless, the exception provision pursuant to Art. 7 (2) (a) sub-section 3 ATAD shall in principle be applicable vis-à-vis third countries, unless this is excluded by the transforming Member State.[69]
The German legislator has made use of this exclusion right and, pursuant to § 8 (3) AStG, analogously to Sec. 8 (2) Sentence 1 AStG old version, has limited the exculpation clause of § 8 (2) AStG as amended by ATADUmsG territorially to the EU or EEA territory.
According to the wording of § 8 (3) AStG, the exculpation cannot therefore apply to situations in which the intermediary company in question is resident in a third country.
This could result in a contradiction with European primary law, in that the freedom of movement of capital is generally applicable in relations with third countries, and the freedom of movement of capital is specifically applicable in relations with Switzerland the right of establishment enshrined in the Agreement on the Free Movement of Persons (FTA) are violated.[70]

6. General considerations concerning the violation of the free movement of capital in Germany

6.1. Case law on § 8 (2) AStG (Foreign transaction Tax Act) old version
Concerns regarding the exclusion of the activity test for third country situations have already been raised in connection with § 8 (2) AStG old.[71]
The Baden-Württemberg Tax Court ruled on a case in which a Swiss resident company was identified as an intermediate company and the extended addition taxation pursuant to § 7 (6) and (6a) AStG old version was applied without verifying an actual economic activity within the meaning of Sec. 8 (2) AStG, old version.[72]
An appeal was filed by the BFH (Federal Tax Court) against the ruling of the Baden-Württemberg Tax Court.
The BFH again submitted the facts of the case to the ECJ with the question of whether the free movement of capital pursuant to Art. 63 et seq. TFEU was violated

URICCHIO., F. L. GIAMBRONE, *Neue Entwicklungen im italienischen Steuerrecht als Herausforderung des neuen Europäischen Entwicklungsprozesses*, 2020, Cacucci Editore, Bari.

[69] G. HÖRNICKE - G. KRAFT, *Hinzurechnungsbesteuerung*: *Außensteuerrecht Die zweifelhafte Unionsrechtskonformität des § 8 Abs. 3 AStG*, in. Internationale Steuerrundschau, 2022, p. 1 -10.

[70] Abkommen zwischen der Europa◎ischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits u◎ber die Freizu◎gigkeit v. 21.6.1999, AS 2002, 1529, zugl. ABl. EU 2002 Nr. L 114, 6.

[71] G. KRAFT – T. MOSER, *The German CFC Rules: Overview, Deficits and Reform Proposals*, in Intertax, 2014, p.130 ff.

[72] Finanzgericht Baden-Wu◎rttemberg Urteil v. 21.10.2014 , Nr. 6 K 2550/12.

ISSN 2036-7821

and whether, in this case, the application of the so-called standstill clause pursuant to Article 64 (1) TFEU could be applied.[73]

In its judgment in the X GmbH case, the ECJ stated that although a regulation such as the taxation of the addition of capital restricted the free movement of capital by placing investments in third countries at a disadvantage, it could be justified by the prevention of purely artificial and thus abusive tax arrangements.[74]

On the other hand, the justification does not apply if there is an exchange of information in tax matters between the countries concerned, which allows the examination of allegedly artificial arrangements that are not economically justified.[75]

Since, against the backdrop of the free movement of capital, the artificial arrangement relates to the participation process and not, as in the context of the freedom of establishment, to the establishment process, extended requirements are placed on the substance test, there with the opposite conclusion that the requirements should rather be lower.[76]

Thus, case law requires that the tax authorities be given the opportunity to verify the proof of substance and that an exchange of information in the sense of a major information clause must therefore necessarily be agreed with the relevant state.

In the year in dispute 2005, however, there was only the insufficient minor information clause in Art. 27 Double Taxation Treaty-Switzerland, old version, which limits the exchange of information to treaty purposes and cannot be extended to the enforcement of national law like the major information clause.

Accordingly, the application of the exculpation clause pursuant to § 8 (2) AStG old does not violate the free movement of capital in the case in dispute. As expected, the Federal Fiscal Court agrees with the opinion of the ECJ.

---

[73] S. MÜLLER – J. KOLLMANN, *Rechtsprechung kompakt: Hinzurechnung: Unionsrecht und Hinzurechnungs-besteuerung von Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharakter im Drittstaatenfall*, in ISR, 2017, p. 370 ff.; F. L. Giambrone, *Finanzföderalismus als Herausforderung des Europarechts*, 2020

[74] European Court of Justice, Grand Chamber, judgement of 26 february 2019, - C-135/17, ECLI:EU:C:2019:136 - X GmbH, in ISR, 2019, p. 170, in Ubg 2019, 229 with annotations of Esteves Gomes = FR 2019, p. 313; CR. E. GOMES – F. SCHINDLER – C. POHL, *Hinzurechnungsbesteuerung von Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharackter im Drittstaatenfall (EuGH v. 26.2.2019 - C – 135/17 – X Gmbh*), in Ubg, 2019, S. 229 ff.

[75] European Court of Justice, Grand Chamber, judgement of 26 february 2019, - C-135/17, ECLI:EU:C:2019:136 - X GmbH, in ISR, 2019, p. 170, in Ubg 2019, 229 with annotations of Esteves Gomes = FR 2019, 313 with annotations of Böhmer/Schewe paragraph 95; F. L. Giambrone, *Aspekte des türkischen Familienrechts unter Würdigung rechtserheblicher familienrechtlicher Aspekte des italienischen und österreichischen Rechts. Eine Rechtsvergleichung*, 2016 ISBN: 9788866115496; CR. E. GOMES – F: SCHINDLER – C. POHL, *Hinzurechnungsbesteuerung von Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharackter im Drittstaatenfall (EuGH v. 26.2.2019 - C – 135/17 – X Gmbh*), in Ubg, 2019, p. 229 ff; J. BÖHMER – B. SCHWE, *Hinzurechnungsbesteuerung*, in Finanzrundschau, 2019, p. 313 ff.

[76] Compare J. SCHÖNFELD, *Die Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung im Verhältnis zur Schweiz*, in IStR, 2016, p. 416 ff.; Vgl. Auch L. DAUTZENBERG, *Interventions for preventing falls and fall-related factures in comunity-dwelling older adults: A systematic review and network meta – analysis*, in FR, 2021, p. 602 paragraph. 3; G. HÖRNICKE - G. KRAFT, *Hinzurechnungsbesteuerung*: *Außensteuerrecht Die zweifelhafte Unionsrechtskonformität des § 8 Abs. 3 AStG*, in. Internationale Steuerrundschau, 2022, p. 1 -10.

In addition, it notes that, moreover, the standstill clause does not apply to the present case, since the amendments by the StSenkG applicable from 2001 (at least for a short time) undermine the grandfathering. With regard to facts of the recent past, the latest changes by the ATADUmsG further promote this argumentation.[77]

To this end, it must first be remembered that, unlike the other fundamental freedoms, the free movement of capital was unilaterally established by the EU Treaty in relation to other countries in the world. It is therefore also relevant for all investments in third countries, and therefore the tax treatment of investments in third countries can always be examined from the point of view of EU law based on additional taxation.

The first is the possibility of denying the existence of a restriction as such, arguing that the burden does not go beyond the burden found in Germany, and second, there is the possibility of referring to the fact that the situation of foreign investment is not comparable to that of a corresponding domestic investment, so that other measures are needed, and thirdly, of course, there is still the possibility that it is a restriction that the EU Treaties expressly allow as an exception.

The last option is above all the standstill clause, which allows the Member States to maintain in certain parts of the movement of capital such restrictions which already existed on 31.12.1993 (i.e. on the date on which the free movement of capital was incorporated into the text of the Treaty).

This possibility of justification is more likely to be ruled out in the specific case, since the German regulations on additional taxation have been amended several times; since a fundamental redesign of the additional taxation is pending during the ATAD implementation, they will be able to take effect even less than before.

If, with regard to the grounds for the judgment of the ECJ, the Federal Fiscal Court initially decided only for the extended additional taxation pursuant to § 7 sec. 6 and 6a AStG old version, that at least in the presence of equivalent administrative assistance restricts the free movement of capital and proof of activity must also be granted in the case of third countries, it confirmed this view a short time later for the regular Additional taxation according to § 7 section 1 AStG old version.[78]

Also in the appeal proceedings to a judgment of the FG Münster,[79] the Federal Fiscal Court reaffirms its line of jurisdiction. The Federal Ministry of Finance reacted to the case law of the Federal Fiscal Court with a letter of application.[80]

---

[77] L. DAUTZENBERG, *Interventions for preventing falls and fall-related factures in comunity- dwelling older adults: A systematic review and network meta – analysis*, in FR, 2021, p. 602 paragraph 2.

[78] A. SCHNITGER – S. KRÜGER – L. F. NIELSEN, *Neues zur Unionskonformität der erweiterten Hinzurechnungsbesteuerung*, in IStR 2019, p. 340 (346); F. L. GIAMBRONE, *New Fiscal, monetary, financial, banking and capital perspectives of the European Union*, 2021 .

[79] FINANZGERICHT Münster, *Urteil vom 30.10.2014 - 2 K 618/11 F*; C. KAHLENBERG, *Erfassung passiver Einkünfte als aktiver Grundstücksahandel gem. § 8 AStG von ausländischer (Schweizer) Zwischengesellschaft und Unionskonformität der §§ 7 ff. AStG*, in ISR 2015, p. 306 (Kahlenberg).

ISSN 2036-7821

Accordingly, proof of an actual economic activity can also be provided in the case of third countries, provided that the more precisely defined administrative assistance requirements in the sense of a large administrative assistance theft in accordance with Article 26(1) of the OECD-MA.[81]

A distinction must be made in an information clause under Article 26(1) OECD-MA between a large information clause and a small information clause.

If a large information clause has been agreed, information is exchanged both on the implementation of the DTA and on the implementation of the domestic tax law of the other state.

On the other hand, if a small information clause is agreed, only the transmission of such information is carried out that is necessary for the implementation of the DTA (i.e. to avoid double taxation); the exchange of information is thus limited to the taxes covered by the DTA. Such small information clauses are agreed, for example, in the DTAs with developing countries, but also with Australia, Israel, Japan and South Africa as well as with the tax haven countries, as far as there is any information traffic with them at all.

The exchange of information is limited by the principle of reciprocity (see the wording in Art. 26 sec. 1 sentence 1 OECD-MA: "exchange the information"), for example German tax authorities will only carry out an external audit at the request of another state if there are equivalent investigative possibilities abroad.

The exchange of information is still limited by the requirement of the probable relevance for taxation in the recipient state to prevent (double) taxation contrary to the agreement.

This follows from the wording: 'for the purpose of implementing this Agreement or for the administration or application of national law relating to taxes of any kind (...) probably significant (...), as far as the taxation corresponding to this right does not contradict the agreement" in Article 26.1 sentence 1 OECD-MA. In this context, the question arises as to whether the request for information is to be regarded as the

---

[80] BUNDESMINISTERIUM FÜR FINANZEN, *BMF- Schreiben v. 17.3.2021 - IV B 5 - S 1351/19/10002:001. „Anwendung des § 8 Absatz 2 AStG* in BStBl I, 2021, p. 342 .

[81] BUNDESMINISTERIUM FÜR FINANZEN, *BMF- Schreiben v. 17.3.2021 - IV B 5 - S 1351/19/10002:001. „Anwendung des § 8 Absatz 2 AStG* in BStBl I, 2021, p. 342; Ch. SMEKAL/ E. THEURL, *Finanzkraft und Finanzbedarf von Gebietskörperschaften,* Böhlau Verlag; with regard of the taxation and civil aspects concerning the turkish family law assets confront F L. Giambrone, *Einige Aspekte zu den Begriffen Errungenschaft und Eigengut im türkischen gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung*",in:Annales de la faculté de droit d Istanbul XLVI, N.63, 285-305,ISSN: 0578-9745, 2014; in view of our original topic concerning the delivering of proof of an actual economic activity, which may be also also provided in the case of third countries, in accordance with Article 26(1) of the OECD-MA cfr. J. EIMLER, *BMF-Schreiben v. 17.3.2021,* in FR 2021, p. 452: *Auslegung des § 8 Abs. 2 AStG durch die Finanzverwaltung,* in FR, 2021, S. 822 ff.; S. KÖHLER, *BMF zu Gegenbeweis bei Hinzurechnungsbesteuerung-Gegendarstellung leider notwendig*, in ISR, 2021, p. 201 ss.; G. HÖRNICKE - G. KRAFT, *Hinzurechnungsbesteuerung*: *Außensteuerrecht Die zweifelhafte Unionsrechtskonformität des § 8 Abs. 3 AStG*, in. Internationale Steuerrundschau, 2022, p. 1- 10 ff.

ultima ratio of a clarification of the facts. On 17.06.2012, the OECD Council adopted a new commentary on Art. 26 OECD-MA on tax administrative assistance.
According to this, international administrative assistance must no longer only be provided in individual cases, but also in the case of group enquiries in which the persons concerned must be identified by specific search criteria. However, "fishing expeditions" remain prohibited.
Representatives of Switzerland have also agreed to this amendment. Under this condition, the possible proof procedure is dichotomous.[82]
First of all, in the sense of an activity test, an actual economic activity must be proven on the basis of a "targeted use of resources in the host member state".[83]
There must be active, permanent and sustainable participation in local market events as well as material and personnel resources that allow the independent exercise of core functions.[84] According to local understanding, the view expressed in the BMF letter can be derived from the ECJ's explanatory statements under paragraph 84.
First of all, it should be noted that the ECJ has made a negative distinction by stating that the concept of 'purely artificial design' in the context of the free movement of capital, 'not necessarily' with the indications referred to in paragraphs 67 and 68 of the judgment of 12.9.2006, Cadbury Schweppes Overseas (...), C-196/04 on the serious economic reality of the establishment of a company'.
The quantitative and qualitative requirements for the proof of relief in the area of protection of the free movement of capital therefore do not automatically coincide, i.e. one hundred percent. However, this does not rule out overlaps.
Regarding the indications mentioned in the ECJ decision of 12.9.2006 in connection with the freedom of establishment, the ECJ[85] even states that "these indications may

[82] A. SCHNITGER – R. GEBHARDT – S. KRÜGER, *Hinzurechnungsbesteuerung und Unionsrecht*, in IWB, 2021, p. 344 (355).

[83] BUNDESMINISTERIUM FÜR FINANZEN, *BMF- Schreiben v. 17.3.2021 - IV B 5 - S 1351/19/10002:001. „Anwendung des § 8 Absatz 2 AStG* in BStBl I, 2021, p. 342; Vgl. § 8 Abs. 2 Satz 4 AStG i.d.F. ATADUmsG.

[84] BUNDESMINISTERIUM FÜR FINANZEN, *BMF- Schreiben v. 17.3.2021 - IV B 5 - S 1351/19/10002:001. „Anwendung des § 8 Absatz 2 AStG* in BStBl I, 2021, p. 342, 3; J. EIMLER, *BMF- Schreiben v. 17.3.2021, Auslegung des § 8 Abs. 2 AStG durch die Finanzverwaltung*, in FR 2021, p. 822 (825 f.); A. SCHNITGER - R. GEBHARDT- S. KRÜGER, *Hinzurechnungsbesteuerung und Unionsrecht*, in IWB, 2021, p. 344 (346 ff.); kritisch S. KÖHLER, *BMF zu Gegenbeweis bei Hinzurechnungsbesteuerung – Gegendarstellung leider notwendig*, in ISR, 2021, p. 201 (204 ff.); compare § 8 Abs. 2 Satz 2 AStG i.d.F. ATADUmsG.

[85] Ch. SMEKAL/ E. THÖNI, *Österreichs Föderalismus zu teuer?*, Institut für Föderalismusforschung,Innsbruck; for an overview of the comparison relating to the nomophylactic function of the ECJ in tax matters cfr. C. GIUSTI/ F. L. Giambrone, *The nomophylactic function of the European Court of Justice in tax matters within the italian and German experience. Possible Dispute Settlement Solutions for the Member States,* in, comparative law review 2019, ISSN: 2983-8993. According to the authors try to highlight through some case law examples, the role of the ECJ, which has defined the fundamental dialectic of Community tax law, identifying positive and negative elements of the path of development of tax liberalization consistent with the aims of European integration. It can be affirmed however, that the main object of the decisions of the European Court of Justice regards the application of the principle of non-discrimination and non-restriction of Community freedoms, and in particular cases where the exercise of tax power by individual States may impede the system of competition and thus alter the functioning of the common

also serve as indications of the existence of an artificial arrangement in the context of the application of the rules on the free movement of capital, if it proves necessary to establish the economic reason for a participation in a company, which does not carry out its own economic activities'.

It follows that, in the context of the free movement of capital, the economic activities and the associated substance requirements of the foreign company must also be assessed to prove the relief.

According to the ECJ, the concept of purely artificial design "in the context of the free movement of capital include any provision where the main objective or one of the main objectives is to artificially transfer profits generated by activities in the territory of a Member State to third countries with low levels of taxation'.

This addresses a "second component"[86] of the exoneration evidence, which addresses the purpose of holding the participation.

By requiring both sufficient "proof of substance" in third-country cases with regard to the activity carried out by the foreign company and proof of the purpose of holding the participation, i.e. motivation for participation in the foreign company, the Federal Ministry of Finance´s letter thus expresses the following understanding of the tax administration by the ECJ case law: in third-country cases, an artificial arrangement already exists if the foreign company – taking into account the segmenting approach – does not pursue sufficient economic activity of its own in the other state.

In doing so, the tax authorities are expressing their assessment, which is to be made in this regard according to the statements of the ECJ in paragraph 84 of its decision of 26.2.2019. In this case, there is no need for a separate examination of the holding of the participation, if any, existing special tax motivation.[87]

The situation is different in cases with a connection with third countries, in which the foreign company pursues its own economic activity. Since it is not yet clear whether obtaining a tax advantage is the main purpose or one of the main purposes of the participation, it is necessary to further separate examination of this question.[88]

---

market. The examination, in this paper, of the case law of Italy and Germany shows that the Italian legal system can transpose the judgments of the Court of Justice making them immediately applicable by its courts while the German legal system manifests legal difficulties in the automatic transposition of the judgments of the European Court of Justice; for an overview concerning the cost of entitlements between debt control, extraordinary finance instruments and windfall taxes cfr. A.F. Uricchio, *Il costo dei diritti tra controllo del debito, strumenti di finanza straordinaria e windfall taxes,* in «Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze»,2018; Ch. SMEKAL/ E. THEURL, *Finanzkraft und Finanzbedarf von Gebietskörperschaften,* Böhlau Verlag.

[86] J. EIMLER, *BMF- Schreiben v. 17.3.2021, Auslegung des § 8 Abs. 2 AStG durch die Finanzverwaltung*, in FR, 2021, p. 822 (825 f.).

[87] A. SCHNITGER – S. KRÜGER – L. F. NIELSEN, *Neues zur Unionskonformität der erweiterten Hinzurechnungsbesteuerung*, in IStR 2019, p. 340 (345) ff.

[88] A. SCHNITGER – S. KRÜGER – L. F. NIELSEN, *Neues zur Unionskonformität der erweiterten Hinzurechnungsbesteuerung*, in IStR 2019, p. 340 (345) ff.; J. BÖHMER – B. SCHEWE, *Hinzurechnungsbesteuerung*, in Finanzrundschau, 2019, p. 322 ff.; for a deeper insight regarding the european fiscal taxation compare F. L.

ISSN 2036-7821

Regarding third-country situations, the tax authorities thus place higher demands on the proof of discharge than in cases subject to the scope of protection of the freedom of establishment.

The fact that the ECJ case law can be understood in this direction will also be partly represented in the literature.[89]

In practice, however, the numerous diverging and conflicting views suggest that there are just as many points of discussion or dispute.

Outsourcing is excluded. At the second stage, the tax authority must prove, by means of the motive test, that there is no purely artificial arrangement by the participation.

The tax administration is based on the provisions of the CJEU in Case X GmbH, according to the arrangements in the context of the free movement of capital and thus, unlike the case of Cadburry Schweppes, they should be considered artificial even if they originate in EU Member States and aim at making profits in (any) third countries or to shift low-taxing areas.[90]The Federal Ministry of Finance calls for proof of "strong" economic areas for reasons which are not primarily intended to obtain a tax advantage.[91]

Giambrone, *Finanzföderalismus als Herausforderung des Europarechts,* Collana del dipartimento Jonico in "Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: societá, ambiente e culture", 2020, according to whom analyses show that national fiscal policy can make an effective contribution to stabilisation. Against this background, the Stability and Growth Pact and budgetary consolidation in good times are in the in the self-interest of each member state. International transfers - for instance within the in the framework of a fiscal capacity at the Union level - are not necessary as a stabilisation instrument; In order to come back to the original topic in question regarding the interpretation of the ECJ and its concept of purely artificial design "in the context of the free movement of capital include any provision where the main objective or one of the main objectives is to artificially transfer profits generated by activities in the territory of a Member State to third countries with low levels of taxation'; for an overview concerning the Environmental emergencies and imposition cfr. A. F. URICCHIO, *Environmental emergencies and imposition.* In: AA. VV.. (ed.): A. F. URICCHIO - G. SELICATO - M. AULENTA, La dimensione promozionale del Fisco (2015); tracing back our original topic whether obtaining a tax advantage is the main purpose or one of the main purposes of the participation cfr. N. FÄRBER, *Ausweitung des Substanztest auf Drittsaatenfälle*, IWB 2019, p. 812 ss.; A. SCHNITGER – R. GEBHARDT – S. KRÜGER, *Hinzurechnungsbesteuerung und Unionsrecht*, in IWB, 2021, p. 344 ss; s. aber auch z.B. S. KÖHLER, *Hinzurechnungsbesteuerung im Drittstaatenfall kann ab 2001 durch die Kapitalverkehrsfreiheit gesperrt sein*, Internat.SteuerRund. 2020, p. 175 ss.; G. HÖRNICKE- G. KRAFT, *Außensteuerrecht: Die zweifelhafte Unionsrechtskonformitaet des § 8 Abs. 3 AStG*, ISR 2022, S. 1 ff.

[89] D. HECKERODT – G. TITZ – M. PETER, *Finale Verlustberücksichtigung- Eine Analyse der Schlussanträge der Generalanwältin Kokott am EUGH zur finalen Verlustberücksichtigung*, in IStR, 2019, p. 683 ff.

[90] Compare European Court of Justice, judgement v. 26.2.2019 - C-135/17, ECLI:EU:C:2019:136, Ubg 2019, 229 m. Anm. Esteves Gomes, FR 2019, 313 with annotations of Böhmer/Schewe Rz. 84 - X GmbH; S. KÖHLER, *BMF zu Gegenbeweis bei Hinzurechnungsbesteuerung – Gegendarstellung leider notwendig*, in ISR, 2021, S. 201 ff.; J. EIMLER, *BMF-Schreiben v. 17.3.2021*, in FR 2021, p. 452: *Auslegung des § 8 Abs. 2 AStG durch die Finanzverwaltung,* in FR, 2021, S. 822 ff.

[91] BUNDESMINISTERIUM FÜR FINANZEN, Urteil v. 17.3.2021 - IV B 5 - S 1351/19/10002:001, BStBl. I 2021, 342, 4. Vgl. abweichend EuGH v. 26.2.2019 - C-115/16, ECLI:EU:C:2019:134 - N Luxembourg 1.

ISSN 2036-7821

Thus, the Court of Justice only imprecisely implements the requirements of the Court of Justice, according to whose will the economic activity (freedom of establishment) or the purposes of the design (capitalisation) are evident.
A test of motives is not required by § 8(2) of the External Tax Act (AStG), as amended, and is the only free interpretation of the ECJ's judiciary in order to cure the rule contrary to the free movement of capital in the case of third countries.

6.2. The relevance of § 8(3) of the External Tax Act, as amended by the Act implementing the Anti-Tax Avoidance Directive (ATADUmsG) with regard of the exceptions of the activity test enshrined towards third countries

In spite of the requirement of the CJEU, the legislature, by means of Paragraph 8(3), has: External Tax Act as amended by the Act implementing the Anti-Tax Avoidance Directive (ATADUmsG) apart from this, the activity test under Section 8(2) of the External Tax Act should be allowed in the case of a third country.
The explanatory memorandum refers, first, to the exclusion of third countries authorised by Article 7(2)(a)(3) of the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and, secondly, to the case-law of the Court of Justice in Test Claimants in the FII Group Litigation.
Accordingly, in cases where the applicable rule is based on the greater influence of a shareholder on the basis of his shareholding, the freedom of establishment is to be limited to the area of freedom of establishment and thus the freedom of movement of capital, which also protects participation and which is applicable in third countries, is to be displaced in cases where the applicable rule is based on the greater influence of a shareholder on the basis of his shareholding.
Accordingly to the case-law of the Court of Justice, the restriction on the free movement of capital must, according to the settled case-law of the Court of Justice, be restricted to the scope of protection and thus the freedom of capital protection, which also protects the interests of participation and which is applicable in the case-law in third countries, is to be replaced by Article 7 of the Act of First Instance. Since, according to the legislature, the latter only relies on a certain influence, the scope of protection of the freedom of establishment to be taken into account exclusively in relation to the European Union applies only.
In the first place, it must be said that an assessment of primary law does not preclude the requirement of the Secondary Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) that, in accordance with Article 7(2)(a), subsection 3, Anti-tax Avoidance Directive (ATAD) may be excluded from the activity test for third countries. It is true that the legal interpretation has found that a law resulting from a final harmonisation of secondary

ISSN 2036-7821

law must no longer be measured in accordance with primary law, but rather by that harmonisation measure.[92]

However, on the one hand, that view is in dispute that the assessment on the basis of the harmonisation measure must not mean the exclusion of primary requirements.[93]

On the other hand, it is doubtful whether the nature of final harmonisation in the case of the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) is at all fulfilled, since the national legislature, in view of the minimum level of protection laid down in Article 3 of the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD), has remained a visible scope for transposition in the transformation of the Directive. Consequently, the secondary legislation cannot shield the transformed standard from a prima facie case.

In the second place, the legislature's argument is open to discussion that the free movement of capital is replaced by the freedom of establishment, which is not applicable in the case of non-member countries, which gives priority protection on the basis of the recast rule.

The extent of the scope of the provision at issue is decisive for the delimitation of the fundamental freedoms.

According to settled case-law of the European Court of Justice (CJEU) and the Bundesfinanzhof (Federal Finance Court, BFH), the free movement of capital can only be pushed by the freedom of establishment if the rule in question is based solely

---

[92] European Court of Justice, Chamber 1, judgement 8 march 2017, C-14/16; European Court of Justice, Chamber 6, judgement 20 december 2017, C-504/16; European Court of Justice, Chamber 6, judgement 20 december 2017, C-613/16; HÖRNICKE - G. KRAFT, *Außensteuerrecht Die zweifelhafte Unionsrechtskonformität des § 8 Abs. 3 AStG*, in ISR, 2022, p. 1 ff.

[93] European Court of Justice, Schlussanträge GAin Kokott v. 10.1.2019 - C-607/17, ECLI:EU:C:2019:8 – Memira paragraph 23 f.; E. REIMER, *Steuerliche Diskriminierung und Beschränkung*, Rz. 7.19, in H. SCHAUMBURG - J. ENGLISCH, *Europäisches Steuerrecht*; for a better understanding regarding some judgements of the ECJ in sport matters cfr. C. Giusti/ F. L. Giambrone, *The Biffi Judgement and the Suarez case. Judicial decision of the ECJ and possible reforms of the italian civil code from an european point of view*, 2020, in, Annali del CERSIG, ISBN: 9791280164100, according to the authors through its judgments Biffi 1 and UB (both 2019), the ECJ set new accents by further extending the effect of the special characteristics of sport (Article 165 TFEU). In doing so, the ECJ expanded them in a way that sports federations had most likely not hoped for, let alone expected. However, as the present contribution will show, the two decisions were not so inconsistent either, they systematically applied the special characteristics and the term common market developed by the ECJ for decades, long before the political decision of the Fontainebleau European Council (1984) to implement a programme for the achievement of agenuine internal market in 1985-92, as a dynamically legitimate, dynamically developed by the ECJ, functionally interpretable, economic policyoriented legal property (again) confirmed.; with regard of a deeper understanding of some principles of Italian tax law: the ability to pay principle and the associated tax base cfr. A.F. Uricchio/ F.L.Giambrone, *Einige Prinzipien zum italienischen Steuerrecht: das Leistungsfähigkeitsprinzip und die damit einhergehende Bemessungsgrundlage*, in A.F. Uricchio/ F.L.Giambrone, *Neue Entwicklungen im italienischen Steuerrecht als Herausforderung des neuen Europäischen Entwicklungsprozesses*, 2020, Cacucci Editore, Bari.

J. SCHÖNFELD - B. ELLENRIEDER, Das Verhältnis von Primär – und Sekundärrecht- oder: Gibt es gegen Primärrecht immunisiertes Recht?, StuW, 2019, S. 253 ff.; R. WACKER, *Zur praktischen Konkordanz von Grundfreiheiten und EU-Richtlinien auf dem Gebiet der direkten Steuern*, in K.D. DRÜEN - R. HEY - R. MELLINGHOFF (Hrsg.), *100 Jahre Steuerrechtssprechung in Deutschland 1918-2018*, FS BFH, 2018, S. 781 ff.

ISSN 2036-7821

on a certain influence on the decisions of the company, that is to say, a (company) control.
On the other hand, where a rule covers (also) 'participations made with the sole intention of investing money without any influence on the management and control of the undertaking', the free movement of capital applies.[94]

6.3. Interpretation of Paragraph 7(2) of the External Tax Act, as amended by the Act implementing the Anti-Tax Avoidance Directive (ATADUmsG)
In order to determine whether the free movement of capital extends its scope of protection, it is necessary to examine whether Paragraph 7 of the Law on Foreign Tax covers only situations in which there is a certain influence on the intermediary company by the taxpayer.
In detail, Paragraph 7(2) of the AStG specifies the following mastery—State of affairs which (in each case involving related persons) fulfils the subjective circumstances of Section 7 of the External Tax Act:
• The taxpayer holds more than half of the voting rights in the intermediary company, either directly or indirectly; or
• the taxpayer holds, medium or immediate, more than half of the shares in the nominal capital of the intermediate company; or
• the taxpayer is entitled, medium or direct, to more than half of the profits or liquidation proceeds of the intermediate company.
It is justifiable that the first two acts of control indicate a certain influence of the tax provisions on the decisions of the intermediary company.
Both the voting rights and the shareholding in the nominal capital in the amount of over 50 % generally mean control of the company and of its capital.[95]Nevertheless, the ECJ also affirmed the application of the free movement of capital in a case in which the shareholding was almost 100 percent, but at the same time a minimum participation rate of 10 percent was prescribed by law.
In contrast, the more than half-yearly (indebtedness) claim to the profit or liquidation proceeds of the intermediate company, without any further links under company law being relevant according to the wording.[96] In contrast to voting rights and shareholdings, which are in the abstract at the beginning of the value chain, where a secure influence is important economically, profit sharing under debt law does not,

[94] J. KOKOTT, *Das Steuerrecht der Europa*‿*ischen Union*, § 3 paragraphs 96, 99.
[95] European Court of Justice, chamber V, judgement 24 november 2016, C-464/14, ECLI:EU:C:2016:896 - SECIL, IStR 2017, 118 paragrah 40, 79; G. KRAFT, *Die Abgrenzung der Kapitalverkehrsfreiheit von der Niederlassungsfreiheit*, in NWB, 2018, p. 698; Ch. SMEKAL/ E. THÖNI, *Österreichs Föderalismus zu teuer?*, Institut für Föderalismusforschung,Innsbruck;
[96] S.E. BÄRSC - X. DITZ - C. ENGELEN - C. QUILITZSCH, *Die Zwei-Sa*‿*ulen-Lo*‿*sung zur Reform des internationalen Steuerrechts vom Oktober 2021,* DStR 2021, 1785 (1786); G. HÖRNICKE – G. KRAFT, *Außensteuerrecht Die zweifelhafte Unionsrechtskonformita*‿*t des § 8 Abs. 3 AStG,* in ISR, 2022, S. 1 ff.

ISSN 2036-7821

prima facie, influence the operational and strategic company decisions, since the creditor of the profit distribution does not automatically have a participation or control option.[97]

For example, the case of a part-party loan agreement containing a profit-sharing clause setting out the share of the profit as a transfer fee for the loan instead of a fixed interest rate determined.[98]

However, it can be considered that a more than half-time right to profit in practice is often based on a corresponding shareholding and that this reflects congruently the relative level. However, there is no need to examine the specific individual case since, according to the ECJ, this is to be carried out only in Union conduct.

However, in a context, which concerns the tax treatment of dividends from sources in a third country, it must be assumed that the examination of the subject-matter of national legislation is sufficient to assess whether the tax treatment of dividends from sources in a third country falls within the provisions of the Treaty on the free movement of capital.'[99]

Thus, this practice case is not relevant for the grammatical interpretation with regard to third countries. The historical-teleological interpretation may lead to a different conclusion.

The telos of additional taxation may have a diffusive effect, but[100] at least correspond to the fight against tax avoidance by means of (corporate) CFC schemes (controlled foreign corporation rules). In addition to a debt-law element, a company law element is therefore necessary in order to establish a dominant position.[101]

To this extent, the sole criterion of control under the law of liability of the more than half-time profit claims pursuant to Section 7(2) of the External Tax Act (AStG) could be a regulatory gap which is contrary to the plan, which must be closed by means of teleological reduction.

In other words, the legislature seems to regard the sure influence as a necessary condition of a controlled society without having correctly translated that requirement into the wording of the law.

Consequently, the broad criterion of a more than half-time share of profits must not trigger the legal consequence of additional taxation, provided that no additional

---

[97] M. KÜHN - T. SCHIENKE- OHLETZ , *Die geplante Reform der Hinzurechnungsbesteuerung nach §§ 7 ss. AStG unter Beachtung europarechtlicher Vorgaben*, in BB, 2020, S. 1562 ff.

[98] C. KAHLENBER - C. QUILITZSCH, *Das Ende der Hinzurechnungsbesteuerung in Drittstaatenfällen*, in IStR, 2021, S. 135 ff.

[99] European Court of Justice, Grand Chamber, judgement 13 november 2012 , C-35/11 EuGH v. 13.11.2012, ECLI:EU:C:2012:707 - Test Claimants in the FII Group Litigation, in IStR 2012, p. 924 paragrah 93 ff

[100] G. KRAFT in Kraft, Vor § 7 AStG Rz. 20.

[101] X. DITZ – F. WASSERMEYER, *Vor §§ 7-14 AStG Rz. 84,* in FLICK – F. WASSERMEYER – BAUMHOFF - SCHÖNFELD (edited by), *Außensteuerrecht*, 2021.

ISSN 2036-7821

conditions under company law are met. However, such an interpretation is contrary to the secondary law basis of the provision, since Article 7(1)(a) of the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) also requires that the criterion of dominance under the law of obligations of qualifying profit-sharing is required, without linking it to the simultaneous fulfilment of a company-law situation.[102]

The minimum level of protection provided for in Article 3 of the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) prohibits that criterion from being cast within narrow limits.

A directive-compliant interpretation of Paragraph 7(2) of the External Tax Act (AStG) therefore does not allow teleological reduction. This conclusion is also the result of an examination of the internal system of the norm, since a social-legal element to be read in at most is the domination criterion of the profit claims with the other mentioned subjective elements of fact would be redundant.[103]

Further support results from the adoption of the Act in concert pursuant to the first sentence of Paragraph 7(4) of the External Tax Act (AStG), which, in addition to Paragraph 7(2) and (3) in conjunction with Paragraph 1(2) of the External Tax Act (AStG), characterises as close persons who show a concerted conduct. Consequently, potentially marginally involved persons are included in the control concept of Section 7 of the External Tax Act (AStG) and (continued) portfolio or free float shareholdings are registered.[104]

This is regularly only a fictitious control, but not an actual sure influence. This is not altered by the fact that an apparently concerted behaviour of the persons may indicate a certain influence on the basis of equal interests in individual cases, but not in general.

Since Paragraph 7 of the Law on Taxation in Foreign Relations (External Tax Act) does not only focus on a certain influence, the broader scope of protection of the free movement of capital applies.

Consequently, the legislator's view cannot be accepted that, in the case of regular taxation of additions, the activity test may be carried out on a territorial basis. In the light of the open free movement of capital, Paragraph 8(2) and (3) of the Law on Taxation in Foreign Relations (AStG) must be assessed against the case-law of the Court of Justice in the light of the old version of Paragraph 8(2) of the AStG in X GmbH. The existence of a large mutual assistance clause is essential in order to justify the application of the activity test in a third country.[105]

---

[102] X. DITZ – C. QUILITZSCH, *Die Neuregelung der Hinzurechnungsbesteuerung durch das ATAD-Umsetzungsgesetz,* in Ubg, 2021, p. 485 ff.

[103] R. GEBHARDT – S. KRÜGER, *Die Hinzurechnungsbesteuerung im Drittstaatenfall. BFH, Urteil v. 22.5.2019 – I R 11/19 und Anmerkungen zum Entwurf für ein ATADUmstG*, in IWB 2020, p. 109 ff.

[104] X. DITZ – O. EKINCI, *Substanztest nach § 8 Abs. 2 AStG Aktuelle Entwicklungen und Analyse des BMF-Schreibens vom 17.3.2021*, Ubg 2021, p. 361 ss.

[105] Paragraph 8(4) of the AStG takes that criterion into account only in the case of the European Union.

ISSN 2036-7821

This circumstance is not taken into account in the law in the case of a third country apart from Paragraph 8(4) of the AStG, so that it is logical to conclude that Paragraph 8(2) and (3) of the Law on Taxation in Foreign Relations (AStG) is to be regarded as contrary to EU law by excluding third countries and, in particular, Switzerland. An interpretation in conformity with EU law can therefore only be made against the wording of Paragraph 8(3) of the Law on Foreign Tax (AStG).

7. General aspects concerning the right of freedom of establishment as a fundamental freedom in relation to third countries: the case of Switzerland

7.1. Treaty and Liberties

Switzerland is a special case among third countries. The free movement agreement between Switzerland and the EU,[106] concluded in 1999 and entered into force in 2002, contains mobility guarantees based on the fundamental freedoms of EU law, which are regarded as freedoms in the relationship between Switzerland and the EU Member States. In contrast to the EEA Agreement, however, there is no direct adoption of the provisions of EU law.[107]

In doing so, the Agreement, in accordance with Article 16(1) of the FZA (Free Movement Agreement between the Swiss Confederation and the European Community and its Member States), refers to the application of freedoms, including barriers and barriers, in the same way as European fundamental freedoms, and stresses the consideration of the case-law of the Court of Justice, Article 16(2) of the FZA (Free Movement Agreement between the Swiss Confederation and the European Community and its Member States).[108]

Although, in accordance with the first sentence of Article 16(2) of the FZA (Free Movement Agreement between the Swiss Confederation, of the one part, and the European Community and its Member States), that is to say only the case-law passed before the conclusion of the agreement, the purpose of the internal market approximation of laws is also to allow interpretation in the light of recent case-law, in so far as the Court of Justice does not deviate from its previous legal training.[109] The

[106] Agreement between the European Community and its Member States, of the one part, and the Swiss Confederation, of the other, on the free movement of persons of 21.6.1999, AS 2002, 1529, p. OJ 2002 L 114, 6; HÖRNICKE/KRAFT, *Außensteuerrecht Die zweifelhafte Unionsrechtskonformität des § 8 Abs. 3 AStG*, ISR 2022, p. 1 ff.

[107] B. KAHIL- WOLFF – R. MOSTERS, *Das Abkommen u*˘*ber die Freizu*˘*gigkeit EG Schweiz*, in EuZW 2001, p. 5 ss.

[108] A. SÖFFING – J. F. BRON, *Die Wegzugsbesteuerung im Verhältnis zur Schweiz unter Berücksichtigung des Freizügigkeitsabkommens*, RIW, 2009, p. 358 ff.

[109] K.D. DRÜEN – J. HEY – R. MELLINGHOFF, *100 Jahre Steuerrechtsprechung in Deutschland 1918-2018*, FS BFH, 2012, p. 1995.

ISSN 2036-7821

objective of the FZA is to ensure that the free movement of persons under the TFEU is, at least in part, in relation to Switzerland to implement.[110]

To that end, Articles 3 and 4 of the FZA (Free Movement Agreement between the Swiss Confederation, of the one part, and the European Community and its Member States) regulate both the entry and the right of residence and occupation of employed and self-employed workers.

The right to freedom of establishment is further specified in Article 12 et seq. Annex I FZA. Article 15(2) of Annex I, read in conjunction with Article 9 of Annex I of the FZA (Free Movement Agreement between the Swiss Confederation, of the one part, and the European Community and its Member States), requires a specific prohibition of discrimination, which explicitly also concerns 'tax advantages'.

A self-employed worker of the other State may not, on the basis of his nationality, be treated differently from an inland Member State.

In addition, freedom of establishment in accordance with Article 15 of Annex I of the FZA contains a prohibition of restriction, which is not explicitly named in accordance with the prevailing teaching, but which, inter alia, read into the legislation in the light of Article 16(2) of the FZA.[111]

The prohibition of the prohibition of restrictions laid down in Article 16(2) of the FZA provides that an unjustified State measure taken by a contractual partner of the FZA (freedom of movement agreement between the Swiss Confederation, on the one hand, and the European Community and its Member States) it must not be appropriate to restrict the mobility guarantees provided for in the Agreement and, therefore, as regards freedom of establishment, do not prevent a person protected by the Convention — including nationals — from being free to choose the place to pursue his/her self-employed activity.[112]

In accordance with Article 12(1) of Annex I in conjunction with Article 15 of Annex I to the FZA, the right of establishment protects all self-employed workers who are nationals of a contracting party to the FZA and wish to establish themselves in the State of another contracting party to pursue their activities.

The scope of the freedom of establishment under Articles 3, 4 in conjunction with 12 et seq. of Annex I to the FZA is essentially comparable and, in particular, with regard to the entry and residence of persons Article 49 TFEU. Nevertheless, the freedoms enshrined in the FZA fall short of the fundamental freedoms of the TFEU.[113]

---

[110] J. MAIER, *Die steuerlichen Implikationen der Mobilitätsgarantien des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU*, p. 142 .

[111] S. OESTERHALT, *Diskriminierungsverbote im internationalen Steuerrecht der Schweiz*, in Archiv für Schweizerisches Abgabenrecht 2010/2011, p. 269 ss.

[112] M. REICH – B. KÖNIG, *Europäisches Steuerrecht*, p. 47 ss.

[113] C. HARDT, *Art. 25 DBA Schweiz*, in F. WASSERMAYER (edited by), *Doppelbesteuerung: DBA. Loseblatt Kommentar zu allen deutschen Doppelbesteuerungsabkommen*, 2022, Rz. 104.

ISSN 2036-7821

Since, while Article 54 TFEU extends the personal scope of the right to freedom of establishment to legal persons, under Article 12(1) of Annex I of the FZA, only natural persons and associations of persons qualify for the right of establishment of the FZA; however, the Convention should also be able to protect legal persons if their establishment indirectly to a natural person who can rely on the protection of the Convention is based on the fact that it is established by virtue of that person's right of establishment. The material scope of Article 12 of Annex I to the FZA and Article 49 TFEU is congruent, based on Article 16 of the FZA.[114]

7.1.1. Displacement of the free movement of capital in individual cases

Paragraph 7 of the AStG is a neutral provision which, in abstract terms, does not focus solely on a secure influence or solely on the intention of investing money.

In the case of the European Union, it is therefore necessary to examine the circumstances of the specific individual case in order to determine whether the freedom of establishment or the free movement of capital defines the scope of protection. In the case of a third country, it is not necessary to examine the specific individual case, since, under Article 63 TFEU, only the free movement of capital may apply and an examination of the other fundamental freedoms in the light of their territorial restriction is excluded.[115]

Something else must apply to the special relationship with Switzerland, in which the right of establishment enshrined in the FZA, in conjunction with Article 12 et seq. of Annex I of the FZA, has a protective effect and, under Article 49 TFEU at least partially equivalent freedom, competes with the free movement of capital pursuant to Article 63 TFEU.[116]

Since the FZA, pursuant to Article 216 TFEU, is a member of the EU legal order,[117] would counteract its purpose if, instead of a delimitation customary in the relationship with the European Union, the freedom of movement of capital always extends its scope of protection, unless a freedom of the FZA (Free Movement Agreement) is exclusively concerned.

Similarly, the Court of Justice in the Wächtler case, in which the Court of Justice preferred the application of the FZA right of establishment over the examination of the free movement of capital consequently, the considerably softer free movement of capital cannot generally take precedence over the right of establishment of the FZA.

Consequently, a case-by-case examination similar to the EU case is shown.

---

[114] WEIGELL, *Steuerstrafrecht*, IStR 2006, 190 (193).

[115] European Court of Justice, Grand Chamber, judgement 13 November 2012, C-35/11

[116] C. HARDT, *Art. 25 DBA Schweiz*, in F. WASSERMAYER (edited by), *Doppelbesteuerung: DBA. Loseblatt Kommentar zu allen deutschen Doppelbesteuerungsabkommen*, 2022, Rz. 13.

[117] J. MAIER, *Die steuerlichen Implikationen der Mobilitätsgarantien des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU*, p. 32 .

ISSN 2036-7821

The examination on a case-by-case basis leads to the fact that the right of establishment under Article 4 in conjunction with Article 12 et seq. of Annex I to the FZA may supersede the free movement of capital pursuant to Article 63 TFEU, provided that a certain influence is established within the meaning of the ECJ's case-law in the specific circumstances.[118]

It is true that an interpretation of the FZA in accordance with the first sentence of Article 16(2) of the FZA can automatically take over only the case-law of the Court of Justice, which was given up to the conclusion of the FZA in 1999. Nevertheless, the ECJ has already explained in its earlier case-law the delimitation of the free movement of capital from the freedom of establishment[119]and confirmed in recent case-law.

The CJEU deals with a situation in which a company resident in Switzerland triggered the German taxation of additions in the case X Gesellschaft with limited liability and, in this context, examines the free movement of capital without referring to the FZA-Establishment Law.[120]

This can be explained by the fact that the passive income at issue in the main proceedings was investment in nature and, consequently, triggered the increased additional taxation under Paragraph 7(6) and 6a (AStG) of the old version.[121]

Since the increased additional taxation covers abstract shareholdings of just 1 %, which precisely do not indicate a certain influence, the application of the freedom of establishment or the right of establishment in competition with the free movement of capital is excluded.

The Court thus did not have to examine the application of the FZA and the potential suppression of the free movement of capital.

The Federal Finance Court should have come to a different conclusion when the court applied the judgment of the Court of Justice in Case X, limited liability company, to a situation in which the sole shareholder of a limited liability company opposed the general taxation of additions. If the plaintiff's right to enter into an agreement was justified, it would probably have been appropriate for the firm influence of the shareholder to have the primary examination of the FZA law of establishment.

---

[118] European Court of Justice v. 1.6.1999 - C-302/97, ECLI:EU:C:1999:271 - Konle, Slg. 1999, I-3099 paragraph 22.

[119] European Court of Justice v. 19.7.2012 - C-31/11, ECLI:EU:C:2012:481, ISR 2012, 23 (Steger) - Scheunemann, EuZW 2012, p. 751 paragraph 30; F. L. Giambrone, *Tax Treatment of professional football players remuneration in Germany and Italy. A comparative and EU analysis of a sector with tax gaps from a fiscal and administrave angle,* in, amministrativ@mente,FASCICOLO N. 1/2022, ISSN 2036-7821.

[120] European Court of Justice v. 26.2.2019 - C-135/17, ECLI:EU:C:2019:136 - X GmbH, ISR 2019, 170 = Ubg 2019, 229 m. Anm. Esteves Gomes = FR 2019, 313 with annotations of Bo◉hmer/Schewe paragraph 26 ff.

[121] European Court of Justice v. 26.2.2019 - C-135/17, ECLI:EU:C:2019:136 - X GmbH, ISR 2019, 170 = Ubg 2019, 229 m. Anm. Esteves Gomes = FR 2019, 313 with annotations of Bo◉hmer/Schewe paragraph 12.

In another case, the Baden-Württemberg Federal Court ruled on the suspension of the implementation of the additional taxation applied by a taxpayer on the basis of the unexplained application of the activity test under EU law in cases outside the EU.[122]

The defendant tax office rejected the taxpayer's objection, since the freedom of establishment could not develop protection due to a lack of EU/EEA membership of Switzerland and the FZA did not make any statements as to the interests of legal persons in the present case. Although the Fiscal Court of Baden-Württemberg upheld the application for suspension of implementation, it did not deal with the application in question of the free movement agreement between the Swiss Confederation, of the one part, and the European Community and its Member States (FZA).

This also applies in relation to Switzerland, especially since only a few decisions of the CJEU have been issued so far on the importance of the free movement agreement for tax law and there is no doubt that there that the free movement agreement entered into force on 1.6.2002 and may be legally relevant for the additional taxation in the case of the applicant.[123]

7.2. Infringement of the Agreement between the Swiss Confederation and the European Community on the free movement of persons regarding the law of establishment

With regard to the prohibition of restrictions to be read in Article 15 of Annex I to the Free Movement of Persons Agreement between the Swiss Confederation, of the one part, and the European Community and its Member States (FZA), the question is raised in writing whether the right of establishment of the FZA allows an application of the activity test under Paragraph 8(2) of the Law on Taxation in Foreign Relations (AStG) in the case of an intermediary company resident in Switzerland, without any final answer to it being found.[124] In any event, only Mayer comes to the conclusion, with regard to Paragraph 8(2) of the AStG, that the right of establishment of the FZA enjoys its protection.

Protection under the right of establishment must be protected by the right of establishment.

From a personal point of view, according to the above explanation, the person controlling the intermediary company within the meaning of Paragraph 7 of the AStG must be a natural person entitled to the agreement or a legal person in which in turn a natural person entitled to the agreement is a controlling party. As regards the objective scope of protection, it is necessary that the intermediate company fulfils the

[122] FINANZGERICHT Baden-Wu◎rttemberg, Beschluss v. 12.8.2015 - 3 V 4193/13, in EFG, 2016, p. 17.

[123] FINANZGERICHT Baden-Württemberg, Beschluss v. 12.8.2015 - 3 V 4193/13, EFG 2016, 17 Rz. II.2.a.

[124] X. DITZ - F. WASSERMAYER, *Vor §§ 7-14 AStG*, in FLICK – WASSERMAYER - BAUMHOFF – J. SCHÖNFELD, *Außensteuerrecht. Kommentar*, 2021, *Paragraph* 70.

ISSN 2036-7821

criteria of establishment and self-employed activity within the meaning of Article 12(1) of Annex I of the FZA.

The terms are in accordance with Article 16(2)(Freedom of movement agreement between the Swiss Confederation, of the one part, and the European Community and its Member States) to be interpreted in the light of the law further developed by the Court of Justice, so that stable and lasting participation in the economic life of the State of establishment, as well as the self-assessment of activity and a business risk with the result of a benefit, are required.[125]

In those circumstances, the material scope of the right of establishment is open and the person entitled to the agreement may rely on Article 4, read in conjunction with Article 12 and Annex I, to the free movement of persons between the Swiss Confederation, of the one part, and the European Community and its Member States (FZA). Sections 7 and 8 of the AStG could infringe the right of establishment.

Since the legal consequence of additional taxation is limited, in the first place, to domestic tax entities who, as a result of their company-law involvement abroad, are potentially subject to a tax consequence which would not have occurred in purely domestic cases and which may deter a taxpayer from setting up a settlement abroad, it is conceivable that the prohibition of restrictions laid down in Article 12 of Annex I, read in conjunction with Article 15 of Annex I of the FZA, may be infringed.

An extension to non-residents is conceivable in view of the new concept of domination based on shareholders in accordance with Section 7(2) of the AStG, so that a violation of the prohibition of discrimination could also be discussed.

However, the result seems to be congruent with that of the prohibition of restrictions examined here.[126]

The question of a restriction of lower law could be answered with reference to the case-law of the Court of Justice in Cadburry Schweppes.[127]

The Court accepts in the affirmative that freedom of establishment is restricted on the ground that the legislation at issue precludes the exercise of a tax advantage.[128]

However, it should be noted that, in accordance with the first sentence of Article 16(2), the free movement of persons agreement between the Swiss Confederation and the European Community and its Member States (FZA) must be taken into account only the case-law of the Court of Justice, which was adopted before the conclusion of the FZA.

---

[125] European Court of Justice v. 14.9.2006 - C-386/04, ECLI:EU:C:2006:568 - Centro di Musicologia Walter Stauffer, FR 2007, 242, Slg. 2006, I-8203 paragraph 18.

[126] J. MAIER, *Die steuerlichen Implikationen der Mobilitätsgarantien des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU*, p. 359 ff.

[127] TH. STANDELMANN, *Rechtsschutz in Steuersachen in der Schweiz*, in K.D. DRÜEN – J. HEY – R. MELLINGHOFF (edited by), *100 Jahre Steuerrechtsprechung in Deutschland 1918-2018*, FS BFH, 2012, p. 1995.

[128] European Court of Justice, Grand Chamber, judgement 12 september 2006 - C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 - Cadbury Schweppes, FR 2006, p. 987 with annotations of Lieber, Slg. 2006, I-8031 paragraph 46.

ISSN 2036-7821

The same applies to recent jurisprudence and thus also to the judicate in Cadburry Schweppes, which adds new aspects to the former CJEU judicature and does not have to be taken into account.[129]

Nevertheless, it seems likely that the same conclusion should be drawn for the lower law of the FZA, as the Court of Justice has done for freedom of establishment under Article 49 TFEU.

For, in accordance with the prevailing doctrine, a prohibition of restrictions in Article 15(1) of Annex I Free movement agreements between the Swiss Confederation and the European Community and its Member States (FZA) are read in, thus any worsening of cross-border situations has a restrictive effect on purely domestic situations.[130]

Admittedly, the offsetting of the foreign tax against the additional amount under Paragraph 12 of the AStG could mean that there is no comparatively disadvantageous and thus restrictive taxation. A less favourable treatment, however, consists of the fact that, in purely domestic cases, the taxpayer may use distribution privileges such as the partial income tax procedure under Paragraph 3(40) of the Income Tax Act (EStG) or the rate of payment tax pursuant to Paragraph 32d(1) in conjunction with Paragraph 43(5) of the Income Tax Act (EStG) or the box privilege pursuant to Paragraph 8b of the Corporation Tax Act (KStG) and Paragraph 9(7) of the Trade Tax Act (GewStG), which are prohibited under the fourth sentence of Paragraph 10(2) of the AStG in the case of addition under foreign tax law.[131]

In the Cadburry Schweppes case, the CJEU has held that it is possible to justify it on overriding reasons in the public interest and thus to prevent abuse.

Nevertheless, for the purposes of proportionality, the legislation in question must not go beyond what is necessary.

---

[129] J. MAIER, *Die steuerlichen Implikationen der Mobilitätsgarantien des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU*, p. 359 ss.

[130] A. EPINEY – R. MOSTERS – S. THEUERKAUF, *Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit*, in ZBJV, 2005, p. 1 ss.; N. HÄCK, *Stundung der Vermögenzuwachssteuer (§6 AStG) bei Wegzug in die Schweiz*, in IStR, 2011, 797 ss.; P. HINNY, *Das Diskriminierungsverbot der Personenverkehrsabkommens im Schweizer Steuerrecht*, in FStR, 2004, p. 165 ss.; S. OESTERHALT - A. OPEL, Reform der *Verrechnungssteuer und Umsatzabgabe. Bundesgesetz vom 17. Dezember 2021 zur Stärkung des Fremdenkapitalsmarkts*, in Expert Focus, 2021, p. 74 ss.;for a better understanding regarding the future of the European scenarios compare A. F. URICCHIO/F.L.GIAMBRONE, *The EU budget powering the recovery plan for Europe*, in, Open Review of Management, Banking and Finance, 2020, ISSN 2058-7422 ; S. OESTERHALT – M. DUBASCH, *Anwendungsbereich des Meldeverfahrens bei geldwerten Leistungen*, in Expert Focus, 2021, p. 74 ff.; Frist *Bundesgericht vom 19.1.2011*, in ASA, 2010/2011, p. 269 ff.

[131] J. MAIER, *Die steuerlichen Implikationen der Mobilitätsgarantien des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU*, p. 360 ss.

ISSN 2036-7821

However, the lack of differentiation between situations which, on the one hand, are based on an artificial arrangement and, on the other hand, a genuine economic activity, makes the justification of the anti-abuse defence disproportionate.[132]
In this context, the Court has made clear that the taxable person who may rely on the freedom of establishment must be given the opportunity to establish a genuine economic activity. For this reason, the German legislature has adopted Paragraph 8(2) Law on Taxation in Foreign Relations (AStG) in order to cure the old version of Paragraphs 7 to 14 of the AStG to cure the restriction on freedom of establishment, which is considered to be widely probable.[133]
Without this possibility of proof, the justification for anti-abuse reasons based on purely artificial arrangements must be disproportionate.[134]
Against the background of the Agreement on the free movement of persons between the Swiss Confederation, of the one part, and the European Community and its Member States (FZA) shall be based on Article 21(3) of the FZA for any justification. First, it refers to the effective enforcement of taxation as a justification.
This reason does not apply in the context of additional taxation. It is true that Switzerland does not provide recovery aid in tax matters. However, this is not necessary for the purpose of additional taxation, as taxation is in any case done with the taxpayer resident in Germany and access by the German tax authorities is easily possible.[135]
In order to ensure effective fiscal control, only mutual assistance in information matters is therefore necessary. Since its revision on 1 January 2011, Article 27(1) of the Double Taxation Convention-Switzerland contains a large information clause that satisfies the demands of the ECJ and the Federal Fiscal Court.
First sentence of Article 27(1) of the DBA-Switzerland: "The competent authorities of the Contracting States shall exchange information likely to be relevant for the implementation of this Agreement or for the application or enforcement of national law relating to taxes of any kind and designation [...]."
In addition, there is a separate mutual assistance agreement between the two States, which, in its current version entered into force on 1 January 2017.[136] Since 2017 at the latest, the German tax administration has been given an instrument to verify

[132] Compare European Court of Justice, Grand Chamber, judgement 12 september 2006 - C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 - Cadbury Schweppes, FR 2006, p. 987 with annotations of Lieber, Slg. 2006, I-8031 paragraph 63 ff.
[133] Jahressteuergesetz 2008 (JStG 2008) v. 20.12.2007, BGBl. I 2007, p. 3150 ff.
[134] F. REICHE, *§ 8 AStG* Paragraph 129, in F. HAASE (edited by), *Außensteuergesetz.*
[135] European Court of Justice, Grand Chamber, judgement of 26 february 2019, C-581/17, ECLI:EU:C:2019:138 - Wa◎chtler, ISR 2019, 436 (Hummel).
[136] Agreement between the Swiss Confederation and the European Union on the automatic exchange of information on financial accounts to promote tax honesty in international situations of 26.10.2004, as amended on 27.5.2015, AS 2005, p. 2571.

ISSN 2036-7821

allegedly artificial arrangements with intermediate companies. Second, Article 21(3) of the FZA refers to the prevention of tax evasion and, therefore, to the prevention of abuse, which is also recognised by the Court of Justice, which is assigned to overriding reasons in the public interest.[137]
Notwithstanding the diffuse telos of Paragraphs 7 to 13 of the AStG 104, this purpose must be recognised as an inherent part of the taxation of additions and as a legitimate ground for justification, which is established in the history of the legal institution. Sections 7 to 13 of the AStG are directed against base companies and thus against purely artificial arrangements for obtaining tax advantages.
On this point, the Court of Justice in Cadburry Schweppes follows its own and Article 16(2) of the Agreement on the free movement of persons between the Swiss Confederation, of the one part, and the European Community and its Member States (FZA) to be taken into account in the interpretation of the case-law in ICI and classifies such provisions as an avoidance of abuse. A transfer of this view of the case-law to Article 21(3) of the FZA appears appropriate.[138] However, the CJEU has held that a rebuttable (abuse) presumption is always the more lenient remedy compared to an irrefutable presumption.
It also works accordingly for the purposes of the Agreement on the free movement of persons between the Swiss Confederation, of the one part, and the European Community and its Member States (FZA), of the justification on the basis of a tax anti-abuse defence is not appropriate and therefore disproportionate in so far as there is no possibility of counter-proofing a genuine or, at most, essential economic activity in the State of establishment.
In any event, it is not sufficient for the theoretical possibility that exculpation, normally curative on the basis of Paragraph 8(2) of the AStG, may be possible if, pursuant to Section 8(3) of the AStG, this is immediately excluded for states without EU or EEA membership and thus also for Switzerland.[139]

8. Final analysis

The jurisprudential review analysed shows the development of the notion of abuse of rights in every area of the Community legal order, including tax law, and the guiding criteria for counteract it.

---

[137] Compare just European Court of Justice, Grand Chamber, judgement 12 september 2006 - C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 - Cadbury Schweppes, FR 2006, p. 987 with annotations of Lieber, Slg. 2006, I-8031 paragraph 47 .

[138] Compare European Court of Justice, Grand Chamber, judgement 12 september 2006 - C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 - Cadbury Schweppes, FR 2006, p. 987 with annotations of Lieber, Slg. 2006, I-8031 paragraph 63 ff.

[139] In this way § 8 paragraph 2 AStG old version; J. MAIER, *Die steuerlichen Implikationen der Mobilitätsgarantien des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU*, p. 365 f.

ISSN 2036-7821

The jurisprudential evolution of the Court of Justice has decisively influenced the case law national jurisprudence with regard to combating the phenomenon of abuse of rights and the criteria for its identification.
In Community law, the concept of 'abuse of rights' originates from a well-established series of of decisions of the Court of Justice in which it has affirmed the general principle (valid for all areas of law) that the formal and literal application of Community rules cannot extend to the protection of abusive practices. Community rules cannot extend to the protection of abusive practices by economic operators. economic operators.
The Court of Justice has in fact developed an autonomous notion of abuse of tax law first with reference to the regulation of VAT, stating that a taxable person does not have the right
right to deduct input VAT if 'the transactions giving rise to that right constitute abusive conduct abusive conduct' (judgment of 21.2.2006, Case C-255/02, Halifax) and subsequently with regard to the field of direct taxes, holding that the restrictive fiscal effect with respect to the freedom of establishment of the company is not allowed "unless it concerns wholly artificial arrangements intended to evade the national tax normally due' (judgment of 12.9.2006, Case C-196/04, Cadbury Schweppes).[140]
The Court of Justice thus reiterates in the tax field the same concepts already expressed in general general principle by stating that the abusive transaction must be recognised
by reason of a subjective element (the aim of obtaining a tax advantage contrary to the Community rules) to be identified, however, on the basis of a series of objective circumstances.
The abuse of rights is therefore qualified by the recurrence of two characterising elements:
1. the objective circumstances indicating the lack of a concrete economic motivation for the activity other than that of obtaining an undue advantage;
2. the abusive purpose that consists in the aim of obtaining an advantage not provided for by the Community legislation.
Although references to the prohibition of abusive tax transactions can be found in various rules aimed at countering fraudulent behaviour of taxpayers with respect to

[140] For a better understanding and a better international taxation case law overview cfr. F. ARAMINI, Partner, Studio CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni, *L'abuso del diritto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia CE. La giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di imposte dirette*, 2009, R. BETTI, G. SBARAGLIA, *L'abuso del diritto in materia tributaria: la giurisprudenza comunitaria*, "il fisco", fascicolo 1, 39/2011.

ISSN 2036-7821

the application of Community rules, the notion of abuse of rights finds its substratum in a comprehensive manner from EU case law.[141]

The Court of Cassation therefore readjusted the case law followed by the Court of Justice and emphasised the essentiality of the aim of obtaining a tax advantage as a decisive index for the recognition of abusive conduct. decisive indicator for the recognition of abusive conduct. As has been made clear in course of the present discussion, the path followed by the Italian Supreme Court in transposing of the principle of abuse of rights, must be taken as a guarantee of the degree of interdependence between the domestic legal system and the Community legal system.

In the European legal system there was no specific anti-abuse rule that has instead become established as a jurisprudential principle. established as a jurisprudential principle and later as a soft-law rule in the Commission Recommendation of 6 December 2012 on aggressive tax planning. aggressive tax planning.

In the years to come, these issues have acquired an increasingly significant role in the international and domestic legal debate. Taking the cue provided by the aforementioned Recommendation Commission Recommendation and adapting to the provisions of the Parent-Subsidiary Directive, Italy has equipped itself with its own, autonomous general anti-abuse rule.[142]

Therefore, when transposing the ATAD Directive, the national legislature did not have to adapt itself to to the provision in Article 6 concerning the obligation to introduce the anti-abuse clause because the Italian tax system already had a rule in that specific field.

In order to draw some concluding remarks concerning the judgement of the Cadbury Schweppes we could generally affirm that the parent company has previously identified a business objective and, having a plurality of economic-legal paths, settles on the one that, on the whole, is most attractive from a tax point of view. Instead, we are in the presence of

operations knowingly scrutinised through the lens - the only lens! - of the fiscal impact on wealth constituting income: these are choices of location territorial location of production activities that rely solely on the tax advantages offered by a Member State other than that in which the parent company is resident.

---

[141] M. BEGHIN, *La senzenza Cadbury schweppes e il malleabile principio della libertá di Stabilimento*, in Rassegna tributaria, 2007, 3, 983 ss; E. DELLA VALLE, *Tassazione degli utili della società controllata e rispetto del diritto di stabilimento*, in "Corr. trib.", 2006, pagg. 3347 e

[142] For a better understanding and a better international taxation case law overview cfr. F. ARAMINI, Partner, Studio CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni, *L'abuso del diritto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia CE. La giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di imposte dirette*, 2009, R. BETTI, G. SBARAGLIA, *L'abuso del diritto in materia tributaria: la giurisprudenza comunitaria*, "il fisco", fascicolo 1, 39/2011.

ISSN 2036-7821

The reasoning that can be deduced from the first part of the judgment is, in this perspective, of disarming simplicity: the principle of freedom of establishment does not prevent companies resident in a Member State from taking advantage, 'in the light of the day', of favourable provisions in force in other Member States.
The search for the most advantageous location in terms of tax effects is in no way hindered, according to a scheme that is apparently similar to that employed in Italy on the side of the application of the general anti-avoidance clause.
The statement seems pertinent.
Indeed, although the most recent domestic case law[143] has brought to light the legal principle according to which, in the presence of company operations unequivocally aimed at tax savings, it would be lawful to react through the application of civil law instruments and not of anti-avoidance clauses of a fiscal nature. I fully agree with the dominant doctrine according to which the mere search for the least onerous transaction for tax purposes does not provide for reactions by of the legal system as long as the advantages achieved can be considered systematic.[144]
This is precisely the line of argumentation on which the first part of the judgment is based: what is portrayed as an operation 'in conformity with the system' is in fact that
consisting in exploiting the asymmetries between the (non-harmonised) provisions that, within the EU Member States, allow to minimise the impact of income tax. More simply, according to the Court, the advantage connected with the particular extraterritorial location of the production structure does not constitute an abuse of the freedoms guaranteed by Community law.[145]
On the one hand, it is evident how, in allowing the best tax location of subsidiaries, the Court accepts the idea that, for the same overall wealth produced by parties linked by shareholding relationships, the tax incidence may take on an unequal consistency by virtue of, precisely of the concrete dislocation of income-producing structures.
Territorial choice thus becomes the vehicle - a legitimate vehicle - for differentiating the tax burden.

---

[143] For an overview concerning the sustainability and incentive tax policy cfr. A. URICCHIO, *Sustainability and incentive tax policies*, in Caterino D. and Ingravallo (eds.), *L'impresa sostenibile alla prova del dialogo dei saperi, Dialogi Europaei*, 2020; A. URICCHIO (2020). *Sustainable reclamation in the new Charter of Principles presented by the Minister of the Environment*, in AmbienteDiritto, no. 3/2020.

[144] M. BEGHIN, *La senzenza Cadbury schweppes e il malleabile principio della libertá di Stabilimento*, in Rassegna tributaria, 2007, 3, 983 ss; E. DELLA VALLE , *Tassazione degli utili della società controllata e rispetto del diritto di stabilimento*, in "Corr. trib.", 2006, pagg. 3347 e seg.

[145] M. BEGHIN, *La senzenza Cadbury schweppes e il malleabile principio della libertá di Stabilimento*, in Rassegna tributaria, 2007, 3, 983 ss; E. DELLA VALLE , *Tassazione degli utili della società controllata e rispetto del diritto di stabilimento*, in "Corr. trib.", 2006, pagg. 3347 e seg.

ISSN 2036-7821

On the other hand, however, the principle coined by the Luxembourg court raises the question of the survival of anti-abuse provisions (such as, precisely, the CFC on CFCs), which, at least from the point of view of an initial framing of the discipline, would have no reason to exist in a system centred on an intangible right of freedom of establishment.

In fact, taking as a starting point the fact that the parent company can place its pawns anywhere on the European chessboard, it would seem unreasonable to envisage rules aimed at opposing such choices of appropriate territorial dislocation.

In accordance with the judgment of the Court of Justice in Cadburry Schweppes and on the implementation of Article 7(2)(a)(2) of the ATAD, the legislature, by means of § 8(2)Act on Taxation in Foreign Relations (AStG) introduced an activity test to justify the restriction of freedom of establishment on proportionate grounds. Notwithstanding paragraph 1, a foreign company shall not be an intermediary company in respect of income for which it is established that the company carries out a substantial economic activity in the State in which it has its registered office or management.

This presupposes, in particular, the use of the material and human resources necessary for the performance of the activity in that State. The activity must be carried out independently by sufficiently qualified personnel.

The essential economic activity of the company is to be attributed only to the company's income generated by that activity and only to the extent that the arm's length principle (§ 1) has been observed. Sentences 1 to 3 shall not apply if the company has its essential economic activity carried out predominantly by third parties.

One of the fundamental principles of German tax law is the separation principle, according to which corporations are tax entities to be separated from their shareholders and are taxed independently from them.

If a legal person has its exclusive tax link abroad, the income generated by that company is not taxable in Germany even if the company's shareholders are partly or even wholly resident in Germany.

Such income shall be taxed only if they arrive at the shareholders as distributions of profits. As a result, a taxpayer who engages in an activity indirectly through a foreign corporation and accumulates his profits therefore fully benefits from lower taxation abroad.

Non-acquired profits are privileged in the event of distribution by Paragraph 32d of the EStG or Paragraph 3(40) of the EStG and Paragraph 8b of the KStG.

If, on the other hand, the taxpayer directly carries out his activities abroad without establishing a permanent establishment, he does not benefit from the international

ISSN 2036-7821

tax differential and his income is fully taxed on account of the world income principle.[146]

In order to contain tax arrangements resulting from this situation, the additional taxation of Paragraphs 7 et seq. of the AStG created an exception to the principle of separation. Accordingly, the shielding effect of the legal person is broken if it is misused to reduce the domestic tax burden by shifting income to an intermediate non-transparent company established in a low-tax country.

According to these arrangements, an intermediary company established in a low-tax country exists where unrestricted taxpayers are directly or individually owned by at least 50 % in a foreign company and the profits of that company are subject to taxation of less than 25 % (Paragraph 8(3) of the AStG).

A further condition is that the company earns "passive" income, all income being regarded as "passive" which is not expressly covered by the activity catalogue of Paragraph 8(1) of the AStG. If the conditions for additional taxation are met, it is assumed, for the purposes of German taxation, that the unrestricted taxpayer's shareholder directly generated the passive income of the foreign intermediary company in the amount of its shareholding ratio.

The provisions of Paragraph 32d of the EStG, Paragraph 3(40) of the EStG and Paragraph 8b of the KStG do not apply to the taxation of the additional amount thus determined. As a result, an additional tax burden eliminates the tax advantages resulting from the shielding effect and the lower taxation of the legal person abroad. Domestic shareholders are taxed as if they had received their income directly, whereby foreign taxes can be calculated on income and corporation tax under Paragraph 12 of the AStG.[147] According to the prevailing opinion, the additional amount is also subject to trade tax,[148] excluding the offsetting of taxes paid abroad against the trade tax.[149]

Additional disadvantages arise from the application of Paragraph 3c(2) of the EStG, which means that 40 % of the expenditure relating to the holding of shares in the intermediate company with the shareholding in the intermediate company is subject to a prohibition on deduction in the case of shareholders subject to income tax (Section 10(2), fourth sentence, of the AStG). In addition, under Paragraph 3(41) of the EStG, actual distributions of the added profits are to be made exempt only if the

---

[146] J. MAIER, *Die steuerlichen Implikationen der Mobilitätsgarantien des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU*, p. 55 ss.

[147] G. PROTZEN, *§ 7 AStG, Steuerpflicht inländischer Gesellschafter*, in G. KRAFT (edited by), *Außensteuergesetz: AStG*, paragraph 8.

[148] Compare A 38 Abs. 1 Satz 6 Nr. 2 GewStR; BUNDESFINANZHOF, Urteil v. 21.12.2005, I R 4/05, in IStR, 2006, 457; with a different opinion Th.RÖDDER, *Ist der Hinzurechnungsbetrag gewerbesteuerpflichtig*, in IStR, 2009, p. 873 (877).

[149] G. HÖRNICKE- G. KRAFT, *Außensteuerrecht: Die zweifelhafte Unionsrechtskonformität des § 8 Abs. 3 AStG*, ISR 2022, p. 1 ff.

ISSN 2036-7821

distribution takes place within seven years and the taxable person proves that the additional tax is taxed. There were serious doubts as to the compatibility of the additional taxation with EU law when the Free Movement Agreement was concluded.[150]

However, it was only after the ECJ in Cadbury Schweppes had dealt with the British counterpart to the German tax system that the German legislature was obliged to act.[151] In the aforementioned case, the CJEU had ruled that the inclusion of the income of a foreign subsidiary in the tax base of its unrestricted taxable partners was not compatible with EU law, provided that the involvement of the foreign subsidiary was not a "purely artificial arrangement".[152]

In response to that judgment, the German legislature introduced the provision of Paragraph 8(2) of the AStG. Accordingly, if the intermediate company is established in an EU/EEA country, the taxable person concerned may, under certain circumstances[153], prove that there is no abusive arrangement in this particular case.

To that end, the taxpayer must demonstrate that the foreign company carries out an "actual economic activity" in its State of residence and has a sufficient level of foreign substance. If such proof is successful, the company in question is not to be classified as an intermediate company and no additional taxation is required. The possibility of proof of discharge is granted only if the intermediate company has its registered office in an EU/EEA country.

Furthermore, pursuant to the third sentence of Paragraph 8(2) of the AStG, there is no possibility of counter-proofing in respect of interim income obtained through sub-companies or permanent establishments in third countries. Although there were obviously considerations in the run-up to the reorganisation as to whether the possibility of a counter-proof under the free movement agreement should also be opened for companies established in Switzerland,[154] these were not included in the text of the law.

Thus, even here, privileges of EU/EEA behaviour, which makes EU law necessary, were not transferred to Switzerland. The question therefore arises as to the extent to

---

[150] H. HAHN, *Das ICI-Urteil des EuGH und die Hinzurechnungsbesteuerung gema~ß §§ 7 ff. AStG*, in IStR, 1999, p. 609 ss.; W. SCHÖN, *Hinzurechnungsbesteuerung und Europa~isches Gemeinschaftsrecht*, in DB, 2001, p. 940 ss.

[151] European Court of Justice, Grand Chamber, judgement 12 september 2006, C-196/04.

[152] J. MAIER, *Die steuerlichen Implikationen der Mobilita~tsgarantien des Freizu~gigkeitsabkommens Schweiz-EU*, p. 55 ss.

[153] Compare European Court of Justice, Grand Chamber, judgement 12 september 2006, C-196/04. The question presented in another proceeding, whether § 20 Abs. 2 AStG is contrary to EU law, but was denied by the ECJ (compare EuGH, Urteil v. 06.12.2007, Rs. C-298/05, Slg. 2007, I-10451 - Columbus Container Services, Rz. 57; a.A. noch SA des GA Mengozzi v. 29.03.2007, Rs. C-298/05 - Columbus Container Services, Rz. 199). The subject of the proceedings was the taxation of the German shareholders of a comman dit company under Belgian law, which had its registered office in Belgium and was taxed there as a centre of coordination.

[154] J. SCHÖNFELD, vor §§ 7-14, in H. FLICK – F. WASSERMAYER – H. BAUMHOFF – J. SCHÖNFELD, *Außensteuerrecht Kommentar*(AStG), paragraph 246.

ISSN 2036-7821

which this is compatible with the free movement agreement. In the literature, this question has already been asked occasionally, but has not been answered exhaustively. However, since the freedom of establishment does not apply in relation to third countries, the legislature considers that there is nothing to prevent a territorial restriction of the activity test to EU and EEA Member States pursuant to paragraph 8(3) of the AStG. According to the aforementioned paragraph 8 (3) AStG Paragraph 2 shall apply only if the foreign company has its registered office or its management in a Member State of the European Union or a State party to the EEA Agreement. In the light of the case-law of the CJEU in Case X, Limited Liability Company, it is explained above that the additional taxation pursuant to Paragraphs 7 to 13 AStG also in its recast form in the version of the Act implementing the Anti-Tax Avoidance Directive (— ATADUmsG) restricts the free movement of capital.

In this perspective we should recall Paragraph 7 (1) of the AStG states, that where an unlimited taxpayer controls a corporation, association of persons or property within the meaning of the Corporation Tax Act, which has neither its head office nor its head office in Germany and which is not exempt from corporation tax liability pursuant to Section 3(1) of the Corporation Tax Act (foreign company), the income for which that company is an intermediary company shall be taxable on the basis of the unlimited taxpayer's direct and indirect participation in the nominal capital.

Indirect shareholdings are irrelevant to the tax liability referred to in the first sentence, as far as, in the case of a person mediating the holding in that foreign company, additional taxation has been made in accordance with this Act or a comparable foreign scheme and the income added there from is therefore not subject to a low overall taxation within the meaning of Section 8(5).

If the shareholding in the nominal capital of the foreign company is not decisive for the distribution of profits of the foreign company or if the company has no nominal capital, the income referred to in the first sentence shall be taxed based on the profit distribution criterion.

The first to third sentences shall also apply to a limited taxpayer in as far as the shareholding in the foreign company is directly or indirectly attributable to a resident permanent establishment of the taxpayer through which an activity within the meaning of Section 15(2) of the Income Tax Act is carried out.

Moreover paragraph 7 (2) AStG states that, control within the meaning of paragraph 1 shall apply where, at the end of the marketing year in which the foreign company received the income referred to in paragraph 1 (the relevant marketing year), more than half of the voting rights or more than half of the shares in the nominal capital are attributable to the taxpayer alone or with him or more than half of the shares in

ISSN 2036-7821

the nominal capital, or directly or indirectly entitled to more than half of the profit or liquidation proceeds of that company.[155]
The concept of dominance laid down in Paragraph 7(1) and (2) of the AStG does not focus exclusively on a certain influence, so that the freedom of movement of capital is not suppressed by the freedom of establishment without any individual consideration which is inadmissible in the case of a third country.
Such an individual consideration is nevertheless required in the specific case of third countries in Switzerland.
The free movement of capital under Article 63 TFEU may be superseded, in particular in relation to Switzerland, by the right to freedom of establishment under Article 4, which states that Nationals of a Contracting Party and members of their families shall have the right to remain in the territory of the other Contracting Party after the end of their gainful employment, in conjunction with Article 12 et seq. of Annex I to the FZA, provided that the protection conferred by the FZA is open, in particular by reference to the natural persons entitled to the agreement.
In this case, a restriction on the right of establishment can be seen.[156]
There is no justification for the prevention of tax abuse in the light of the lack of proportionality.[157]
Some theses emerge and may be summed up as a result of this work, which will be highlighted in the following.[158] Unlike the EEA Agreement, the Agreement on the Free Movement of Persons does not intend to fully integrate Switzerland into the internal market.[159]
There is no comprehensive guarantee of the four freedoms. Instead, the free movement of persons is liberalised in isolation based on an international treaty.
To this end, the agreement contains provisions that reproduce the relevant aspects of the Community law in force at the time of the conclusion of the agreement, whereby the text of the treaty includes many literal provisions of primary and secondary Community law. Overall, the Agreement on the Free Movement of Persons thus extends, at least in principle, the free movement rules of Union law to Switzerland, without, however, integrating them into the internal market. According to the preamble, the aim of the agreement is to realise the free movement of persons

[155] J. SCHÖNFELD, vor §§ 7-14, in H. FLICK – F. WASSERMAYER – H. BAUMHOFF – J. SCHÖNFELD, *Außensteuerrecht Kommentar*(AStG), paragraph 246.
[156] Th. COTTIER - R. MATTEOTTI, *Der Steuerstreit Schweiz-EG: Rechtslage und Perspektiven*, in: A. EPINEY – M. WYSSLING (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2006/2007*, Zürich, u.a., 2007, p. 221 ss.
[157] A. FEHRENBACHER, *Freier Personenverkehr zwischen der Schweiz und den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft - Änderungen durch das bilaterale Abkommen zur Personenfreizügigkeit*, in NVwZ, 2002, S. 1344 ff.
[158] G. HÖRNICKE - G. KRAFT, *Außensteuerrecht: Die zweifelhafte Unionsrechtskonformität des § 8 Abs. 3 AStG*, ISR 2022, p. 1 ss.
[159] J. MAIER, *Die steuerlichen Implikationen der Mobilitätsgarantien des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU*, p. 360 ss.

ISSN 2036-7821

between the European Community and Switzerland "on the basis" of the regulations applicable in the internal market.[160]

This realisation of the free movement of persons takes place on a static basis. This means that even if the Agreement on the Free Movement of Persons adopts Community regulations, this adoption is always limited to the acquis as of 21 June 1999. Switzerland thus decouples itself from the dynamic development of EU law to preserve its sovereignty.

To safeguard the objective of the agreement in the preamble, Art. 16 section 2 FMPA stipulates that, as far as terms and provisions of Community law are taken over in the agreement, these are to be interpreted with binding consideration of the case law of the ECJ on the corresponding provisions and terms in Union law.

According to the wording of the agreement, the adoption of ECJ case law is limited to the state of case law as of 21 June 1999. However, rulings handed down later are also to be considered if they do not contain any substantive extension of the acquis communautaire reached on 21 June 1999.

In addition, if the agreement is interpreted correctly, ECJ rulings in which the ECJ interprets the guarantees of Union law more narrowly after the conclusion of the agreement than in the rulings issued before the cut-off date must also be considered.[161]

The rights granted by the agreement are directly applicable and can be enforced before the national courts of the agreement states.

The supreme competence of interpretation with regard to the Member States of the European Union is vested in the ECJ. From a substantive point of view, the Agreement on the Free Movement of Persons, unlike Union law, does not provide for a general right to free movement outside the economic freedoms.

Non-employed persons are only granted a right of entry and residence subject to compliance with certain conditions. The agreement grants all workers a right to freedom of movement. In terms of content, this legal guarantee largely corresponds to the EU freedom of movement for workers according to Art. 45 TFEU.[162]

Only further developments of the acquis communautaire which took place in this area after 21 June 1999 are not taken over. The Agreement grants self-employed persons a right to market access and equal treatment with nationals. The rights granted by the agreement - at least as far as natural persons are concerned - are largely identical to those of EU law.

---

[160] A. FEHRENBACHER, *Personenfreizügigkeit zwischen den EG-Mitgliedstaaten und der Schweiz*, in Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik, 2002, p. 278 ss.

[161] G. HÖRNICKE - G. KRAFT, *Außensteuerrecht: Die zweifelhafte Unionsrechtskonformita*‿*t des § 8 Abs. 3 AStG*, ISR 2022, 1-10; J. MAIER, *Die steuerlichen Implikationen der Mobilita*‿*tsgarantien des Freizu*‿*gigkeitsabkommens Schweiz-EU*, p. 360 ss.

[162] J. KOKOTT, *Das Steuerrecht der Europäischen Union*, Art. 45 TFEU.

ISSN 2036-7821

A significant difference is that the agreement, unlike EU law, does not grant legal persons their own right of establishment.
Discrimination against legal persons can therefore only be covered by the agreement if the corresponding unequal treatment also constitutes discrimination against a natural person behind the corporation.
The Agreement's freedom to provide services is only granted as a freedom of persons and not as a freedom of products. However, the rights to freedom of movement granted in this respect also fall short of the status of Union law. The agreement only guarantees the right to provide "short-term" services without restrictions.
The rights of the recipients of services are limited in the Agreement on the Free Movement of Persons to rights of residence and movement.
Freedom of correspondence services is not granted at all. The Agreement guarantees a comprehensive prohibition of discrimination on grounds of nationality in the areas covered by it, which is to be interpreted in accordance with the prohibition of discrimination in Union law.[163]
In addition to the prohibition of overt discrimination on grounds of nationality, it therefore also includes a prohibition of covert discrimination in which the unequal treatment is linked to criteria such as residence or domicile. It is disputed whether the agreement also guarantees a ban on restrictions in the area of the free movement of workers and the freedom of establishment.
When interpreting the agreement, there are better reasons for believing that the agreement at least also contains a ban on discrimination by the state of origin.
A corresponding interpretation of the prohibition of discrimination in Annex I should be derived from Art. 1 para. 2 Annex I FMPA (right to leave the country), Art. 2 para. 1 Annex I FMPA (guarantee of an absolute right to market access) and Art. 16 section 2 FMPA.[164]
The rights guaranteed by the Agreement establish restrictions for the national tax legislator.
The guarantees of the Agreement are comprehensive in their wording and do not contain any area exception for tax law.
Art. 9 para. 2 of Annex I of the FMPA[165] explicitly provides for the right to equal access to privileges under tax law, literally taking over Art. 7 section 2 of Regulation 1612/68. In addition, Art. 21 of the FMPA contains rules on the relationship of the

[163] A. EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens*, in ZBJV, 2005, p. 1-31.
[164] A. EPINEY, *Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit - Überblick und ausgewählte Aspekte*, in A. ACHERMANN – A. EPINEY – W. KALIN- M.S. NGUYEN,(edited by), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005*, 2005, p. 141-156.
[165] Agreement between the European Community and its Member States, of the one part, and the Swiss Confederation, of the other, on the free movement of persons.

ISSN 2036-7821

agreement to the double taxation agreements, on the comparability of taxpayers and on specific justifications under tax law, which would hardly be necessary if there were a scope exception for tax law.
Finally, the objective of the treaty also speaks in favour of such an interpretation.[166]
The prohibition of discrimination under tax law guaranteed by the Agreement is to be interpreted in accordance with Art. 16 para. 2 FMPA.
Within the scope of protection of the Agreement, it is thus in principle identical with the prohibition of discrimination under Union law.
Only a case law of the ECJ extending the rights of free movement after the conclusion of the agreement is not to be taken into account.
The provision of Art. 21 section 1 FMPA should not result in any significant restrictions of the free movement rights granted by the agreement. If interpreted correctly, the provision primarily represents an explicit adoption of the Gilly case law.
According to Art. 21 para. 1 FMPA, the agreement should have no influence on the definitions of the double taxation agreements or the allocation of taxation powers between the participating states.
The interpretation of Art. 21 section 2 FMPA is of great importance for the interpretation of the agreement.
On the basis of the wording of this provision, there are at least doubts as to whether limited taxpayers are also covered by the tax discrimination prohibitions of the agreement.
Only the inclusion of taxpayers with unlimited tax liability according to § 1 section 3 EStG[167] seems unproblematic in view of the wording of the agreement, the agreement materials and the purpose of the regulation.
The justification grounds of "effectiveness of tax supervision" and "prevention of tax evasion" are included by the agreement in Art. 21, section 3 FMPA.[168]
These are to be interpreted in the light of the ECJ case law[169] that preceded the conclusion of the agreement.
Regarding the justification of the "effectiveness of tax supervision", certain special features resulting from Switzerland's limited administrative assistance in tax matters must be taken into account.

---

[166] J. MAIER, *Die steuerlichen Implikationen der Mobilitätsgarantien des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU*, p. 371 ss.; G. HÖRNICKE - G. KRAFT, *Außensteuerrecht: Die zweifelhafte Unionsrechtskonformität des § 8 Abs. 3 AStG*, in ISR 2022, p. 1- 10.

[167] J. HOTTMANN – M. BECKERS- H. SCHUSTEK, *Einkommensteuer, § 1 section 3 EStG*, 2019.

[168] Art. 21 section 1 Agreement between the European Community and its Member States, of the one part, and the Swiss Confederation, of the other, on the free movement of persons.

[169] U. EVERLINGE, *Das Niederlassungsrecht in der EG als Beschränkungsverbot*, in, W. SCHÖN, (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk*, Köln, 1997, p. 607-625.

ISSN 2036-7821

It should be noted that Switzerland only provides administrative assistance for assessment periods from 2011 onwards to an extent that is comparable to the standard of the Administrative Assistance Directive.
In addition, the problem of Switzerland's lack of cooperation regarding mutual recovery assistance also exists for the future.
The justification of "avoiding tax evasion" is essentially identical to the corresponding justification under EU law. Only the concrete interpretation of the term "artificial arrangement" as defined by the ECJ in Cadbury Schweppes does not seem to be necessarily transferable.
The other unwritten justification grounds of Union law - the coherence argument, the principle of territoriality and the justification ground of the balanced distribution of taxation powers - are also to be adopted either in accordance with Art. 16 para. 2 FMPA or as more restrictive new case law for the Agreement on the Free Movement of Persons.
Other grounds for justification, those which the ECJ has already explicitly rejected in the context of Union law, should also have no justification in the Agreement on the Free Movement of Persons.
Another violation of the Agreement on the Free Movement of Persons is likely to be the fact that Swiss citizens, who are subject to unlimited tax liability in Germany after exercising their free movement rights, are affected by the provisions of § 2a EStG[170] regarding losses incurred in Switzerland.
In addition, the agreement prohibits the application of the provisions of § 2a EStG to EU/EEA citizens in the cases of §§ 2a, section 1, n. 1 to 4 EStG, provided that a prohibition of discrimination by the state of origin is affirmed. This applies analogously to § 2a, section 1, no. 7 EStG if an activity within the meaning of §§ 2a, abstract 1, no. 1 to 4 EStG[171] is exercised via a controlling interest in a domestic corporation.
Unlike in the cases in which a Swiss citizen is affected by the provision of § 2a EStG, not all sub-regulations of the provision fall within the scope of protection of the agreement. Finally, the application of exit taxation under section 6 of the AStG to Swiss citizens who, after having been gainfully employed in Germany, move to another EU/EEA state, or return to Switzerland is also contrary to the agreement. If the prohibition of discrimination by the state of origin is affirmed, the application of exit taxation to a German citizen who moves to Switzerland to pursue gainful employment there should also violate the agreement.

[170] § 2a Einkommensteuergesetz.
[171] W. ZENTHÖFER - U. GROBSHÄUSER – A. SCHLENK – S. SHMIDT - H. SCHUSTEK, *Einkommensteuer*, 14 Auflage, 2021.

ISSN 2036-7821

This does not apply to a move for private reasons. The corresponding tax may be assessed, but on application it is to be deferred without interest until the actual sale of the shares. In the case of a move to Switzerland, however, a deferral is only offered against the provision of collateral.

For the period prior to the revision of the double taxation agreement between Germany and Switzerland,[172] it is also justified, due to the inadequate administrative assistance provided by Switzerland up to that time, to demand complete proof of ownership of the shares from the taxpayer each year based on objectively verifiable documents.

Losses incurred in Germany between the departure and the actual sale must also be considered to reduce tax, provided that they cannot be taken into account in Switzerland.

The Agreement on the Free Movement of Persons only has a limited impact on the taxation of the transfer of income. The Agreement on the Free Movement of Persons only applies if a natural person is at[173] least indirectly established in Switzerland.

If a prohibition of discrimination by the state of origin is affirmed and the income from the self-employed activity is subject to an overall higher tax burden than in the domestic case due to the additional taxation, there is an encroachment on the agreement rights.

If, after the revision of the double taxation agreement between Germany and Switzerland, Switzerland provides administrative assistance in accordance with the OECD standard for assessment periods after 2011, an existing encroachment on treaty rights can at best be justified based on an expanded concept of abuse compared to Union law.

Such an extension of the concept of abuse could result from the fact that the very restrictive case law of the ECJ in this respect in the Cadbury Schweppes case[174] is not to be bindingly applied in the interpretation of the agreement as new case law according to Art. 16 para. 2 sentence 1 of the Agreement on the Free Movement of Persons (FMPA).[175]

---

[172] A. EPINEY, *Das Abkommen u⌣ber die Personenfreizu⌣gigkeit - U⌣berblick und ausgewa⌣hlte Aspekte*, in A. ACHERMANN – A. EPINEY – W. KALIN- M.S. Nguyen,(Hrsg.), *Jahrbuch fu⌣r Migrationsrecht 2004/2005*, 2005, p. 45 ss.

[173] A. EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH fu⌣r Anwendung und Auslegung des Personenfreizu⌣gigkeitsabkommens*, in Zeitschrift des Bern. JuristenV., 2005, p. 1 ss.

[174] Compare European Court of Justice, Grand Chamber, judgement 12 september 2006 - C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 - Cadbury Schweppes, FR 2006, p. 987 with annotations of Lieber, Slg. 2006, I-8031 paragraph 46.

[175] J. MAIER, *Die steuerlichen Implikationen der Mobilita⌣tsgarantien des Freizu⌣gigkeitsabkommens Schweiz-EU*, p. 375 ff.; G. HÖRNICKE- G. KRAFT, *Außensteuerrecht: Die zweifelhafte Unionsrechtskonformita⌣t des § 8 Abs. 3 AStG*, ISR 2022, 1- 10.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Profili problematici del potere di convalida

di Augusto Di Cagno

(Ricercatore di tipo A di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro)

Sommario

1. Premessa introduttiva a uno studio sulla convalida. - 2. Le questioni sottese al fondamento del potere di convalida. - 3. La natura della convalida e i rapporti con gli altri poteri di riesame a esito conservativo. - 4. La convalida e i suoi rapporti con l'annullamento dell'atto. - 5. La natura discrezionale della convalida. - 6. La retroattività della convalida. - 7. La convalida del "*provvedimento annullabile*". - 8. L'interesse pubblico alla convalida. - 9. La convalida del "*provvedimento non annullabile*" ai sensi dell'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990. - 10. Il "*termine ragionevole*" della convalida. - 11. La convalida in corso di giudizio… - 12. … e del vizio di motivazione. - 13. Ulteriori profili evolutivi: sull'applicabilità dell'art. 10 bis alla convalida

Abstract

The essay analyzes the "convalida" power of the administration. This is a topic to which legal science has recognized less attention than the power of re-examination with a demolishing outcome. However, numerous doubts remain about the basis of the "convalida" power, its qualification, its relationship with the cancellation by the administration, as well as the conditions and scope of the review with a conservative outcome. There are still many controversial issues connected to these issues, such as that relating to the defects for which "convalida" is possible or that of the admissibility of "convalida" in court. Finally, the essay proposes to offer an essential framework of the issues that constitute the more general "convalida problem", attempting to offer some conclusive reflections and solutions on the subject, also in the light of the most recent jurisprudential and legislative interventions.

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa introduttiva a uno studio sulla convalida.

Il tema della convalida del provvedimento amministrativo illegittimo impone di inquadrare più in generale il potere, di cui dispone l'amministrazione, di riesaminare-revisionare precedenti atti amministrativi rivedendone gli effetti. Gli esiti del riesame sono diversi e possono consistere nell'annullamento, nella revoca, nella conferma, nella riforma o, per l'appunto, nella conservazione dell'atto. La convalida costituisce la particolare esplicazione di un potere di secondo grado, con il quale l'amministrazione interviene su un atto amministrativo illegittimo eliminandone il vizio che lo inficiava e consolidandone in via definitiva gli effetti[1].

Il potere di riesame è stato oggetto di una costante e diffusa attenzione da parte della scienza giuridica che ha studiato gli elementi essenziali della categoria offrendo soluzioni diverse alle questioni sottese, tra le quali, anzitutto, quella relativa alla sua ammissibilità e al suo fondamento[2] e alla sua classificazione come autotutela ovvero quale potere di secondo grado[3].

Analizzando la letteratura sul tema, su un piano anche solo quantitativo, gli scritti dedicati al potere di riesame con effetto demolitorio[4] appaiono decisamente più

---

[1] G. SANTANIELLO, *Convalida (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 503

[2] Ammissibilità e fondamento del potere di riesame sui quali si discuteva, specie prima dell'introduzione nel 2005 delle norme di legge (artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241/90) che hanno espressamente attribuito all'amministrazione i poteri di annullamento, revoca e convalida.

[3] Si vedano, tra gli altri, F. BENVENUTI, voce *Autotutela*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 537 ss.; G. CORAGGIO, voce *Autotutela* (dir. amm.), in Enc. Giur. Treccani, IV, 1988; G. CORSO, *Autotutela* (dir. amm.), in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, pp. 609 e ss. Sul tema, B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in AA.VV., *Trattato di Diritto Amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto Amministrativo parte generale*, I, Milano, 2003, p. 935

[4] *Ex multis*, specialmente sul tema dell'annullamento e della revoca d'ufficio, E. CANNADA BARTOLI, *Annullabilità e annullamento*, in Enc. dir., II, Milano, 1958; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 206 e ss.; A.CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo, I, Annullamento e revoca tra posizioni "favorevoli" e interessi sopravvenuti*, Napoli, 1991; A. CORPACI, *Ritiro e rimozione del provvedimento amministrativo*, in *Dig. disc. Pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 477 e ss.; E. FERRARI, *Revoca nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. Pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 333 ss.; G.BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. Amm.*, 2002, fasc. 4, pp. 689 e ss.; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; R. CHIEPPA, *Provvedimenti di secondo grado* (dir. amm.), in *Enc. Dir. Annali*, II, Tomo II, Milano, 2008, pp. 910 e ss.; M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2008, pp. 329 e ss.; G. MANFREDI, *Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 316 e ss.; G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo*, Milano, 2013; avendo riguardo alle modifiche normative che hanno interessato gli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990, P. L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la l. n. 164/2014 (Qualche passo verso la doverosità?)*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2014, 6, 21 e ss.; P.L. PORTALURI, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della p.A.: l'autotutela (profili interni e comunitari)*, in *federalismi.it*, 2016; M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2016, pp. 99 e ss.; C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pp. 1175 e ss.; R. DE NICTOLIS, *L'autotutela provvedimentale di annullamento degli atti illegittimi tra principi costituzionali, regole e eccezioni*, in *www.sipotra.it*, 22 novembre 2017; F. FRANCARIO, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *www.federalismi.it*, 2017; sul tema del legittimo affidamento del singolo anche in connessione con i poteri di riesame si veda F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; si vedano altresì F.TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e*

ISSN 2036-7821

numerosi rispetto a quelli relativi alla convalida dell'atto amministrativo e alla sanatoria più in generale[5]. Del pari, anche guardando ai provvedimenti in concreto adottati dall'amministrazione, si registra una netta prevalenza di provvedimenti amministrativi di riesame con esito demolitorio rispetto a quelli con esito conservativo. E ciò nonostante si tenda ad affermare, come si dirà oltre, che, nella scelta del provvedimento di secondo grado, l'amministrazione dovrebbe preferire l'adozione di atti di sanatoria rispetto all'annullamento e alla revoca[6].

Circa le ragioni della "frequenza-prevalenza" del tema dell'autotutela demolitoria rispetto a quella conservativa, si potrebbe affermare che la maggiore attenzione dedicata dalla scienza giuridica al riesame con esito demolitorio deriverebbe dalle particolari implicazioni dell'annullamento e della revoca dell'atto amministrativo rispetto alle posizioni giuridiche dei singoli; i quali, nell'ipotesi tipica del provvedimento di secondo grado che rimuove un atto favorevole, vedono sottrarsi il bene della vita acquisito. E da qui il tema del rapporto spesso conflittuale tra il potere-dovere assegnato all'amministrazione di curare costantemente l'interesse

---

l'affidamento del cittadino, in *Dir. Amm.*, 2005, fasc. 5, pp. 843 e ss.; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. Renna, F.Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 159 e ss.; A.TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. Pubb.*, 2018, 1, pp. 121 e ss.; Sul tema dell'esaurimento del potere di riesame si veda la monografia di M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018; quanto invece ai profili di efficacia nel tempo dell'atto amministrativo, con interessanti riflessioni proprio con riguardo alla retroattività della convalida, si veda G.D. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, fasc. 1, p. 1 e ss.

[5] Nello specifico, è interessante rilevare come l'unico scritto monografico dedicato esclusivamente alla convalida, peraltro piuttosto risalente nel tempo, sia quello di P. RAVÀ, *La convalida degli atti amministrativi*, Padova, 1937. Tra i contributi, che hanno dedicato attenzione specifica al tema della convalida oppure se ne sono occupati nel contesto più ampio dei provvedimenti di secondo grado ovvero della sanatoria dell'atto amministrativo, ovvero ancora avendo riguardo a questioni applicative come quella della convalida in corso di giudizio, si vedano in particolare G. SANTANIELLO, *Convalida (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, pp. 503 ss.; L. MAZZAROLLI, *Convalida dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, pp. 404 e ss.; V.CERULLI IRELLI, *Convalida in corso di giudizio e tutela della pretesa sostanziale*, in Giorn. Dir. Amm., 2002, 6, pp. 641 e ss.; G. TROPEA, *La c.d. motivazione «successiva» tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2003, fasc. 3, pp. 531 e ss.; V.ANTONELLI, *La convalida del provvedimento annullabile e la riforma della legge sul procedimento amministrativo*, in *Foro amm. Cds*, fasc. 7-8, 2005, pp. 2214 e ss.; M. D'ORSOGNA, *Sanatoria del provvedimento amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 5406 e ss.; G. MANNUCCI, *Della convalida del provvedimento amministrativo*, in *Dir. Pubbl.*, 2011, 201 e ss.; A. PRONTERA, *La convalida del provvedimento amministrativo. Spunti ricostruttivi*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2013, 1, pp. 203 e ss.; F. COSTANTINO, *La convalida del provvedimento*, in A. Romano (a cura di) *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 897 ss.; A.G. PIETROSANTI, *La convalida del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di) Princìpi e regole dell'azione amministrativa, 3 ed. Milano, 2020, 501 ss.

[6] Sul punto, *ex multis*, cfr. B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, pag. 403 e 404; L. ACQUARONE, *Attività amministrativa e provvedimenti amministrativi*, Genova, 1995, p. 187; R.VILLATA, *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Tomo II, Bologna, p. 1540; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in AA.VV., *Trattato di Diritto Amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto Amministrativo parte generale*, I, Milano, 2003, p. 939; F. COSTANTINO, *La convalida del provvedimento*, in A. Romano (a cura di) *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 897; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, pp. 49 e ss.

ISSN 2036-7821

pubblico anche tramite provvedimenti di riesame e l'esigenza di salvaguardare i valori della certezza dei rapporti tra amministrazione e privato e della tutela dell'affidamento del singolo.

Come sottolineato anche dai principali studi sull'annullamento e sulla revoca d'ufficio, si pone una relazione, spesso problematica, tra, da una parte, l'interesse pubblico sotteso al provvedimento di riesame, spesso qualificato, anche dalla giurisprudenza, come interesse di tale portata da essere "in re ipsa" e imporre l'autotutela come "doverosa"[7], e, dall'altra parte, la tutela delle ragioni portate dalla più amplia platea degli operatori economici, dei privati e dei destinatari dell'atto, che hanno confidato sulla stabilità del provvedimento[8].

Sotto altro versante, il maggiore interesse destato nella dottrina e nella giurisprudenza dal riesame demolitorio si può spiegare, anche su un piano più squisitamente pratico-applicativo, ove si considerino i diversi effetti portati dall'autotutela demolitoria rispetto a quella conservativa.

La prima, infatti, ha certamente una sua portata lesiva autonoma per l'affidamento del privato. Nell'ipotesi di annullamento o di revoca d'ufficio di un atto amministrativo favorevole, il provvedimento di riesame produce nel destinatario un effetto negativo nuovo e contrapposto alla posizione giuridica di vantaggio acquisita

[7] Sul tema si segnalano *ex multis* G. MANFREDI, *Annullamento doveroso?*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2017, n. 1; N. POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e della Adunanza Plenaria n. 8 del 2017), in federalismi.it*, 2017, n. 20; M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, n. 1; S. TUCCILLO, *Autotutela, potere doveroso*, in *www.federalismi.it*, 2016, n. 16; N. POSTERARO, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso*, in *www.federalismi.it*, 2017; M.ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018; per una ricostruzione delle teorie sul tema si veda anche M. SILVESTRI, *Potere pubblico e autotutela amministrativa*, Torino, 2021, in particolare pp. 33 e ss.; N.DURANTE, *L'autotutela doverosa*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2022. Le fattispecie di annullamento definite come "*doverose*" per l'esistenza di un interesse pubblico in *re ipsa*, sono state proposte dalla giurisprudenza nelle ipotesi più varie, come quella in cui il destinatario di un atto amministrativo abbia indotto in errore la p.a. nell'adozione dell'atto con una falsa rappresentazione (cfr. TAR Puglia, Bari, sez. III, 27 luglio 2021, n.1206; TAR Salerno, sez. II , 05 gennaio 2021 , n. 18), ovvero l'ipotesi di atto amministrativo in manifesto contrasto con la normativa edilizia e urbanistica o dell'atto che determina un illegittimo e significativo esborso di denaro pubblico o, ancora, del provvedimento in contrasto con il diritto unionale. Di recente si segnala anche la sentenza del Cons. Stato, sez. V, 14 febbraio 2022, n. 1036 in tema di rapporto tra parere di precontenzioso non vincolante *ex* art. 211 del d.lgs. n. 50 del 2016 ed esercizio del potere di riesame.

[8] A tal riguardo, senza riprodurre la vastissima letteratura scientifica che ha dedicato lo studio ai profili del rapporto tra istanze di interesse pubblico sottese all'esercizio del potere di autotutela e certezza delle posizioni giuridiche, si può comunque rilevare come il dibattito abbia acquisito una rinnovata vitalità proprio all'indomani delle modifiche degli artt. 21-*nonies* e 21-*quinquies* da parte del decreto legge n. 133 del 2014, convertito in legge n. 164 del 2014 e dalla legge n. 124 del 2015, finalizzate a garantire una maggiore stabilità all'atto amministrativo. In particolare, la principale innovazione è stata l'introduzione del limite temporale di diciotto mesi (poi abbreviato a dodici mesi con il d.l. n. 77/2021 conv. in l. n. 108/2021) all'esercizio dell'annullamento d'ufficio, che ha indotto taluno a sostenere l'esaurimento del potere di autotutela dell'amministrazione allo spirare del termine (così M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo* cit., pp. 194 e ss.) ovvero ad affermare la natura dell'autotutela come potere "eccezionale" (così F. FRANCARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *www.federalismi.it*, 2015).

ISSN 2036-7821

con l'atto di primo grado. Pertanto, l'annullamento e la revoca d'ufficio sono anche spesso fonte del contenzioso più ricorrente, dal quale scaturiscono i principali e più frequenti problemi applicativi sui quali si concentrano dottrina e giurisprudenza, tra i quali spicca, anzitutto, la questione della tutela del singolo e del legittimo affidamento riposto nella stabilità dell'atto oggetto di riesame.
Diversamente e su un fronte opposto, la convalida, e più in generale l'autotutela conservativa, determinano come principale conseguenza la sanatoria di un precedente atto amministrativo viziato, i cui effetti si sono già prodotti e, una volta eliminato il vizio dell'atto, vengono solo consolidati dal provvedimento di secondo grado, che non vi aggiunge un *quid novi*. In altri termini, i destinatari dell'atto subiscono la lesione della propria sfera giuridica già in conseguenza del provvedimento di primo grado rispetto al quale, sempre in termini di efficacia dell'atto, la convalida successiva non apporta nulla di nuovo se non, appunto, l'eliminazione della causa di invalidità del provvedimento oggetto di riesame. Pertanto, le questioni connesse alla tutela delle posizioni giuridiche dei destinatari dell'atto tendono a concentrarsi nella fase di "primo grado" e sugli effetti dell'atto oggetto di riesame e, dunque, prima e indipendentemente dalla convalida successiva. Se ciò vale in termini generali, molteplici sono le ragioni per dedicare uno studio alla convalida dell'atto amministrativo.
Anzitutto, esaminando alcune delle fattispecie concrete nelle quali può intervenire, anche la convalida dell'atto amministrativo può determinare un pregiudizio alle posizioni dei singoli; basti pensare all'ipotesi in cui la convalida intervenga in corso di giudizio di impugnazione dell'atto, ove si pongono ulteriori questioni circa l'ammissibilità della sanabilità di vizi come quello di motivazione, nonché il rapporto tra interesse pubblico alla conservazione dell'atto, il processo amministrativo e la pretesa del privato a una pronuncia di annullamento dell'atto illegittimo.
Inoltre, si pongono ancora dubbi, tra i quali quelli riguardanti il fondamento, i presupposti, l'ambito applicativo, il contenuto e l'efficacia della convalida, il suo carattere discrezionale, la sua retroattività, e i suoi rapporti con altre fattispecie di riesame e, specialmente, con l'annullamento d'ufficio; dubbi che non sono risolti dal legislatore ma, anzi, sono aggravati nell'ambito del contesto normativo poco chiaro nel quale si inserisce la convalida.
Come si dirà, infatti, su un piano strettamente letterale, l'art. 21-*nonies*, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241, contiene una disposizione generica che si limita a far salva la "*possibilità*" di convalida senza, per l'appunto, definire il significato dei concetti giuridici indeterminati, ivi richiamati, quali quello di "*provvedimento annullabile*", delle "*ragioni di interesse pubblico*" e del "*termine ragionevole*" . Mentre, su un piano sistematico, il secondo comma sulla convalida, inserendosi tra il primo comma e il comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies*, della legge n. 241/1990 sul potere di

ISSN 2036-7821

annullamento d'ufficio, rischia di privare l'istituto di una sua autonomia rispetto all'autotutela demolitoria, con conseguenti incertezze sull'ambito e sui presupposti applicativi della convalida[9].
Infine, proprio confrontandola con l'annullamento d'ufficio, si può apprezzare l'importanza della convalida quale potere tipico dell'amministrazione e ad essa sola riservato. L'annullamento dell'atto compete, infatti, anche al giudice amministrativo e anzi rientra proprio tra gli esiti tipici del giudizio amministrativo, che tradizionalmente è un giudizio impugnatorio e diretto all'eliminazione dell'atto viziato. La convalida, invece, proprio perché espressione di una funzione amministrativa attiva diretta alla cura dell'interesse pubblico, consistente proprio nella riproduzione di un atto invalido emendato da un vizio, rientra nelle attribuzioni riservate solo all'amministrazione e pertanto non può essere né chiesta né disposta dal giudice[10].

2. Le questioni sottese al fondamento del potere di convalida

Ciò posto, uno studio sulla convalida deve porsi il preliminare obiettivo di ricercare il fondamento giuridico del relativo potere e della sua attribuzione all'amministrazione per poi individuare l'insieme di regole che ne disciplinano l'esercizio[11].
Il problema del fondamento giuridico dei provvedimenti di secondo grado, in generale, e della convalida, in particolare, potrebbe apparire ormai risolto dalla legge n. 15 del 2005 che con gli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della l. n. 241/1990, ha ormai tipizzato il potere amministrativo di "riesaminare-revisionare"[12] d'ufficio precedenti atti[13] tramite l'annullamento, la revoca e la convalida.

---

[9] Come sostenuto da R. CHIEPPA, *Provvedimenti di secondo grado* cit., p. 938 secondo cui "*la collocazione all'interno dell'art. 21-nonies non è causale, in quanto annullamento di ufficio e convalida sono accomunati dal fatto di costituire il riesame di provvedimenti amministrativi illegittimi e si differenziano per l'esito di tale riesame, eliminatorio nel primo caso, conservativo nel secondo*".

[10] Cfr. M. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, II ed., p. 695 che richiama Cons. Stato, sez. VI, 20 giugno 1983, n. 532, in *Cons. Stato,* 1983, 793. Diverso è il caso della c.d. convalida implicita che sussisterebbe allorché venga accertato con sentenza passata in giudicato l'insussistenza di vizi di legittimità dell'atto con conseguente rigetto del ricorso per l'annullamento dell'atto; M. BREGANZE, voce *Sanatoria dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Roma, 1991, p. 3

[11] Come osservato da G.D. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo* cit., "*a me sembra che la teoria della convalida si trovi attualmente in uno stato complessivamente insoddisfacente. Insoddisfacente mi sembra l'indicazione del fondamento del potere, insoddisfacente quella dei casi di convalida (quando la si trova), insoddisfacente la teoria degli effetti, come pure la dottrina del momento in cui essa sia possibile, e dei modi in cui si possa addivenirvi. Nell'insieme, non risulta neppure chiara quale sia la funzione che l'istituto adempie nel sistema*".

[12] A tal riguardo, si rammenta la distinzione da taluno operata tra i procedimenti di revisione (ovvero la sospensione, la revoca e la proroga) e procedimenti di autotutela-riesame (la conferma, la convalida e l'annullamento d'ufficio), ove i primi opererebbero come reazione sul rapporto e i secondi come reazione sull'atto; sul tema B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi* cit., p. 352. I procedimenti di revisione atterrebbero a vicende con efficacia durevole, mentre il riesame riguarderebbe l'atto amministrativo, come ricorda

ISSN 2036-7821

Si è infatti sostenuto che, essendosi previsto per legge il potere di annullare, revocare e convalidare, si sarebbe anche superato il dibattito circa la natura del potere di secondo grado[14]; dibattito che vedeva la dottrina divisa tra chi riconduceva il riesame al potere di autotutela e chi, invece, lo inquadrava nell'ambito del (più generale) potere di amministrazione attiva attribuito all'autorità[15].

Orbene il problema dell'*ubi consistam* della convalida presuppone la soluzione anche di questioni più ampie che neppure la tipizzazione legislativa avvenuta per effetto dell'art. 21-*nonies*, comma secondo, l. n. 241/1990 risolve.

Sicché, si possono tracciare due fondamentali linee di ricerca. Per un verso, ci si può interrogare sulla natura autonoma o unitaria del potere di convalida rispetto al potere amministrativo di primo grado.

Per altro verso, si può indagare il rapporto sussistente tra la convalida e l'annullamento d'ufficio

Sotto un primo versante, tuttora v'è da chiedersi se il potere di convalida si possa considerare come un potere inesauribile, nel senso che esso possa essere esercitato in ogni tempo come funzione che sopravvive all'adozione dell'atto invalido sul quale pure interviene; ovvero si debba intendere come potere soggetto a "*consumazione*", non più esercitabile per effetto di un limite frapposto alla sanatoria dell'atto, quale, ad esempio, la posizione giuridica opposta del singolo, il tempo decorso ovvero l'esistenza di un ricorso giurisdizionale proposto avverso l'atto da convalidare[16].

S. TUCCILLO, *Contributo allo studio* cit., p. 186, nota n. 42, che richiama V. CERULLI IRELLI, *Principii del diritto amministrativo*, Torino, 2005, p. 217.

[13] Secondo taluno il problema del fondamento sarebbe superato dalla codificazione intervenuta con la legge n. 15 del 2005 dei principali poteri di secondo grado; cfr. in particolare M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado,* in AA. VV., *Diritto amministrativo* (a cura di) F.G. Scoca, Torino, 2008, p. 333.

[14] Così, R.VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, II ed., p. 624.

[15] Così, S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere,* Napoli, 2016, pp. 183 e ss. La tesi dell'autotutela è sostenuta già da F. BENVENUTI, voce *Autotutela*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 537 ss.; nello stesso senso B. CAVALLO, *Provvedimenti* cit., p. 352; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo,* Milano, III ed., 1993, p. 582; ACQUARONE, *Attività amministrativa e provvedimenti amministrativi*, Genova, 1995, p. 225; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo,* II ed., Torino, 1997, p. 633. Secondo altra autorevole dottrina, il potere di riesame della p.a. va inserito nel solco del più generale potere di "*amministrazione attiva*" come espressione del "*generale carattere di imperatività*" e "*discende in ultima analisi dal potere di provvedere e ne condivide le forme e gli strumenti di esercizio … dovuto alla necessità del costante adeguamento dell'attività amministrativa al perseguimento dell'interesse pubblico*"; così A. CONTIERI, *Il riesame* cit., pp. 74 e 75. Secondo A. CONTIERI, *cit.*, p. 11 "*la frequenza di tale fenomeno si spiega con la necessità imposta alla pubblica amministrazione alla pubblica amministrazione dall'ordinamento del perseguimento costante dell'interesse pubblico … si tratta di una vicenda che si spiega alla luce del principio di continuità dell'esercizio del potere pubblico e dello stesso concetto di funzione intesa in senso dinamico, che impone al titolare del munus publicum, attraverso il presente, di guardare al futuro e non al passato*".

[16] Si ricorda che la tesi dell'esauribilità del potere è stata sostenuta da M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo* cit., specialmente con riguardo ai poteri di ritiro dell'atto amministrativo, e quindi della revoca e dell'annullamento, facendo leva anche sulle più recenti modifiche normative degli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della l. n. 241/1990 che hanno introdotto limitazioni precise a tali poteri.

ISSN 2036-7821

La soluzione di tale problema rappresenterebbe un valido argomento, a seconda delle impostazioni, per sostenere od opporsi all'ammissibilità della convalida intervenuta rispetto a talune tipologie di vizi, oppure esercitata a notevole distanza di tempo dall'adozione del primo atto, ovvero, ancora, adottata nel corso di un giudizio di impugnazione dell'atto.

A tal fine può risultare appunto decisivo verificare se la convalida si qualifica come un potere autonomo rispetto al potere esercitato "in primo grado", ovvero se non sia più congruo inquadrare la convalida nell'ambito della medesima funzione già esercitata con l'atto da convalidare.

Assumendo l'identità di funzioni di primo e di secondo grado, la convalida risulta espressione del medesimo potere-dovere[17] amministrativo, unitariamente inteso, di curare l'interesse pubblico per il cui soddisfacimento è stato attribuito il potere. L'amministrazione, dovendo costantemente soddisfare l'interesse pubblico, ha con la convalida il potere di intervenire sempre sull'atto viziato, per sanarlo[18], come un atto integrativo e ad esso complementare. La tesi che considera la convalida e il potere di primo grado come un'unica funzione unitariamente intesa[19] è strettamente connessa all'idea del potere amministrativo come potere inesauribile. Anche il potere di convalida, dunque, finisce per qualificarsi come inesauribile in quanto diretto ad assicurare che ogni atto amministrativo sia costantemente e in ogni tempo conforme all'interesse pubblico[20].

---

[17] Sulla nozione del potere amministrativo come "dovere" si veda S.TUCCILLO, *Contributo* cit.; in particolare alle pp. 28 e ss., ove si ricorda che il potere amministrativo è la capacità che consente ma anche "impone" di agire sempre attraverso atti idonei a produrre effetti finalizzati alla cura di interessi pubblici, il cui esercizio, quale strumento per l'attuazione di un interesse che non è proprio del suo titolare ma della collettività di riferimento, assume carattere "doveroso" ogni qual volta esigenze di cura dell'interesse pubblico si manifestino in concreto.

[18] L'idea del collegamento tra l'autotutela e la funzione amministrativa, cioè il dovere/potere dell'amministrazione di provvedere alla cura degli interessi pubblici, è stata espressa a più riprese. Con riferimento al potere di revoca, ma con valutazioni estendibili a ogni potere di riesame, si veda E. FERRARI, *Revoca nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. Pubbl*., XIII, Torino, 1997, pp. 334 e ss.; si veda anche A. CONTIERI, *cit*., p. 75, secondo cui "*il potere di riesaminare, in tutte le molteplici configurazioni che può assumere, discende, in ultima analisi dal potere di provvedere e ne condivide le forme e gli strumenti di esercizio*". Secondo l'a., anche in assenza di una norma che preveda il potere di riesame c'è comunque "*il generale potere di intervenire dovuto alla necessità del costante adeguamento dell'attività amministrativa al perseguimento del pubblico interesse*"; in definitiva, si sostiene che (pag. 82) "*sembra invece più corretto affermare che la funzione non si riesserciti, ma continui ad esercitarsi nel riesame del fatto e del rapporto* […] *La funzione, dunque, sopravvive al procedimento e non si esaurisce con questo*".

[19] Con riferimento più in generale ai provvedimenti di secondo grado, G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 336 e ss; A. CONTIERI, *cit*., p. 82 e ss. che parla di "*unicità della funzione*"; B.G. MATTARELLA, *cit*., p. 933.

[20] A tal riguardo, con riferimento più generale al potere di riesame, G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento cit.*, pp. 336 e ss., afferma appunto la tesi "*dell'unità del potere che si esplica nella successione di due atti, il secondo dei quali revoca o annulla o riforma o convalida il primo. Il meccanismo è il seguente: c'è un potere potenzialmente inesauribile, che sopravvive all'atto che ne costituisce l'esercizio; c'è un atto che ne costituisce esercizio; c'è un ulteriore atto di esercizio di esso, che può spiegarsi in direzione antitetica a quella dell'atto precedente (annullamento, revoca), o in direzione parzialmente difforme (riforma), o nella stessa direzione, ma con un rafforzamento della efficacia che si realizza tramite l'eliminazione di un vizio che rende il primo atto precario (convalida)*".

ISSN 2036-7821

Sicché, seguendo questa impostazione, la convalida risulta ammissibile senza altre limitazioni se non quelle poste espressamente dalla legge, giacché la cura del medesimo interesse pubblico perseguito con l'atto di primo grado consente di intervenire sempre per sanare i vizi del provvedimento; e quindi, per venire a un tema dai rilevanti profili applicativi su cui si tornerà di seguito, la convalida potrebbe essere agevolmente ammessa anche in pendenza di un giudizio di impugnazione dell'atto viziato se si qualifica come potere inesauribile[21]. In altri termini, anche la proposizione di un ricorso giurisdizionale avverso un atto amministrativo da parte di un singolo, pur sottendendo la tutela di una sua posizione giuridica (*rectius* del diritto di difesa) e della sua legittima aspettativa all'ottenimento di una pronuncia giurisdizionale, non può costituire uno sbarramento all'esercizio del potere amministrativo (di convalida). Il potere amministrativo, infatti, mira al perseguimento di un interesse pubblico, che assume portata più ampia e generale rispetto all'interesse della parte di un processo, riguardando non un solo soggetto, quale il ricorrente, ma una ben più vasta pluralità di consociati.

Ove, invece, si rimarchi la qualificazione della convalida come un potere autonomo rispetto a quello di primo grado, vengono meno anche i prima citati sostegni dogmatici alla qualificazione della convalida come potere inesauribile. La convalida interverrebbe sull'esercizio di un potere distinto che con l'atto di primo grado ha ormai concluso la sua funzione e non risulta più esercitabile. La convalida, quale espressione di una funzione amministrativa di secondo grado distinta da quella espletata con l'atto convalidato, non sarebbe più ammessa, senza ostacoli alla sua consumazione, come dovere di cura costante dell'interesse pubblico originario. Lo stesso potere originario risulterebbe ormai esaurito con l'emanazione dell'atto e la convalida si qualificherebbe come dotata di un'efficacia solo successiva e comunque inferiore rispetto al potere di primo grado[22].

Sicché, la definizione della questione può essere dirimente anche al fine di chiarire l'ammissibilità della convalida di un atto amministrativo in corso di giudizio, intesa come una forma di riesercizio del potere amministrativo.

Inoltre, la natura della convalida come potere autonomo o distinto rispetto a quello di primo grado si salda anche con la questione dell'interesse pubblico che con la convalida si deve perseguire; e a tal riguardo, come si accennerà di seguito, si può discutere sulla necessità che l'interesse pubblico della convalida sia il medesimo e

[21] Cfr. G.TROPEA, *La c.d. motivazione «successiva» tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo* cit., pp. 531 e ss. che coglie il nesso esistente tra l'inesauribilità del potere e l'ammissibilità di un provvedimento di convalida in corso giudizio, rilevando che *"tale punto richiama da vicino il principio di inesauribilità del potere amministrativo, e non è probabilmente risolvibile se non si cerca di affrontare contestualmente il nodo della natura del provvedimento di convalida in corso di giudizio e quello, ancora più controverso, della preclusione del dedotto e del deducibile"*

[22] Così, sempre G. CORSO, *cit.*, p. 336 *"il secondo atto, pertanto, possiederebbe una efficacia inferiore al primo, onde il potere che esso svolge dovrebbe considerarsi diverso, e minore, rispetto a quello esplicato con l'atto anteriore, in contrasto con l'ipotesi che vuole il potere identico nei due casi"*.

ISSN 2036-7821

non possa essere diverso da quello perseguito con l'atto di primo grado ovvero se possa da questo differenziarsi e porsi come interesse autonomo, ulteriore o, perché no, complesso.
Sotto altro versante, il tema del fondamento del potere, è connesso anche a quello relativo all'individuazione dei rapporti sussistenti tra la convalida e altri poteri di riesame; e specialmente rispetto al rapporto con l'annullamento d'ufficio, si pone il dubbio se la convalida, anche rispetto ai suoi presupposti, sia un potere autonomo ovvero collegato e, dunque, alternativo all'annullamento.

3. La natura della convalida e i rapporti con gli altri poteri di riesame a esito conservativo.
Ciò posto, venendo alla definizione del potere, la convalida viene inquadrata nel più ampio fenomeno della convalescenza dell'atto amministrativo, nell'ambito della quale rientrano anche la sanatoria in senso stretto[23] e la ratifica; l'amministrazione anziché procedere all'annullamento di un atto amministrativo <che non sia nullo ma soltanto annullabile> procede, con una propria determinazione amministrativa, a conservarlo, eliminando i vizi che lo infirmano[24]. Al pari di ogni potere di riesame, l'amministrazione ha dunque il "privilegio" di poter sbagliare e correggere successivamente l'errore commesso, unilateralmente e senza il consenso altrui, intervenendo sull'atto viziato[25].
La funzione della convalida si comprende se si ha presente la vulnerabilità e l'instabilità proprie dell'atto amministrativo illegittimo che, quand'anche non sia più annullabile dal giudice per decorso del termine di impugnazione ovvero non venga o non possa più essere annullato neppure dall'amministrazione d'ufficio, rimane sempre disapplicabile dal giudice ordinario secondo le regole ordinarie[26]. Con la convalida, invece, il provvedimento illegittimo diviene stabile e i suoi effetti si consolidano con il venir meno dell'illegittimità che inficiava l'atto[27].

[23] Secondo una classificazione si fa riferimento alla sanatoria in senso generale, come fenomeno di "purificazione" dell'attività amministrativa che conduce alla conservazione dell'atto, intervenendo sulla fattispecie originata dal vizio, emendandone gli effetti, e nella quale vengono fatti rientrare la sanatoria "in senso stretto", la convalida, la ratifica, la conversione e la conferma.

[24] Cfr. G. SANTANIELLO, *Convalida* cit., p. 503.

[25] Ciò è valso tradizionalmente a riconoscere alla convalida la natura di potere di autotutela. Così P.RAVà, *cit.*, pp. 89 e ss. ove si legge che "*giova prendere le mosse da un concetto messo in luce dalla dottrina amministrativistica italiana* […] *intendiamo riferirci alla autotutela* […] *in questo principio basilare del nostro sistema giuridico positivo trova, altresì, fondamento la potestà degli organi amministrativi di convalidare i propri atti invalidi…*" (ivi, p. 90).

[26] In tal senso, L. MAZZAROLLI, *cit.*, p. 1

[27] Cfr. RAVà, *cit.*, p. 192, secondo cui "*la causa dell'atto amministrativo di convalida è rappresentato dal pubblico interesse a dare giuridicamente stabilità e sicurezza ad un atto invalido, in quanto la situazione che da esso è derivata ne richiede appunto il consolidamento*".

ISSN 2036-7821

Il potere di convalida nel diritto amministrativo va tenuto ben distinto dall'omonimo negozio civilistico disciplinato dall'art. 1444, c.c.,[28] ed è unanimemente considerato espressione del principio di conservazione dei valori giuridici[29] e dei principi di economicità e di buon andamento dell'azione amministrativa[30].
Il principio di conservazione definisce l'esigenza propria dell'ordinamento giuridico a garantire la stabilizzazione e il consolidamento degli effetti di una situazione giuridica o di fatto; tale principio, da essere solo il noto canone ermeneutico fondante la teoria generale dell'interpretazione dell'atto, viene agevolmente "*innestato*" anche nella dogmatica dell'atto amministrativo[31], per orientare anche le modalità di esercizio del potere amministrativo.
Del pari anche il principio di buon andamento, con il suo corollario dell'economicità, funge da parametro-guida per l'amministrazione che deve valutare sempre la possibilità di sanare, correggendolo, un proprio atto viziato prima di eliminarlo, in modo da salvaguardare e dunque non sprecare il proprio pregresso operato e le risorse all'uopo impiegate.
La convalida consegue, per l'appunto, a un provvedimento di secondo grado con cui l'amministrazione decide di mantenere in vita un provvedimento illegittimo invece di annullarlo, reputando più conveniente e rispondente all'interesse pubblico la conservazione dell'atto in luogo della sua caducazione. Non si tratta però di un atto "negativo" di rinuncia all'esercizio del potere di annullamento, bensì di un potere "positivo, costitutivo" diretto, appunto, a sanare l'atto eliminandone il vizio che lo inficia e consolidandone gli effetti[32].

[28] Secondo B.CAVALLO, *cit.*, p. 406 è inutile comparare i due istituti della convalida, amministrativa e civilistica, in quanto trattasi di "*istituti completamente diversi, sicché è inutile distinguere un elefante da un'automobile!*". Ed in effetti, tra le due "*convalide*" le differenze sono più delle somiglianze, ove solo si consideri i soggetti cui compete e le conseguenze dell'esercizio della convalida. Mentre infatti nel diritto amministrativo la convalida è riconosciuta allo stesso soggetto che ha posto in essere l'errore con l'adozione dell'atto viziato, nel diritto privato la convalida compete alla parte a cui spetta l'azione di annullamento; nel diritto privato, inoltre, l'effetto della convalida determina la preclusione della pretesa all'annullamento dell'atto, mentre nel diritto amministrativo, tendenzialmente, si riconosce comunque all'amministrazione anche il potere di annullare anche un provvedimento già precedentemente convalidato. Sul punto, cfr. G.MANNUCCI, *Della convalida cit.*, p. 205.

[29] Così, *ex multis*, G. SANTANIELLO, *cit.*, p. 503; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Tomo II, Bologna, p. 1540; F. COSTANTINO, *La convalida del provvedimento*, in A. Romano (a cura di) *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 897 ss.; A.G. PIETROSANTI, *La convalida del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di) *Princìpi e regole dell'azione amministrativa*, 3 ed. Milano, 2020, p. 501

[30] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385; Cons. Stato, Sez. IV, 14 ottobre 2011, n. 5538, in *www.giustizia-amministrativa.it*

[31] Così B. CAVALLO, *Provvedimenti* cit., p. 402.

[32] In tal senso P. RAVà, *cit.*, p. 112; L. MAZZAROLLI, *cit.*, p. 3 B. CAVALLO, *cit.*, p. 405. È impugnabile quindi l'atto "positivo" di convalida ma non è impugnabile il mancato esercizio (atto "negativo") del potere di annullamento d'ufficio; cfr. F. COSTANTINO, *cit.*, p. 898.

ISSN 2036-7821

La piena comprensione degli elementi costitutivi del potere di convalida viene anche dal raffronto con altri poteri di riesame, con efficacia sanante ovvero demolitoria[33].
Nel rapporto con i poteri di riesame con efficacia sanante, occorre ulteriormente distinguere talune fattispecie nelle quali l'attività di riesame consiste proprio nella rimozione di un vizio dell'atto di primo grado da altre ipotesi nelle quali, invece, l'effetto conservativo non consegue alla correzione di un precedente errore. Tra le prime, le quali sono più simili alla convalida, si possono includere la ratifica, la sanatoria in senso stretto e la rettifica; tra le seconde, invece, rientrano la conversione e la conferma.
La convalida si distingue dalla ratifica con riferimento sia ai soggetti che esercitano il potere conservativo sia al vizio sanato. Con la convalida, infatti, è la stessa amministrazione che ha emanato l'atto illegittimo a sanare il vizio di legittimità che inficia l'atto (salvi i vizi "sostanziali" di cui si dirà di seguito); la ratifica, invece, mira a sanare il vizio di incompetenza dell'atto ed è pertanto il potere con cui una diversa autorità, competente ad adottare un provvedimento, "fa proprio l'atto" emesso dall'organo incompetente, conservandone appunto gli effetti[34].
La convalida è distinta anche dalla sanatoria in senso stretto che costituisce il rimedio ai casi di invalidità di un atto amministrativo per difetto di uno degli atti preparatori nel procedimento di emanazione del provvedimento e l'effetto sanante consegue all'intervento in secondo grado dell'atto mancante[35]. Secondo un orientamento non si tratterebbe di un potere nuovo ma solo di una "*inversione procedimentale*" e di un "*effetto*" determinati dall'acquisizione, ora per allora, dell'atto endoprocedimentale mancante[36].
Invero, la ratifica e la sanatoria in senso stretto possono farsi rientrare nella formulazione dell'art. 21-*nonies*, comma secondo, l. n. 241/90, proprio perché riconducibili al *genus* dei provvedimenti di secondo grado diretti a rimuovere un vizio di legittimità che inficia l'atto originario.
La rettifica ha invece ad oggetto i meri errori materiali, ovvero le semplici irregolarità non invalidanti dell'atto e, dunque, è ben distinta dalla convalida che involge vizi di illegittimità dell'atto.

---

[33] Si possono poi elencare anche ulteriori fattispecie dalle quali consegue un effetto conservativo dell'atto amministrativo che, però, non rientrano in ipotesi di poteri di riesame e sulle quali occorrerebbe un'analisi più approfondita, in tale sede, non possibile. Tre queste la figure dell'acquiescenza, derivante dalla rinuncia a far valere l'impugnazione di un atto amministrativo,

[34] Cfr. B. CAVALLO, *cit.*, p. 409.

[35] Così, G.SANTANIELLO, *cit.*, p. 503.

[36] Cfr. R. CHIEPPA, *cit.*, p. 941. Occorre però considerare che la delineata "inversione procedimentale" è esclusa talvolta dalla legge in quei casi in cui rilevano interessi primari, come per esempio nell'ipotesi dell'autorizzazione paesaggistica il cui rilascio postumo in sanatoria non è ammesso ai sensi del comma 4 dell'art. 146, d.lgs. n. 42 del 2004; cfr. M. IMMORDINO, *cit.*, p. 353.

ISSN 2036-7821

Come anticipato, tra le fattispecie di riesame in cui l'effetto conservativo non consegue a un'attività di rimozione di un vizio dell'atto, rientrano la conversione e la conferma.
La conversione consiste in un'attività meramente interpretativa che, senza eliminarne il vizio che lo inficia, mira a ricondurre l'atto nell'ambito di un diverso schema legale; sicché un provvedimento che sarebbe invalido se riferito a una certa tipologia di atti può essere identificato come provvedimento valido se inteso come una diversa fattispecie provvedimentale, che pure abbia la medesima funzione[37]. La conseguenza è che, a differenza della convalida che mira a rendere l'atto "*stabile e sicuro in tutti gli effetti che gli sono propri*", la conversione è sempre qualcosa in meno in quanto "*non potrà mai ottenere il perseguimento della piena e propria efficacia di quel determinato atto*"[38], non sanando i vizi originari dell'atto di primo grado.
Con la conferma invece l'amministrazione, riesaminando il provvedimento, conclude nel senso della sua piena legittimità, sempre senza necessità di eliminare il vizio dell'atto[39]. A tal riguardo, si distingue la conferma in senso proprio dall'atto meramente confermativo. Con la prima, l'amministrazione effettua un riesame completo della fattispecie con una nuova istruttoria e una nuova valutazione degli elementi di fatto e di diritto già considerati in precedenza e che si conclude con un provvedimento autonomamente impugnabile; con il secondo, invece, l'amministrazione, senza riaprire il procedimento, si limita a escludere la necessità di riesaminare il provvedimento, concludendo con un atto che, proprio perché non costituisce un "nuovo" provvedimento non è autonomamente impugnabile[40].
Ciascuna delle fattispecie finora delineate richiederebbe una trattazione autonoma e più diffusa non possibile in tale sede ma risulta comunque necessaria per definire l'ambito applicativo e gli effetti della convalida.

4. La convalida e i suoi rapporti con l'annullamento dell'atto.

Ciò posto, non si ritiene proficuo il confronto tra la convalida e la revoca d'ufficio che, per l'appunto, opera in presenza di vizi diversi, quali quelli di merito-opportunità dell'atto amministrativo.
Al contrario, è utile delineare i caratteri della convalida raffrontandola all'annullamento d'ufficio, in primo luogo, perché con questo condivide la tipologia di vizi, di legittimità, che inficiano l'atto amministrativo oggetto di riesame, che per

[37] Così, M.VILLATA, *L'atto amministrativo* cit., p. 1550. Tra gli esempi citati in dottrina rientrano la nomina in ruolo di un pubblico impiegato che diventa incarico temporaneo ovvero il decreto di espropriazione definitiva che diventa occupazione temporanea.
[38] P. RAVà, *cit.*, pp. 122 e 123.
[39] Cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Conferma (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 856; sul tema anche M. D'ORSOGNA, *Sanatoria del provvedimento amministrativo* cit., p. 5408.
[40] Da ultimo, in giurisprudenza Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2022, n. 1407, in *www.giustizia-amministrativa.it*

ISSN 2036-7821

l'appunto è il "*provvedimento annullabile*". In secondo luogo, perché la convalida, come anticipato, è disciplinata nello stesso art. 21-*nonies*, l. n. 241/90, tra il comma primo e 2-*bis* dedicati all'annullamento d'ufficio; di talché occorre chiarire gli elementi strutturali unificanti e distintivi delle due fattispecie.
Inoltre, già in via preliminare, rispetto all'annullamento d'ufficio, si è evidenziato che la convalida è riservata soltanto all'amministrazione e non compete anche al giudice.
Più difficile risulta, invece, distinguere l'annullamento parziale dell'atto amministrativo dalla sua convalida. L'annullamento parziale, infatti, comporta la cessazione di alcuni soltanto degli effetti di un atto amministrativo, attraverso l'eliminazione di una parte del suo contenuto, lasciando in vita la restante parte; sicché, almeno *quoad effectum*, l'annullamento parziale rappresenta una vicenda assimilabile alla convalida per il suo risultato conservativo. L'atto amministrativo è, per l'appunto, annullato solo parzialmente, per la parte emendata dai vizi che lo inficiava, mentre rimane in vita, per la parte rimanente non viziata. L'annullamento parziale è però ammesso a condizione che il contenuto dell'atto sia plurimo e scindibile in determinazioni autonome, nel senso che il vizio riscontrato nell'atto riguardi una parte di esso che può essere eliminata senza incidere sugli altri effetti che il provvedimento può comunque svolgere[41].
Tuttavia, secondo la dottrina prevalente[42] l'annullamento parziale non configura una *species* della convalida, ma, piuttosto, è assimilabile alla riforma dell'atto amministrativo, vale a dire a quella tipologia di riesame che consiste nella modifica dell'atto. Ed invero con la convalida rimane in vita l'intero atto, che non viene modificato né nel suo contenuto dispositivo né nei suoi effetti; con l'annullamento parziale, invece, una parte del contenuto e degli effetti dell'atto viene eliminata, mentre la restante parte rimane in vita quale parte autonoma da quella viziata.
Ciò posto talune impostazioni vedono nella convalida e nell'annullamento d'ufficio (sia esso totale o parziale) l'espressione di un unico potere di autoimpugnativa, che può concludersi o con la sanatoria o con la caducazione del provvedimento di primo grado. Il riesame con esito conservativo sarebbe "*l'altra faccia della medaglia*" del riesame con esito demolitorio[43], con il quale finirebbe per immedesimarsi, salvo che

[41] In giurisprudenza, rispetto ai titoli edilizi, si è ammesso l'annullamento parziale allorché l'opera assentita sia scindibile, così da poter essere oggetto di distinti progetti e realizzazioni, e non allorquando si tratti di una realizzazione unitaria. Cfr. *ex multis* Cons. Stato sez. IV, 29 novembre 2017, n.5598; Consiglio di Stato, Sez. IV, 30 settembre 2002, n. 4983; TAR Campania, Salerno, Sez. II, 05 gennaio 2021, n. 18; TAR Veneto, Venezia, Sez. II, 29 ottobre 2019, n. 1164; TAR Marche, Ancona, Sez. I, 12 dicembre 2013, n.907, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it.*

[42] In tal senso, si vedano B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento* cit., p. 959; R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo* cit., p. 663; S. CAPOZZI, *L'invalidità parziale dell'atto amministrativo*, Napoli, 1987, p. 97.

[43] Così, P. RAVÀ, *La convalida* cit., p. 110, secondo cui "*L'autotutela* […] *rappresenta il principio dal quale discendono, per due vie opposte, il principio di autoimpugnativa, nelle due facoltà di annullamento e di revoca da un lato, e la potestà di convalida dall'altro. Se sotto un certo aspetto queste sembrano costituire il diritto e il rovescio di una stessa medaglia, le*

ISSN 2036-7821

per gli effetti, rappresentando l'alternativa all'eliminazione dell'atto. Seguendo questa impostazione, quando convalida un atto, l'amministrazione compie un'unica valutazione che riguarda anche la possibilità di annullare d'ufficio l'atto medesimo; sicché, la possibilità di convalidare l'atto sussiste solo una volta che si è esclusa l'ipotesi della sua rimozione.

L'inserimento nella stessa norma - l'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990 - dei commi 1 e 2-*bis* e del comma 2, complica la soluzione del tema dell'autonomia della convalida rispetto all'annullamento; infatti, la disciplina in un unico articolo delle due fattispecie di riesame a esito conservativo e demolitorio rischia di ingenerare il dubbio che convalida e annullamento rappresentino un potere unitario. Di modo che l'amministrazione che decide di riesaminare un atto amministrativo avvierebbe un unico procedimento che non ha un esito predeterminato, ma può concludersi sia con l'annullamento che con la convalida[44].

L'impostazione che considera convalida e annullamento come un unico potere di riesame delinea un interessante e nuovo angolo visuale dal quale è possibile arginare due questioni che, pur apparentemente teoriche, presentano importanti profili applicativi.

Da una parte, occorre chiedersi se, quando esercita il potere <unitario> di riesame, l'amministrazione deve preferire la scelta demolitoria rispetto a quella conservativa e, dunque, quali sono gli eventuali argomenti a sostegno della preferenza ovvero della sussidiarietà della convalida rispetto all'annullamento d'ufficio[45].

Dall'altra parte, occorre verificare se il potere di convalida condivide la struttura e i presupposti dell'annullamento d'ufficio, di cui costituisce il risvolto *positivo* espresso nel risultato *conservativo*.

In entrambi i casi, la soluzione di tali dubbi potrebbe offrire un'utile guida all'amministrazione chiamata a esercitare il potere di riesame, la quale opterà per l'autotutela demolitoria o conservativa a seconda che l'interesse pubblico prevalente suggerisca il ritiro o il consolidamento dell'atto. Senza escludere che, come si dirà, l'amministrazione, nell'esercizio di un potere discrezionale, potrebbe anche scegliere di rimanere *inerte* e non esercitare il potere di riesame dell'atto di primo grado.

---

nostre premesse ci inducono a considerare invece la potestà di annullamento quale presupposto necessario, se pure non sempre sufficiente, per l'esistenza e l'esplicamento della potestà di convalida". *Contra*, A. PRONTERA, *La convalida* cit., p. 243.

[44] Cfr. S. TUCCILLO, *Contributo* cit., p. 256

[45] Tale questione non dovrebbe porsi considerando la convalida e l'annullamento d'ufficio come espressione di funzioni non solo alternative ma del tutto autonome e distinte tra loro. Sul tema in senso critico rispetto alle tesi tradizionali, si veda A. PRONTERA, *La convalida* cit., p. 243.

ISSN 2036-7821

Secondo la tesi prevalente, la convalida sarebbe comunque preferibile all'annullamento d'ufficio[46].

Il principio di conservazione, infatti, impone all'amministrazione di valutare, prima di annullare l'atto, se non ci sono i presupposti per esercitare il potere di convalida; l'annullamento d'ufficio costituisce anche per questo una semplice facoltà dell'amministrazione[47]. Ciò spiega oltretutto anche perché, ove non risulti praticabile la convalida, l'amministrazione deve comunque preferire all'annullamento integrale dell'atto altre forme di riesame dalla portata demolitoria più ridotta come la riforma dell'atto ovvero il suo annullamento solo parziale[48].

Nello stesso senso, anche dal principio di leale collaborazione applicabile ai rapporti amministrativi deriverebbe che l'amministrazione è tenuta a "sforzarsi il più possibile" per porre rimedio al vizio dell'atto, sanandolo piuttosto che caducandolo[49].

Inoltre, la preferenza della convalida rispetto all'annullamento d'ufficio potrebbe anche ricondursi a ragioni di tutela del legittimo affidamento del singolo che abbia confidato sulla legittimità e sulla stabilità dell'atto. E ciò specialmente nell'ipotesi in cui sia anche decorso il termine di dodici mesi previsto dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241/90 per l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti ampliativi, e la convalida resta "salva" e quindi ancora praticabile.

Il presupposto logico di queste conclusioni è però, come accennato, sempre l'idea dell'unitarietà del potere di riesame che viene esercitato dall'amministrazione risolvendo, in un medesimo procedimento, con un'unica istruttoria e una simultanea ponderazione di interessi, l'alternativa tra l'annullamento e la convalida[50].

Seguendo un diverso approccio argomentativo, si è fatto leva sulla "doverosità" della funzione amministrativa e sull'inciso contenuto nell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990,

---

[46] A tal riguardo, tra gli altri, cfr. CAVALLO, *cit.*, pag. 403 e 404; L. ACQUARONE, *cit.*, p. 187; R.VILLATA, *L'atto amministrativo* cit., p. 1540; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit. p. 939; F. COSTANTINO, *La convalida cit.* 897; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio cit.*, pp. 255 e ss.

[47] E. CANNADA BARTOLI, *Annullabilità e annullamento* cit., p. 487 e 488, secondo cui "*Procedere all'annullamento di ufficio costituisce una facoltà dell'amministrazione… In linea generale, la nozione di annullabilità o invalidità in senso stretto non esige, ma esclude la necessità giuridica dell'annullamento dell'atto invalido. Questo è definito da ciò, che può essere sanato o annullato; anzi, l'ordinamento è informato al principio di conservazione dei valori giuridici (sanatoria per decorso del tempo): l'atto amministrativo invalido può, quindi, ma non deve essere annullato*".

[48] Così, B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento* cit., p. 659; R.VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo cit.*, p. 663. In tal senso espressamente, la già citata sentenza del TAR Campania, Salerno, Sez. II, 05 gennaio 2021, n. 18 ove si legge "*in omaggio al principio di conservazione dei valori giuridici, la giurisprudenza ha reputato illegittima la rimozione in autotutela di un titolo edilizio, se il Comune non abbia dedicato alcun passaggio motivazionale alla possibilità, non implausibile, di annullamento d'uffizio parziale al fine di contemperare le contrapposte esigenze recando il minore sacrificio possibile alla posizione giuridica del privato*". Si veda anche Cons. Stato, Sez. IV, 30 settembre 2002, n. 4983. Mentre con riferimento ai piani urbanistici, si veda Cons. Stato, Sez. IV, 5 ottobre 1991, n. 775, in *Foro amm.*, 1991, p. 2551.

[49] M.RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio cit.*, p. 122

[50] Se, invece, l'annullamento d'ufficio si considera come del tutto autonomo, all'amministrazione che avvia il procedimento per riesame con effetto demolitorio non si pone l'alternativa della convalida.

ISSN 2036-7821

secondo cui "*rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo*", per sostenere che l'amministrazione deve privilegiare l'esito conservativo dell'atto rispetto alla sua demolizione. La norma, infatti, imporrebbe all'amministrazione di valutare non più soltanto l'interesse al ripristino della legalità violata con l'atto di primo grado e l'eventuale sacrificio di posizioni giuridiche consolidate, ma anche di vagliare tutte le conseguenze in punto di responsabilità che potrebbero derivare dal mancato annullamento dell'atto. In particolare, occorrerebbe valutare gli effetti pregiudizievoli conseguenti all'omessa convalida ovvero alla decisione di non modificare l'originario assetto di interessi; e così la scelta di conservare, con la convalida, l'assetto degli interessi creato con il provvedimento di primo grado potrebbe evitare di incorrere in responsabilità conseguenti all'atto illegittimo[51].

Inoltre, deporrebbe nel senso della preferenza della convalida rispetto all'annullamento d'ufficio anche la circostanza che al riesame conservativo non siano stati estesi i limiti previsti invece per il riesame a esito demolitorio dalle più recenti modifiche del comma primo dell'art. 21-*nonies*.

Il legislatore ha anche talvolta espressamente stabilito la preferenza del riesame conservativo sulla scelta demolitoria, come nell'ipotesi dell'art. 38 t.u. edilizia, secondo cui "*In caso di annullamento del permesso di costruire, qualora non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative …*"[52]; e da tale disposizione, ove si possa argomentare nel senso di una priorità fissata *ex lege* per il rimedio conservativo rispetto a quello dell'annullamento nel campo dell'edilizia, si ricava una regola di portata sistematica più generale tale da orientare l'amministrazione nella scelta di preferire la convalida all'annullamento.

Anche l'art. 21-*octies*, comma secondo, legge n. 241/1990, avendo escluso l'annullamento dell'atto amministrativo affetto da vizi di legittimità non invalidanti, avrebbe confermato la preferenza di sistema accordata alla convalida e, più in

---

[51] Così S. TUCCILLO, *Contributo cit.*, p. 199 secondo cui "*l'amministrazione non è più chiamata a valutare se ripristinare la legalità violata o sacrificare gli interessi consolidati, ma anche a soppesare le conseguenze in punto di responsabilità della decisione di non modificare l'assetto degli interessi. In tale ultimo senso si apprezzerà maggiormente la doverosità del ricorso allo strumentario dell'autotutela ad esito conservativo che consente al contempo di ripristinare la legalità violata, conservare inalterato l'assetto degli interessi e evitare la condotta contra legem fonte di responsabilità*." Si afferma infatti che (pagg. 260 e 261) "*il legislatore, oltre a fare espressamente "salva" la possibilità di convalida ha volontariamente evitato di limitarne l'ambito di applicazione. La conseguenza è che essa risulta l'unico strumento di riesame residuo, per tutte le tipologie di provvedimenti, anche a fronte della decadenza del potere di annullamento d'ufficio. La funzione di ripristino della legalità violata si collega all'interesse primario di scongiurare il protrarsi delle conseguenze sfavorevoli in punto di responsabilità, in linea con la previsione che afferma la permanenza delle responsabilità per l'adozione e il mancato annullamento del provvedimento illegittimo*".

[52] Sul tema R. CHIEPPA, *cit.*, p. 939; A. PRONTERA, *cit.*, p. 244. Sull'art. 38 t.u. edilizia come *species* del potere di convalida ex art. 21-*nonies*, comma, si veda Cons. Stato, Ad. Plen., 7 settembre 2020, n. 17; in giurisprudenza si è affermato espressamente che l'art. 38 t.u. edilizia costituisce "un esempio di specifica applicazione" dell'art. 21-*nonies*, comma 2, l. n. 241/90; così, Cons. Stato, Sez. II, 15 dicembre 2020, n. 8032, in *www.giustizia-amministrativa.it*

ISSN 2036-7821

generale, alla sanatoria rispetto all'annullamento, allorché l'atto, viziato nella forma, sia però corretto nella sostanza[53].

Per altro profilo, l'impostazione che considera convalida e annullamento d'ufficio come l'espressione di un potere unitario potrebbe indurre a ritenere anche che il riesame con esito conservativo e con esito demolitorio abbia sempre gli stessi presupposti e che l'amministrazione sia chiamata ad effettuare sempre un'unica valutazione dei fatti e degli interessi coinvolti nell'esercizio del potere di secondo grado. L'unicità del potere verrebbe intesa come unicità strutturale della convalida e dell'annullamento d'ufficio.

Di conseguenza, anche quando esercita il potere di convalida, l'amministrazione si troverebbe ad applicare i presupposti fissati dal primo comma dell'art. 21-*nonies* per l'annullamento d'ufficio e, dunque, tra l'altro e a titolo esemplificativo, a valutare l'esistenza di "*interessi dei destinatari e dei controinteressati*" ovvero l'esistenza di un "*provvedimento annullabile*" ma sempre "*esclusi i casi di cui al* […] *articolo 21 octies*"[54].

Dovendo poi fronteggiare gli "*interessi di destinatari e controinteressati*", appunto, nell'ipotesi in cui penda un giudizio amministrativo di impugnazione dell'atto, l'esercizio del potere di convalida potrebbe risultare impedito proprio dalla posizione del singolo ricorrente il cui diritto di difesa, quale interessato o controinteressato, deve necessariamente essere valutato dall'amministrazione.

Il problema non è certamente risolto dalla formulazione dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/90, che, al comma secondo, in modo generico si limita a "*far salva*" la possibilità della convalida, applicabile entro i parametri non meglio precisati delle "*ragioni di interesse pubblico*" e del "*termine ragionevole*", senza specificare ulteriormente i presupposti e le modalità di esercizio del potere di riesame, così rimettendone la definizione all'opera creativa dell'interprete[55]. E, anzi, la questione, come anticipato, si complica se si considera anche l'inserimento del secondo comma, tra un primo comma e un comma 2-*bis*, contenenti invece previsioni più puntuali sull'annullamento d'ufficio. E da qui si ingenera il dubbio che la previsione della convalida sia stata volutamente inglobata nell'ambito applicativo dell'annullamento d'ufficio, per farne proprio il "*risvolto della stessa medaglia*", ovvero l'esito conservativo alternativo alla rimozione dell'atto, con il quale condivide i medesimi presupposti normativi.

---

[53] Cfr. anche F.COSTANTINO, *cit.*, p. 897; occorre però tener sempre distinta la convalida (e più in generale con la sanatoria) del provvedimento dalla vicenda della non annullabilità dell'atto ex art. 21-*octies* co. 2, rispetto alla quale non viene meno il vizio di legittimità (che viene meno invece nel caso della convalida) ma viene meno la "sanzione" dell'annullabilità e il vizio di legittimità permane; in termini, M. D'ORSOGNA, *Sanatoria del provvedimento amministrativo* cit., p. 5411.

[54] Problematica più diffusamente affrontata al successivo paragrafo 8.

[55] Mentre rispetto ad altri poteri di riesame, come la sanatoria, la conferma, la riforma etc., la legge n. 241 del 1990 non contiene alcuna previsione.

ISSN 2036-7821

5. La natura discrezionale della convalida.

Pur qualificando la convalida e l'annullamento d'ufficio come un potere unitario, non si deve però concludere che l'amministrazione risulti vincolata soltanto all'alternativa tra convalidare o annullare d'ufficio l'atto illegittimo.

A tal riguardo, si pone il tema della natura discrezionale o vincolata da riconoscersi alla convalida. Si tratta per la verità di una questione poco indagata dalla dottrina che si è per lo più concentrata sul medesimo profilo con riferimento all'annullamento d'ufficio, di cui è stata ampiamente discussa, e da taluno anche sostenuta, la "*doverosità*" [56]

Orbene, senza troppe difficoltà, si dovrebbe concludere che la convalida costituisce un potere discrezionale[57]. Ciò sarebbe confermato, anzitutto, dalla stessa lettera dell'art. 21-*nonies*, comma secondo, l. n. 241/90, che fa appunto salva la "*possibilità*" e non l'obbligo della convalida e l'ammette "*sussistendone le ragioni di interesse pubblico*".

Sicché, al pari di quanto si afferma per l'annullamento d'ufficio, anche la convalida presuppone oltre all'illegittimità dell'atto anche uno specifico e concreto interesse pubblico all'esercizio del riesame conservativo; di cui, peraltro, si può discutere se coincida in tutto o in parte con lo stesso interesse già perseguito con l'atto originario.

L'amministrazione è dunque libera di valutare se convalidare l'atto illegittimo ovvero se optare per altre forme di riesame, a carattere demolitorio, come l'annullamento d'ufficio integrale dell'atto e, nei limiti prima delineati, anche solo parziale, ovvero rimanere "inerte" e non provvedere in secondo grado sull'atto viziato.

Tanto risponde anche alla natura della convalida quale potere di amministrazione attiva, a cui è assegnato, come anche per l'annullamento d'ufficio, non un mero e semplice controllo di legittimità dell'atto, in vista di un esito (vincolato) di conservazione del medesimo, ma una funzione strumentale al soddisfacimento di un

---

[56] Sul tema *ex multis* G. MANFREDI, *Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 316 e ss.; P. L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la l. n. 164/2014 (Qualche passo verso la doverosità?)*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2014, 6, 21 e ss.; C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, cit., in particolare, pp. 1190 e ss.; N.POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e della Adunanza Plenaria n. 8 del 2017)*, in *www.federalismi.it*, 2017; R.VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, II ed., in particolare pp. 630 e ss.; M.ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018; M. SILVESTRI, *Potere pubblico e autotutela amministrativa*, Torino, 2021; N. DURANTE, *L'autotutela doverosa*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 15 marzo 2022. È nota la posizione espressa da F. BENVENUTI, voce *Autotutela*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 537 ss., e in particolare a pag. 544, che dopo aver delineato i caratteri dell'autotutela decisoria come autoimpugnativa, contrapposta a quella che consegue obbligatoriamente a un atto di controllo e come tale espressione di un potere necessitato, la qualifica come potere "*spontaneo*", cioè "*lasciato alla discrezionalità dell'amministrazione di esercitarla*". Nello stesso senso anche B. CAVALLO, *cit.*, p. 356.

[57] Cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 28 marzo 2006, n. 736, in *Foro amm*. TAR 2006, 3, p. 886

ISSN 2036-7821

interesse pubblico specifico ed attuale; interesse pubblico che dovrà dunque essere esplicitato nell'atto di convalida[58], escludendosi l'ipotesi di una convalida tacita[59].
Tuttavia, la natura discrezionale della convalida potrebbe essere posta in discussione, tenendo presente alcuni profili, anch'essi poco indagati dalla letteratura sul tema.
Se, infatti, si analizzano gli argomenti prima esposti circa il carattere prioritario della convalida rispetto all'annullamento, si potrebbe sostenere che dal principio di conservazione degli atti derivi una regola più ampia di preferenza del sistema per la convalida (e più in generale per la sanatoria) dell'atto; vale a dire una regola d'azione a valenza decisoria che imporrebbe all'amministrazione di scegliere sempre la convalida, ove possibile, indipendentemente dai fatti e dagli interessi del caso concreto[60].
Oltretutto, è stato anche sostenuto che l'interesse pubblico alla convalida si identifica già nell'interesse al ripristino della legalità e comunque nell'evitare possibili conseguenze negative derivanti dalla illegittimità dell'atto[61]. Tale soluzione si collega, però, a un'impostazione che risolve la funzione della convalida nel mero recupero della legalità violata, senza richiedere un interesse pubblico ulteriore; se però è sufficiente lo scopo di mero ripristino della legalità violata, la convalida non imporrebbe il soddisfacimento di altro interesse che quello già perseguito dall'atto che viene sanato e a cui l'atto di secondo grado si salda. Peraltro, seguendo questa linea interpretativa, la convalida non aggiunge nulla di nuovo ma si limita a consolidare il contenuto e gli effetti di un atto di primo grado già esistente, per il quale è già stata ampiamente compiuta la valutazione dell'interesse pubblico originario al momento della sua adozione, senza necessità di reiterarne una nuova e più aggiornata.

---

[58] Così già G. SANTANIELLO, *cit.*, p. 504; F.COSTANTINO, *cit.*, p. 901

[59] La tesi dell'ammissibilità della convalida tacita è rimasta isolata, sostenuta da P. RAVà, *cit.*, p. 198; *contra* B. CAVALLO, *cit.*, p. 406. A tal riguardo Cons. Stato, Sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 7941; un'apertura rispetto alla convalida tacita sembra però ammessa da Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385, ove si legge: "*Il legislatore non ha voluto tuttavia irrigidire i requisiti di forma-contenuto dell'atto: pare quindi superato quell'orientamento giurisprudenziale che, in analogia con le disposizioni del codice civile, riteneva che la convalida dovesse necessariamente contenere l'espressa menzione dell'atto da convalidare, del vizio che lo inficia, e la chiara manifestazione della volontà di eliminare il vizio*".

[60] In questi termini sembra orientato B. CAVALLO, *cit.*, p. 403, secondo cui "*Forse è più ragionevole pensare che nel procedimento di riesame il principio di conservazione acquisti una valenza diversamente significativa: non è soltanto un criterio ermeneutico* […] *Siamo, infatti, dentro un procedimento di secondo grado, il cui esito non può unicamente consistere nell'accertamento della invalidità dell'atto di primo grado e, di conseguenza, nella sua rimozione demolitoria* […] *Sarà, dunque, nell'ambito della ponderazione che per il riesame deve prevalere, come soluzione più producente per la cura dell'interesse pubblico primario, l'adozione di un provvedimento che sia intonato al principio di conservazione dell'atto oggetto del riesame medesimo. Non è, dunque, questione di «possibilità», ma l'amministrazione qui agente in secondo grado ha l'obbligo di perseguire questo risultato*".

[61] Cfr. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione,* Bologna, 2005, p. 433; G.D. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo,* I, *L'attività,* Padova, 2005, p. 181; M.IMMORDINO, *cit.*, p. 353.

ISSN 2036-7821

Sicché, come già è avvenuto per l'annullamento d'ufficio, anche per la convalida si potrebbe prospettare la teorica dell'interesse pubblico *in re ipsa*, sotteso alla conservazione dell'atto; tale interesse sarebbe connaturato alla stessa rimozione della causa di invalidità e tale da "vincolare" l'amministrazione a convalidare l'atto amministrativo o, quantomeno, tale da alleggerirla nell'assolvere l'onere motivazionale rispetto alle ragioni del provvedimento di sanatoria.

In senso opposto, tuttavia, si può rilevare come dal principio di conservazione dell'atto non si dovrebbero mai far dipendere conseguenze in termini di "doverosità" del potere di convalida. L'interesse pubblico, infatti, non può confondersi con l'interesse alla conservazione dell'atto; come del resto si è già sostenuto, anche rispetto all'annullamento d'ufficio sono stati ampiamente criticati tutti quegli argomenti che identificano l'interesse pubblico con l'interesse al ripristino della legalità violata, come interesse *in re ipsa* nella rimozione dell'atto[62].

Lo stesso comma secondo dell'art. 21-*nonies*, nello stabilire che la convalida è "*possibile*" "*sussistendone le ragioni di interesse pubblico*", impone l'esistenza di un interesse pubblico alla convalida ulteriore rispetto al mero ripristino della legalità violata con la sanatoria del primo atto.

A tal riguardo, ci si può chiedere se con la convalida si persegue un interesse pubblico diverso da quello già perseguito dal primo atto, i cui effetti e contenuto sono salvati e mantenuti in vita senza modificazioni; oppure è possibile ipotizzare che la convalida miri a realizzare un interesse pubblico ulteriore e più complesso rispetto a quello sotteso all'atto di primo grado, con il quale si salda. Come si dirà oltre, occorre prendere le mosse dalla funzione della convalida come atto diretto a rimuovere le incertezze, giuridiche e fattuali, e l'instabilità derivanti dai vizi dell'atto di primo grado.

---

[62] La giurisprudenza ha talvolta prospettato ipotesi di annullamento doveroso, facendo leva per l'appunto sull'interesse pubblico alla rimozione dell'atto, *in re ipsa* nella necessità di ripristinare la legalità violata, nell'ipotesi più ricorrente del provvedimento di annullamento di una concessione edilizia illegittima. L'interesse pubblico, concreto ed attuale sarebbe identificato nel ripristino della legalità violata, tenuto conto del carattere *contra legem*, e conseguentemente la p.a. avrebbe il dovere di annullare in ogni tempo la concessione illegittimamente assentita; cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. IV, 19 agosto 2016 n. 3660; Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2012 n. 5691, in *www.giustizia-amministrativa.it*

Tale orientamento, fondato sulla teorica dell'interesse pubblico *in re ipsa*, dovrebbe ritenersi superato dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 17 ottobre 2017, n. 8, la quale ha espressamente affermato che "*la sussistenza di un interesse pubblico alla rimozione di un atto amministrativo illegittimo (anche a prescindere dal ricorso alla formula dell'interesse in re ipsa) è oggettivamente connaturata alla rilevata sussistenza di una situazione antigiuridica. Ma ciò non sta a significare che il riconoscimento di un tale interesse (peraltro, espressamente richiamato dal comma 1 del più volte richiamato articolo 21-nonies) comporti di per sé la pretermissione di ogni altra circostanza rilevante (come gli interessi dei destinatari dell'atto, di cui la disposizione chiede espressamente di tener conto) ed esoneri l'amministrazione da qualunque - seppur succintamente motivata - valutazione sul punto. Una cosa è infatti la tendenziale prevalenza dell'interesse pubblico al ripristino dell'ordine giuridico rispetto agli altri interessi rilevanti; ben altra cosa è la radicale pretermissione, anche ai fini motivazionali, di tali ulteriori circostanze attraverso una loro innaturale espunzione dalla fattispecie*".

ISSN 2036-7821

Tanto depone nel senso della qualificazione della convalida come potere discrezionale.
Sicché, l'amministrazione non è vincolata alla convalida neppure quando interviene nei confronti di atti vincolati per legge[63]; come del resto non è obbligata alla sola alternativa convalida-annullamento d'ufficio, ma, come opzione ulteriore, potrebbe anche valutare di rimanere "inerte" e, pur riconoscendo l'illegittimità dell'atto, decidere di non rimuoverlo e di non sanare il vizio che lo invalida.
La stessa amministrazione potrebbe poi anche decidere, ove possibile, di esercitare altre forme di riesame dell'atto, riformandolo o annullandolo solo parzialmente, ovvero potrebbe anche valutare di annullare l'atto viziato e, più o meno contestualmente, emanarne uno nuovo, identico al primo ma emendato dal vizio di legittimità; dal che si avrebbe una fattispecie di rinnovazione dell'atto molto simile alla convalida quanto a risultato, ma da questa distinta quanto all'ambito temporale dei suoi effetti, posto che con la rinnovazione gli effetti del nuovo atto si producono dalla sua emanazione per il futuro (*ex nunc*), mentre con la convalida continuano a prodursi gli effetti dell'atto viziato (quindi *ex tunc*).
Invero è proprio con riguardo all'efficacia retroattiva della convalida che sono stati sollevati plurimi interrogativi in dottrina e in giurisprudenza.

6. La retroattività della convalida.
Sicché, prima di analizzare limiti e ambito di operatività della convalida, il raffronto tra la convalida e altre vicende giuridiche impone proprio di interrogarsi sulla retroattività del riesame con effetto conservativo. Come per l'annullamento d'ufficio, l'art. 21-*nonies*, l. n. 241/90 non prevede espressamente che la convalida debba avere efficacia solo per il futuro o anche per il passato.
Ciononostante, si è comunque sostenuto che la convalida ha sempre effetto retroattivo[64]. La retroattività, infatti, sarebbe una conseguenza necessitata della convalida in quanto varrebbe a distinguerla da altre fattispecie ad essa analoghe come la sostituzione dell'atto viziato con un nuovo provvedimento illegittimo[65]. Se la convalida sanasse l'atto viziato con effetto non *ex tunc* ma *ex nunc*, non avrebbe una sua utilità pratica autonoma e non si distinguerebbe dalla vicenda dell'annullamento

[63] In tal senso R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo* cit., p. 693. Conforme anche TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 30 aprile 2015, n.1071.
[64] Cfr. P. RAVà, *cit.*, p. 227; L. MAZZAROLLI, *cit.*, p. 3 L. ACQUARONE, *cit.*, p. 229; B. CAVALLO, *cit.*, p. 407; V. ANTONELLI, *cit.*, p. 2223; così in giurisprudenza, tra le altre, TAR, Lazio, Latina, Sez. I, 30 maggio 2012, n. 415 ove si legge che *"L'atto di convalida - pur costituendo un nuovo e autonomo provvedimento amministrativo, come tale impugnabile - non si sostituisce all'atto convalidato, ma ad esso si ricollega al fine di mantenerne fermi gli effetti fin dal momento in cui esso è stato emanato (c.d. efficacia ex tunc della convalida); gli effetti giuridici, pertanto, si imputano all'atto convalidato, rispetto al quale quello convalidante si pone soltanto come causa ostativa all'eventuale annullamento per illegittimità, sempreché l'amministrazione non abbia già perso la disponibilità dell'effetto"*.
[65] R.VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo cit.*, p. 698;

ISSN 2036-7821

del provvedimento con contestuale emanazione di un nuovo atto legittimo che, anzi, consentirebbe di pervenire allo stesso risultato pratico di una convalida operante per il futuro[66].

Si è anche sostenuto che l'atto di convalida avrebbe comunque efficacia *ex nunc* ma esplicherebbe "*sotto un profilo di mero fatto*" una efficacia di conservazione dell'atto per il passato e quindi *ex tunc*, in quanto all'atto stesso la convalida si salderebbe impedendone l'annullamento e quindi conservandone gli effetti per il tempo intermedio tra la data di emanazione dell'atto illegittimo fino al riesame[67]. Tale tesi è stata però criticata in quanto, pur postulando sempre il perdurare dell'illegittimità *medio tempore*, non spiegherebbe le ragioni della non annullabilità dell'atto e della sua non disapplicabilità per gli effetti dell'atto prodottisi prima della convalida[68].

Sotto altro profilo la retroattività degli effetti della convalida si può spiegare tenendo presente la tipologia dei vizi convalidabili. La convalida, di regola, sana un vizio riguardante un elemento di forma dell'atto ma non incide sul suo contenuto, giacché recupera *ex post* una formalità omessa che, ove fosse stata assolta *ex ante*, non avrebbe portato a una modifica del contenuto dispositivo dell'atto stesso e dei suoi effetti. In altri termini, l'espletamento postumo di una formalità, che non incide sul contenuto sostanziale dell'atto originariamente viziato, non va neppure, almeno di regola, a modificare la decorrenza dei suoi effetti. Sicché, la convalida non retroagisce rispetto a effetti che rimangono imputabili, sin dall'inizio, soltanto all'atto sanato, e dal quale continuano a decorrere.

Altra autorevole dottrina ha invece evidenziato che più che di retroattività occorrerebbe parlare di "*retrospettività*" della convalida[69], nel senso che la convalida non opera sull'efficacia *medio tempore* dell'atto viziato che, proprio su un piano logico, prima che giuridico, non potrebbe venir meno in quanto già prodottasi e

---

[66] Nello stesso senso anche la giurisprudenza, tra cui, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 1, 188. Ad essa si conforma anche Cons. Stato, Sez. IV, 21 aprile 2022, n. 3018 in *www.giustizia-amministrativa.it*

[67] Così, P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 3° ed., 1968, p. 526 e nota n. 6.

[68] Così, L. MAZZAROLLI, *cit.*, p. 3

[69] Cfr. G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo* cit., p. 190, secondo cui "*ciò non significa* […] *che la convalida sia retroattiva: l'efficacia spiegata medio tempore dall'atto invalido rende supeflua, prima che logicamente inammissibile, tale retroattività.* […] *In altri termini, l'incidenza della convalida sul vizio dell'atto convalidato è spiegata non dalla retroattività del primo atto, ma da ciò che esso assume il secondo a suo oggetto, e perciò influisce su di esso senza necessità di proiettare i propri effetti nel passato. La convalida è caratterizzata dalla retrospettività, ma non dalla retroattività*". Come illustrato dallo stesso a. (a pag. 400, nota n. 38) la distinzione tra retroattività e retrospettività viene spiegata da altra dottrina, nel senso che mentre con la retroattività si avrebbe "*oltre che retrovalutazione, anche rivalutazione, ossia una valutazione nuova che si sostituisce ex tunc alla valutazione diversa anteriore (onde la operatività nel passato giuridico), mentre la retrospettività comporta una mera rivalutazione di un passato che viene dichiarato, accertato, ma non alterato*". Proprio perché gli effetti dell'atto convalidato continuano a essere ricondotti soltanto a questo, la giurisprudenza sottolinea come con la convalida "*proprio per il suo carattere retroattivo, non riapre i termini per l'impugnazione dell'atto convalidato, che decorrono dalla conoscenza dell'atto convalidato*"; così, TAR Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 12 marzo 2015, n. 152, in *Foro amm.*, 2015, 3, p. 931.

ISSN 2036-7821

continua a essere riconducibile soltanto all'atto originario[70]. La convalida non opererebbe retroattivamente ma si limiterebbe a rimuovere qualsiasi rilevanza del vizio che inficiava l'atto, consentendo così di stabilizzarne gli effetti, che però sono imputabili soltanto all'atto di primo grado; sicché, in definitiva, la funzione della convalida sarebbe di impedire l'annullamento dello stesso sia da parte dell'autorità amministrativa sia per impugnativa del privato[71].

Ciò posto, la retroattività non è stata comunque assunta da tutti come elemento indefettibile della convalida, in ragione delle criticità che essa pone rispetto alla compressione delle situazioni soggettive private. Si assiste, pertanto, a un processo di erosione della retroattività quale carattere essenziale della convalida che viene progressivamente limitato nelle diverse fattispecie poste all'attenzione dell'interprete.

La dottrina ha, anzitutto, evidenziato l'inconsistenza di quegli argomenti che fondavano il necessario effetto retroattivo della convalida.

Quanto all'asserita inutilità pratica di una convalida con effetto soltanto *ex nunc*, si è osservato che, a ben guardare, la convalida non retroattiva risulterebbe comunque meno gravosa rispetto alla sostituzione dell'atto viziato con un nuovo atto, giacché "*per la convalida basta il venire in essere di un singolo atto*" mentre "*la sostituzione con un nuovo atto implicherebbe lo svolgimento ex novo del procedimento*"[72].

Inoltre, la convalida retroattiva implica come principale conseguenza che il singolo non possa più far valere il vizio dell'atto convalidato; e dunque pregiudica proprio la tutela giurisdizionale garantita dagli articoli 24 e 113 Cost., specialmente nell'ipotesi che il singolo abbia impugnato un provvedimento avendo interesse all'annullamento e facendo valere proprio il vizio sanato *ex tunc* dalla convalida[73].

Proprio per ovviare a tale problema si è formato un orientamento, in dottrina e in giurisprudenza, poi superato, che ha sostenuto l'inammissibilità della convalida in

[70] È infatti impensabile che uno stesso effetto giuridico sia riconducibile a due atti distinti, quali l'atto amministrativo viziato e la convalida.

[71] A tal riguardo, si veda la giurisprudenza che, pur riferendosi espressamente al carattere *ex tunc* della convalida, rileva come "*l'esercizio della facoltà di convalida comporta l'emanazione di un provvedimento, nuovo ed autonomo rispetto al provvedimento da convalidare, di carattere costitutivo, che si ricollega all'atto convalidato al fine di mantenerne fermi gli effetti fin dal momento in cui esso venne emanato (c.d. efficacia ex tunc della convalida); pertanto gli effetti giuridici, a differenza di quanto avviene nel caso della rinnovazione dell'atto viziato, si imputano all'atto convalidato, rispetto al quale quello convalidante si pone soltanto come causa ostativa all'eventuale annullamento per illegittimità, con conseguente irricevibilità del ricorso proposto avverso l'atto convalidato se impugnato solo dopo l'intervento dell'atto convalidante*"; cfr. Cons. Stato , sez. IV , 09 luglio 2010 , n. 4460, in *Foro amm. CDS*, 2010, 7-8, p. 1422.

[72] G.D. FALCON, *cit.*, p. 25

[73] G.D. FALCON, *cit.*, p. 26; sul tema anche R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *cit.*, p. 699; G. MANNUCCI, *cit.*, pp. 208 e ss.

ISSN 2036-7821

corso di giudizio[74], e comunque fintanto che l'atto amministrativo non sia divenuto inoppugnabile per decorso del termine per la sua impugnativa[75].
Tale soluzione è stata però ritenuta non priva di inconvenienti giacché la decorrenza del termine di impugnazione non è un fatto certo sempre per tutti i soggetti interessati, per cui l'amministrazione e il giudice potrebbero non sapere se l'atto risulta effettivamente convalidabile o comunque se l'atto risulti convalidabile per tutti o solo per alcuni dei suoi destinatari, dovendo prospettarsi un'ipotesi del tutto "fuori luogo" di convalida "relativa"[76].
Da qui la soluzione che esclude la retroattività della convalida; la convalida potrebbe anche essere ammessa con efficacia per il passato ma come un potere di riesame che consenta, con un unico atto, di pervenire allo stesso risultato determinato dalla sostituzione dell'atto viziato con un nuovo atto, e sempre senza "*privare gli amministrati del diritto costituzionalmente riconosciuto di far valere l'illegittimità del provvedimento per il periodo in cui essa sia esistita, sin tanto che essi abbiano a ciò un interesse*"[77].
Sono poi stati frapposti dei limiti alla retroattività della convalida da parte di quella giurisprudenza che ha comunque escluso che la convalida possa incidere negativamente sulle posizioni giuridiche soggettive consolidate di terzi, in modo da elidere per il passato gli effetti pregiudizievoli già verificatisi[78]; mentre secondo altro orientamento la convalida non sarebbe ammessa rispetto alle ipotesi in cui l'esercizio del potere è sottoposto a un termine perentorio[79].
L'esposizione, finora condotta, dei più significativi orientamenti sul tema consente di evidenziare che, più che sui suoi elementi strutturali, la principale ragione dell'avversione al carattere retroattivo della convalida deriva dalle implicazioni pratiche portate dalla convalida con effetti *ex tunc*.
Si fa leva, infatti, per lo più sulla necessità di evitare che con la convalida retroattiva si arrechi a situazioni giuridiche soggettive tutelate e consolidate nel passato, un

[74] Così, tra gli altri, L. MAZZAROLLI, *cit.*, p. 3; R. VILLATA, *L'atto amministrativo* cit., p. 1543. Tesi in passato sostenuta da Cons. Stato, Sez. IV, 12 aprile 1986, n. 253.
[75] Cfr. L. MAZZAROLLI, *cit.*, p. 3; G. SANTANIELLO, *voce* cit., p. 505
[76] G. D. FALCON, *cit.*, p. 27 e ss., che osserva che comunque potrebbe risultare inutile la convalida di un atto che risulta già inoppugnabile.
[77] G.D. FALCON, *cit.*, p. 29; critici rispetto al riconoscimento del carattere retroattivo della convalida sono anche G. MANNUCCI, *cit.*, pp. 225 e ss.; A. PRONTERA, *cit.*, pp. 261 e ss.;
[78] Così, Cons. Stato, Sez. V, 10 giugno 2002, n. 3207, in *Foro amm. CDS* 2002, 1457; sul tema D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 433. Si veda anche Cons. Stato, Ad. Plen. 29 agosto 1991, n. 6 in *Cons. St.*, 1991, I, 1089, secondo cui, rispetto agli atti ablatori restrittivi della sfera giuridica di singoli privati, la convalida ha efficacia *ex nunc*, non essendo consentito all'autorità amministrativa comprimere con efficacia retroattiva l'esercizio dei diritti di cittadini, in modo da eliminare per il passato le tutele corrispondenti agli effetti pregiudizievoli già verificatisi..
[79] Come conclude Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385, *cit.*.

ISSN 2036-7821

pregiudizio con effetti *ex post* ritenuto inammissibile[80]. Così, anche guardando alle fattispecie più frequenti nelle quali si è posta la tematica, si vuole evitare che la convalida, intervenendo in un giudizio pendente o rispetto a provvedimenti che incidano sfavorevolmente su diritti di destinatari o di terzi, possa sanare con efficacia ex post vizi che dovrebbero sempre determinare l'invalidità del provvedimento. È il caso della convalida che è stata esclusa rispetto all'ipotesi in cui sia stata omessa l'indicazione dei termini iniziale o finale del procedimento espropriativo nella dichiarazione di pubblica utilità, stante anche la funzione garantistica che l'indicazione dei termini assolve al fine di dimostrare l'attualità dell'interesse pubblico che si intende soddisfare con l'ablazione; ma in tale vicenda è evidente che, più che per ragioni di tutela dei diritti dei singoli, l'inammissibilità della convalida deriva dalla tipologia del vizio, attinente alla funzione, che evidenzia appunto l'assenza di un attuale interesse pubblico al momento dell'avvio dell'esproprio e come tale non sanabile[81].

Ciò posto, il dato normativo (contenuto nell'art. 21-*nonies*, comma secondo), non è d'ausilio nella risoluzione della questione, giacché, come per l'annullamento d'ufficio, non puntualizza l'ambito temporale della convalida[82].

E, dunque, non è neppure da escludersi che la convalida possa operare con efficacia soltanto *ex nunc*[83]; come, del pari, non si può negare *tout court* l'efficacia retroattiva alla convalida.

Sicché, in assenza di una norma vincolante sul punto, la soluzione della questione passa inevitabilmente dai principi generali che governano l'azione amministrativa.

È allora indubbio che la convalida, al pari di ogni potere di riesame, è pur sempre espressione del potere-dovere che l'amministrazione ha di curare l'interesse pubblico, anche tornando sui propri provvedimenti per correggerne gli errori; potere-dovere che, tendenzialmente, al di là delle suggestioni pure proposte sul tema, non dovrebbe esaurirsi e resterebbe sempre attribuito all'amministrazione proprio in quanto strumentale al perseguimento costante dell'interesse pubblico, pur se non ci fosse una disposizione che, come nel caso della convalida, lo riconosce.

---

[80] Come osservato da B. CAVALLO, *cit.*, p. 407 "*il problema dei limiti che incontra la retroattività degli effetti del provvedimento di convalida.* […] *Qui non si demolisce, ma si costruisce una nuova "verginità" per il provvedimento di primo grado. Come accade in queste "elusive" operazioni chirurgiche correttive …, sarà soprattutto il terzo che dovròà essere tutelato, per non essere cum fraude gabbato: ha ragione, pertanto, chi ha acutamente sostenuto che la convalida incontra nei "diritti dei terzi" un invalicabile limite per la sua retroattività*".

[81] Così, Cons. Stato, Sez. IV, 4 aprile 2012, n. 1991; Cons. Stato, Sez. IV, 27 dicembre 2006, n. 7898.

[82] A tal riguardo, con riferimento all'annullamento d'ufficio, ma con argomenti estendibili anche alla convalida, si è prospettata la possibilità di ammettere una limitazione nel tempo degli effetti del provvedimento di secondo grado proprio in ragione dell'assenza di una norma che imponga la retroattività del riesame; sul tema, W. TROISE MANGONI, *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 14.

[83] M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado* cit., p. 355

ISSN 2036-7821

Inoltre, anche la decisione sull'effetto temporale della convalida non può che dipendere dalla decisione discrezionale dell'amministrazione che dunque è libera di valutare l'opzione, retroattiva o no, che meglio consenta di soddisfare l'interesse pubblico. Sicché, seguendo tale importazione anche l'effetto retroattivo o irretroattivo del riesame diventa espressione della discrezionalità dell'amministrazione che connota anche la convalida come provvedimento di secondo grado.

Cionondimeno, l'amministrazione dovrà pure tener conto degli interessi di destinatari dell'atto e di eventuali controinteressati[84], specialmente se si ritiene che la convalida e l'annullamento d'ufficio possano rappresentare l'espressione di un potere di riesame unitario quanto a presupposti e a valutazione degli interessi da applicare. Da qui certamente la necessità anche per la convalida di una ponderazione comparativa degli interessi[85], da cui origina anche l'esigenza di tutelare il legittimo affidamento dei singoli che potrebbe risultare compromesso dalla convalida di un atto viziato pregiudizievole.

Va comunque rilevato che almeno parte delle perplessità sollevate dalla "*retroattività*" della convalida possono comunque superarsi, se si ritiene che al singolo possa comunque spettare una tutela, se non in forma impugnatoria quantomeno in via risarcitoria, rispetto agli effetti pregiudizievoli *medio tempore* determinati dall'atto sanato fino al momento della convalida[86]; effetti che comunque si sono prodotti, possono aver inciso negativamente sulla sfera giuridica del privato e che, dunque, ai fini della tutela giurisdizionale, non possono ritenersi "cancellati" dal provvedimento di autotutela.

7. La convalida del "provvedimento annullabile".

Venendo all'ambito applicativo del potere, l'art. 21-*nonies*, comma secondo, l. n. 241/90 circoscrive la convalida al "*provvedimento annullabile*". Da escludersi dunque la convalida di un atto nullo, anche perché improduttivo di effetti[87], o di un atto

[84] In tal senso, V. ANTONELLI, *cit.*, p. 2222; in giurisprudenza, TAR Lazio, Latina, Sez. I, 30 maggio 2012, n. 415.

[85] Così, *ex multis*, TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 2 febbraio 2016, n. 175;

[86] Soluzione proposta da G. MANNUCCI, *cit.*, p. 236 che sostiene che "*a fronte di una convalida che dispone solo per l'avvenire, è concessa al privato l'azione risarcitoria per gli effetti lesivi medio tempore prodotti*". Si osserva poi che il danno risarcibile è per lo più identificabile nello stato di incertezza determinato dall'atto illegittimo finché non venga convalidato. Così, anche se l'atto illegittimo era favorevole, comunque, il singolo subisce il danno derivante dall'incertezza insita nell'illegittimità dell'atto, che lo rende instabile, benché venga poi eliminata; e quindi il singolo può aver temuto l'annullamento dell'atto e, quindi, può aver rinunciato a eseguire un investimento sulla base dell'atto illegittimo. In tema anche F. COSTANTINO, *cit.*, p. 903.

[87] Così, B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento* cit., p. 940; G. SANTANIELLO, voce cit., p. 504; L. MAZZAROLLI, *cit.*, p. 2; F. COSTANTINO, *cit.*, p. 899; in giurisprudenza, si è affermato che "*La dichiarazione di pubblica utilità priva dell'indicazione dei termini relativi al compimento delle espropriazioni e dei lavori previsti dall'art. 13 l. n. 2359 del 1865, in quanto giuridicamente inesistente e radicalmente nulla - senza possibilità di convalida, sanatoria od integrazione ad*

ISSN 2036-7821

amministrativo già annullato[88], ovvero ancora di un atto amministrativo sospeso in via cautelare dal giudice amministrativo, rispetto ai quali mancherebbe anche l'interesse pubblico a convalidare un atto inesistente (nei primi due casi) o comunque inefficace (nel terzo caso). In tali ipotesi l'amministrazione, lungi dal sanare un atto inesistente o inefficace, potrebbe al più emanare un nuovo provvedimento, emendato dai vizi di nullità o di annullabilità e con efficacia soltanto per il futuro. Del pari si deve ritenere inammissibile la convalida di un atto non illegittimo ma solo inopportuno[89] e come tale non annullabile.

Deve poi certamente escludersi la convalida nell'ipotesi che l'amministrazione abbia con l'emanazione dell'atto di primo grado ormai esaurito il suo potere senza possibilità di riesercitarlo nuovamente (come nel caso degli organi di controllo)[90] oppure non abbia la piena disponibilità dell'atto[91].

Ciò posto, si pone la questione di delimitare la nozione di "provvedimento annullabile" suscettibile di convalida e di verificare rispetto a quali vizi può intervenire la sanatoria.

Si tende a sostenere che la convalida rimane ammessa solo per vizi che incidano su elementi formali dell'atto, quali ad esempio un difetto di motivazione (assumendone la natura non sostanziale), l'errato computo o il mancato raggiungimento del quorum, il voto palese in luogo di quello segreto, l'irrituale convocazione di un organo collegiale, la violazione di una norma inerente alla forma del provvedimento; mentre la convalida sarebbe esclusa per i vizi c.d. sostanziali[92]. Del pari, la convalida risulta possibile anche per il vizio di incompetenza, la cui convalidabilità è ammessa anche in corso di giudizio dall'art. 6 della legge 18 marzo 1968, n. 249 (secondo cui "*alla convalida degli atti viziati di incompetenza può provvedersi anche in pendenza di gravame in sede amministrativa e giurisdizionale*").

In presenza di vizi formali, tuttavia, poiché la convalida colloca l'assolvimento della formalità in un momento successivo a quello loro proprio, la sua ammissibilità può

---

opera di provvedimenti successivi - è inidonea a far sorgere il potere espropriativo …"; cfr. Cass. civ., Sez. I, 28 luglio 2010, n. 17677 in *Riv. giur. edilizia* 2011, 1, p. 98.

[88] Cons. Stato, Sez. IV, 28 febbraio 2005, n. 739; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 7 marzo 2022, n. 2609; TAR Veneto, Venezia, Sez. II, 24 luglio 2017, n. 735.

[89] F. COSTANTINO, *cit.*, p. 899.

[90] B. CAVALLO, *cit.*, p. 405

[91] B.G. MATTARELLA, *cit.*, p. 940; Cons. giust. amm. Sicilia, sez. consult., 05 maggio 1999, n. 206, in *Cons. Stato* 1999, I, p. 1017

[92] Cfr. R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *cit.*, p. 695; B. CAVALLO, *cit.*, p. 405; G. SANTANIELLO, *cit.*, p. 505; in giurisprudenza, da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385; sul tema G.D. FALCON, *cit.*, p. 25 e ss., il quale criticamente solleva perplessità nell'ipotizzare la convalida di vizi, difficilmente sanabili *ex post*, quali l'irrituale o mancata convocazione dell'organo collegiale, il voto palese in luogo di quello segreto, o ancora l'errato computo o il mancato raggiungimento del quorum; quanto alla motivazione, invece, osserva che "*suona strano il suo intervento «postumo», sempre che non si tratti non della vera e sostanziale motivazione dell'atto, ma della formale esternazione nel provvedimento di una motivazione nella sostanza già esistente: nel qual caso ci si chiede se davvero l'atto fosse invalido*".

ISSN 2036-7821

riconoscersi solo rispetto a quegli elementi formali che non hanno una rilevanza sostanziale, quali elementi idonei a influenzare il contenuto del provvedimento. In altri termini, la convalida risulta possibile solo se si verifica che con lo spostamento temporale della formalità non sono state pregiudicate le finalità che la formalità stessa mirava a perseguire, o comunque che l'omissione della formalità non abbia diretto la decisione finale a un contenuto diverso da quello che avrebbe avuto se la formalità fosse stata assolta[93].

Tuttavia, la genericità del riferimento al "provvedimento annullabile" potrebbe indurre a sostenere una lettura estensiva della disposizione applicabile a tutti i vizi di legittimità dell'atto[94]; lettura che potrebbe oltretutto essere avallata anche dall'espresso richiamo alle "ragioni di interesse pubblico" sottese alla convalida che potrebbero giustificare anche una riconsiderazione dell'interesse pubblico originario alla base dell'atto di primo grado[95].

Il problema poi si acuisce ulteriormente avendo riguardo a talune particolari categorie di vizi come quello di motivazione, sulla cui qualificazione, come mera violazione di norma formale o procedimentale o come più grave vizio sostanziale, si può discutere; questione che, oltre che in termini generali, si è posta specialmente rispetto all'ammissibilità della convalida del vizio motivazionale in corso di giudizio, e su cui si tornerà[96].

Come accennato, la convalida deve mantenere in vita lo stesso contenuto del provvedimento viziato e mira a salvare i medesimi effetti già dallo stesso prodotti, senza modificarne la parte dispositiva; in caso contrario si avrebbe, infatti, un provvedimento di riforma e non di convalida. Con la convalida, oltretutto, si intende

---

[93] Così, F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, pp. 432 e ss

[94] Come prospettato da V. ANTONELLI, *cit.*, p. 2218, il tenore letterale della disposizione, contenente un generico rinvio al "*provvedimento annullabile*", "*induce a rivedere in chiave estensiva il tradizionale convincimento, rendendo convalidabile anche il provvedimento viziato da eccesso di potere*"; in giurisprudenza è minoritario l'orientamento di Cons. Stato, Sez. V, 13 maggio 2014, n. 71; cfr. TAR Lazio, Latina, Sez. I, 4 dicembre 2014, n. 1036, ove si legge che "*il tradizionale orientamento sfavorevole alla sanabilità dei vizi sostanziali - fondato sulla disposizione dell'articolo 6 della legge 18 marzo 1968, n. 249 - può ritenersi superato dall'articolo 21-nonies della legge n. 241 che non pone limitazioni in materia, riferendosi genericamente al provvedimento amministrativo annullabile (e non ai soli atti viziati da incompetenza o comunque da vizi di forma), con conseguente ammissibilità della convalida di vizi sostanziali*".

[95] Sul tema G. MANNUCCI, *cit.*, pp. 212 e ss.

[96] La questione è affrontata dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385, che distingue a seconda che il vizio della motivazione rifletta "*un vizio sostanziale della funzione (in termini di contraddittorietà, sviamento, travisamento, difetto dei presupposti)*" ovvero equivalga "*unicamente ad una insufficienza del discorso giustificativo-formale, ovvero al non corretto riepilogo della decisione presa*"; nel primo caso la convalida va esclusa, mentre è ammessa nel secondo. Sull'argomento, cfr. A.ZITO, *L'integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1994, pp. 577 e ss.; F. APERIO BELLA, *Limiti alla convalida del vizio di motivazione in corso di giudizio (nota a Cons. Stato, Sez. VI, n. 3385/2021*, in *www.giustizia-insieme.it*, che offre anche un interessante ricostruzione dei principali orientamenti che hanno interpretato la motivazione talvolta in senso sostanzialistico talora in senso formalistico.

ISSN 2036-7821

anche conservare un atto di cui si condivide il fine pubblico originariamente perseguito. Per tali ragioni, è difficile configurare la convalida di vizi sostanziali dell'atto, i quali non potrebbero essere eliminati senza modificare il contenuto e gli effetti del provvedimento; è il caso dei vizi c.d. funzionali dell'atto che sia affetto da eccesso di potere per disparità di trattamento ovvero dell'ipotesi in cui il provvedimento contenga una clausola o condizione illegittima, la cui eliminazione comporterebbe una sua modificazione sostanziale[97].
Del pari, è ritenuta inammissibile la convalida di un atto che sia stato adottato in assenza di presupposti, come l'urgenza, che soli ne avrebbero consentito l'adozione *ab origine* ovvero nell'ipotesi di un atto illegittimo perché viziato da eccesso di potere per sviamento, emanato per un fine diverso da quello posto dalla legge, ovvero perché viziato da difetto dei presupposti di fatto o da un loro travisamento.
Rispetto a tali vizi anche un intervento dell'amministrazione non potrebbe sanare un atto che è illegittimo fin dalla sua adozione e tale rimarrebbe anche in seguito al riesame. L'amministrazione, infatti, non potrebbe conferire *ex post* all'atto viziato uno scopo di interesse pubblico diverso da quello che il provvedimento, fin dall'origine, era oggettivamente diretto a conseguire, così come non potrebbe sanare la mancanza o l'erronea valutazione di un fatto che non è mai esistito[98].

8. L'interesse pubblico alla convalida

Il tema dell'insanabilità del vizio dell'eccesso di potere per sviamento induce a spostare la riflessione sull'interesse pubblico perseguito con la convalida. La premessa è quella già delineata secondo cui la convalida non può sanare vizi sostanziali e vizi della funzione dell'atto, perché la convalida non può determinare *ex post* l'esistenza di un presupposto di legge o un fatto o il perseguimento di uno scopo assenti *ab origine*, pena lo snaturamento e la modificazione degli effetti e del contenuto dell'atto medesimo. In altri termini, seguendo questa impostazione, la convalida mira a sanare un atto che, pur viziato nella "forma", risulta legittimo nella "sostanza". Pertanto, la convalida può intervenire solo su un atto che è e rimane, anche dopo il riesame, sempre finalizzato al soddisfacimento dello stesso interesse pubblico già perseguito con l'atto originario, di cui appunto, con la convalida, si conferma la "bontà"[99].

---

[97] Così, B.G. MATTARELLA, *cit.*, p. 940; L. MAZZAROLLI, *cit.*, p. 2

[98] Così, chiaramente L. MAZZAROLLI, *cit.*, p. 2; G. SANTANIELLO, *cit.*, p. 505; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018, p. 598.

[99] Soluzione in linea con la dottrina che, con riguardo all'annullamento d'ufficio, ma con argomento estendibile a ogni tipo di riesame, individua l'interesse pubblico (all'annullamento) nell'interesse primario; cfr. A. CONTIERI, *Il riesame* cit., p. 124, ove si legge che "*nella configurazione dell'interesse pubblico che induce l'amministrazione ad annullare. Esso va, infatti, ricercato nell'interesse primario tutelato dalla norma attributiva del potere di adozione dell'atto annullato. Si tratta, dunque, dell'interesse curato (o mal curato) in primo grado*".

ISSN 2036-7821

Non si dovrebbe cioè ammettere la convalida che, determinando una modifica della "sostanza" dell'atto, incida sul medesimo modificandone il contenuto perché ritenuto inidoneo a perseguire l'interesse pubblico originario; diversamente, come esposto in precedenza, non si avrebbe più convalida ma un'autentica riforma dell'atto.

Tuttavia, la lettera dell'art. 21-*nonies*, richiamando "*le ragioni di interesse pubblico*" potrebbe indurre a ritenere che con la convalida sia ammessa anche una diversa valutazione dell'interesse su cui fondava l'atto originario; impostazione questa che, però, viene criticata dalla dottrina che avverte come, nell'ipotesi di modifica dell'interesse pubblico assunto alla base dell'atto convalidato, non si ha più convalida ma rimozione dell'atto di primo grado e sua sostituzione con un nuovo atto emendato dalle illegittimità originarie[100].

Tale soluzione è condivisibile se si considera che la convalida salva il medesimo provvedimento originario, con lo stesso contenuto e con gli stessi effetti, senza modificarne la sostanza, non essendo ammissibile la sanatoria di un atto che già quando emanato non soddisfava lo stesso fine pubblico perseguito dall'amministrazione.

Tuttavia, è pur vero che occorre anche un interesse pubblico specifico e concreto alla convalida dell'atto[101], e cioè alla rimozione del vizio di legittimità, al fine di sanare e impedire di far valere l'invalidità dell'atto medesimo. Tale interesse consiste nel dare stabilità agli effetti del provvedimento, eliminando ogni eventuale incertezza determinata dallo stato di illegittimità dell'atto originario. I vantaggi della convalida possono essere molteplici.

Anzitutto, si rimuovono profili di responsabilità derivanti dall'illegittimità dell'atto, quantomeno per il periodo di tempo successivo alla convalida[102]. Eliminando la fonte di incertezza derivante dal vizio di illegittimità, la convalida preclude o, quantomeno, limita anche le eventuali conseguenze negative che dal provvedimento illegittimo possano derivare sul pianto risarcitorio, quanto meno rispetto al periodo successivo alla convalida.

La convalida impedisce, inoltre, l'eventuale disapplicazione dell'atto sanato da parte del g.o.

---

[100] Dubbio prospettato da G. MANNUCCI, *cit.*, p. 212

[101] In giurisprudenza, si tende ad imporre la presenza di "effettive esigenze pubblicistiche" che sorreggono la convalida; così, Cons. Stato, Sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6199; Sez. V, 15 luglio 2013. Non mancano però pronunce secondo cui sarebbe alleggerito l'onere dell'amministrazione di esporre ragioni di interesse pubblico alla convalida, sostenendo che tale interesse "*è nelle cose e non richiede una particolare manifestazione, dato che è del tutto evidente come l'Amministrazione possa ben scegliere di mantenere in vita un provvedimento affetto da un vizio considerato di carattere solo formale (l'incompetenza)*"; così, Cons. Stato, Sez. IV, 29 dicembre 2014, n. 6384.

[102] E quindi anche ad impedire di far valere l'invalidità agli effetti della tutela risarcitoria per il danno ingiusto da questa derivante.

ISSN 2036-7821

Oltretutto, la convalida ha anche il vantaggio di garantire un risparmio di tempi e di attività all'amministrazione, giacché mantiene in vita un provvedimento *uno actu*, e peraltro con efficacia di regola *ex tunc*, senza dover ricorrere alla duplice attività di annullamento dell'atto viziato e di sua rinnovazione; il che garantisce, oltre al recupero dell'attività già svolta dall'amministrazione, anche un risparmio di tempi e risorse dell'amministrazione. Ciò pone la convalida nel solco dei principi di economicità e di buon andamento dell'azione amministrativa e del divieto di aggravamento del procedimento (di cui all'art. 1, comma secondo, l. n. 241/90).
Inoltre, la convalida può consentire anche di salvaguardare un termine perentorio già rispettato dall'atto viziato, ad esso saldandosi e consolidandone contenuto ed effetti; e, in talune fattispecie, se ne apprezza addirittura l'indispensabilità. Si pensi alla convalida di un provvedimento di annullamento d'ufficio sottoposto dall'art. 21-*nonies*, comma primo, al termine di dodici mesi. Se ipotizziamo che l'annullamento d'ufficio, inficiato da un vizio formale di legittimità, sia comunque intervenuto tempestivamente, la convalida ha il vantaggio di sanare l'atto di annullamento d'ufficio senza dover ricorrere a una sua sostituzione con un nuovo atto di annullamento, questa volta legittimo; tenendo presente, inoltre, che il nuovo annullamento d'ufficio non sarebbe neppure possibile ove fosse ormai scaduto il termine di dodici mesi di cui al comma primo dell'art. 21-*nonies*. La convalida, invece, consente di salvare il termine perentorio, sempre a condizione che l'atto di annullamento d'ufficio sanato sia a sua volta intervenuto nei termini.
Da ciò deriva che l'interesse alla convalida assume un carattere complesso, dovendo comprendere, oltre all'interesse primario, anche un interesse ulteriore, di carattere specifico e concreto, all'eliminazione dello stato di incertezza determinato dall'atto viziato che viene sanato.

9. La convalida del "provvedimento non annullabile" ai sensi dell'art. 21-octies, comma secondo, l. n. 241/1990.

Orbene, il tema dei vizi convalidabili del "provvedimento annullabile" si complica alla luce di quanto previsto dell'art. 21-*octies*, comma secondo, l. n. 241/1990, che esclude l'annullabilità del provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento e sulla forma degli atti nel caso in cui, per la natura vincolata, il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso, nonché l'annullabilità del provvedimento adottato in violazione dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato; fatta esclusione per il provvedimento adottato in violazione dell'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990.

ISSN 2036-7821

Secondo un primo orientamento, per "*provvedimento annullabile*" si intende solo quello "*annullabile*" ai sensi del comma secondo dell'art. 21-*octies*; con la conseguenza che non sarebbero convalidabili i provvedimenti vincolati viziati da violazione di norma sulla forma e sul procedimento qualora il loro contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Se, infatti, al ricorrere delle ipotesi previste dall'art. 21-*octies*, comma secondo, il provvedimento non è comunque annullabile, mancando un "*provvedimento annullabile*", la convalida comunque risulterebbe inutile giacché diretta a evitare un annullamento già per legge escluso[103]. Alle condizioni fissate dall'art. 21-*octies*, comma secondo, la non annullabilità del provvedimento opererebbe alla stregua di una convalida sui generis.

Ove così fosse, però, il campo applicativo della convalida ex art. 21-*nonies*, comma secondo, risulterebbe fortemente limitato ed ammissibile soltanto per una ridotta categoria di vizi, quali il vizio di incompetenza -per cui la convalida è prevista *ex lege*- il vizio di violazione dell'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990 -in quanto espressamente sottratto all'ambito applicativo dell'art. 21-*octies*, comma secondo- e i vizi di forma e di procedimento che inficiano i provvedimenti discrezionali.

L'orientamento delineato si fonda sul riconoscimento, per vero tutt'altro che pacifico, di una valenza "*sostanziale*" dell'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990, quale norma applicabile non solo agli effetti processuali ma idonea ad escludere l'annullabilità (o sarebbe meglio dire l'illegittimità)[104] del provvedimento in ogni caso e, dunque, anche nell'ipotesi di provvedimento di riesame[105].

---

[103]Tesi sostenuta da V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della L. n. 241/1990*, in *www.giustamm*.it; cfr. R.VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento* cit., p. 696; G. MANNUCCI, *cit.*, pp. 214 e ss.; M. IMMORDINO, *I provvedimenti di secondo grado* cit., pp. 354 e 355; G. PIETROSANTI, *cit.*, pp. 505 e ss.

[104] A tal riguardo, senza poter riproporre i termini troppo ampi del dibattito postosi a riguardo, si rammenta l'orientamento che qualifica come "legittimo" il provvedimento non annullabile ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma secondo; in tal senso da F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003, 266; Id., *L'annullabilità degli atti amministrativi*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, 381; F. FRACCHIA – M.OCCHIENA, *Art. 21-octies, comma 2*, in N.Paolantonio - A.Police – A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione,* Torino, Giappichelli, 2006, pp. 616 e ss.; si veda anche E. CASETTA, *Manuela* cit, p. 575, secondo cui l'illegittimità sarebbe "sanata" dal provvedimento finale; *contra* R.VILLATA-M. RAMAJOLI, *cit.*, p. 611. Sul dibattito si veda P. LAZZARA, *Contributo alla discussione sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21-octies, l. 241 del 1990*, in *Foro amm. C.d.S.*, 1, 2009, pp. 190 e ss.

[105] La tesi della natura sostanziale dell'art. 21-*octies* è avversata dalla prevalente giurisprudenza che ne sostiene la natura processuale, specialmente al fine di affermarne l'applicabilità a processi già pendenti alla data di entrata in vigore della legge n. 15/2005 che ha introdotto la disposizione; cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 20 gennaio 2022, n. 359; Cons. Stato, Sez. II, 12 marzo 2020, n. 1800; Cons. Stato, Sez. II, 9 gennaio 2020, n. 165. In dottrina, *ex multis* M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 3, pp. 557 e ss. secondo cui "*La disposizione* […] *è una disposizione di natura processuale*"; F. MIDIRI, *L'art. 21-octies della legge sul procedimento amministrativo è una disposizione di carattere sostanziale o processuale?*, in *Foro amm. CDS*, 2007, pp. 254 e ss.; A. CALEGARI, *Sulla natura sostanziale o processuale e sull'immediata applicabilità ai giudizi pendenti delle disposizioni concernenti l'annullabilità dei provvedimenti amministrativi contenuti nell'art. 21 octies, l. n. 241 del 1990*, in *www.giustamm.it*.

ISSN 2036-7821

Inoltre, dopo la modifica dell'art. 21-*nonies*, comma primo, ad opera dell'art. 25, comma 1, lettera b-*quater*, n. 1, d.l. n. 133/2014, conv. in l. n. 164/2014, anche l'ambito applicativo dell'annullamento d'ufficio è stato limitato all'ipotesi del provvedimento illegittimo ed annullabile ai sensi dell'art. 21-*octies* "*esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2*". Ciò potrebbe indurre a ritenere che il "*provvedimento annullabile*" richiamato dal secondo comma dell'art. 21-*nonies* sia lo stesso provvedimento annullabile d'ufficio alle condizioni del primo comma. Soluzione questa supportata dall'argomento secondo cui la convalida condivide con l'annullamento d'ufficio i suoi presupposti e l'ambito applicativo; e che dunque fa leva proprio su quella impostazione, delineata nel precedente paragrafo 4), secondo cui le due forme di riesame, conservativo e demolitorio, costituiscono "*due facce di una stessa medaglia*", alternative tra loro e caratterizzate da alternatività e simmetrica "*specularità*"[106].

Inoltre, sempre nel solco del primo orientamento, si afferma che nell'ipotesi di provvedimento non annullabile ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma secondo, l. n. 241/1990 la convalida sarebbe inammissibile anche perché difetterebbe di un interesse pubblico che giustifichi l'attività sanante di secondo grado[107]. La sanatoria dell'atto, infatti, sarebbe già assicurata dalla non annullabilità prevista dal comma secondo dell'art. 21-*octies* e il provvedimento di riesame diverrebbe un mero duplicato di un effetto già prodotto *ex lege*. Tale soluzione prende l'abbrivio dall'idea che la convalida o è diretta a evitare le possibili conseguenze negative della illegittimità dell'atto[108] oppure mira a perseguire lo stesso interesse pubblico dell'atto di primo grado; di talché non aggiungerebbe altro a un provvedimento vincolato che, benché illegittimo, nelle ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 21-*octies*, non potrebbe comunque avere un contenuto diverso da quello in concreto adottato[109].

Secondo altro orientamento, che appare preferibile e al quale aderisce anche la giurisprudenza[110], il "*provvedimento annullabile*" e, dunque, convalidabile è ogni provvedimento illegittimo -purché affetto da vizi non sostanziali, secondo quanto detto sopra- anche se "*non annullabile*" ai sensi del secondo comma dell'art. 21-*octies*. La non annullabilità di cui al secondo comma dell'art. 21-*octies* avrebbe, infatti, una

---

[106] Cfr. anche G.PIETROSANTI, *cit.*, p. 505

[107] Questa la tesi di G. MANNUCCI, *cit.*, p. 215.

[108] Così D. SORACE, *cit.*, p. 433.

[109] G. MANNUCCI, *cit.*, pp. 216 e 217 secondo cui il provvedimento vincolato ancorché illegittimo "*raggiunge già l'interesse pubblico, perché, non potendo avere contenuto diverso da quello in concreto adottato, realizza il risultato che la legge collega al procedimento*" e "*la vincolatezza* […] *delle fattispecie esaminate assorbe la discrezionalità (persino in riferimento all'an) che distingue l'attività di riesame*. […] *In altri termini, non si possono convalidare i provvedimenti, poiché la loro vincolatezza non lascia spazio di scelta all'amministrazione*".

[110] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385 secondo cui "*deve ritenersi possibile per la pubblica amministrazione anche di procedere alla convalida di un provvedimento non annullabile ai sensi del citato comma 2 dell'art. 21-octies (la cui regola si muove sul piano processuale), sebbene in tal caso l'utilità giuridica consista al più soltanto in una maggiore certezza e stabilità del rapporto amministrativo*".

ISSN 2036-7821

valenza meramente processuale e non estendibile ad altre fattispecie, men che meno al riesame conservativo.

Tale impostazione interpreta la nozione di "*provvedimento annullabile*", prevista dal comma secondo dell'art. 21-*nonies*, come provvedimento illegittimo, anche se non annullabile ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma secondo[111].

Inoltre, seguendo tale orientamento, alla presunta "*inutilità*" della convalida dell'atto non annullabile *ex* art. 21-*octies*, comma secondo, è agevole replicare che, come già illustrato innanzi, la convalida persegue uno scopo preciso e ulteriore rispetto all'atto originario e che consiste nel sanare a ogni effetto il provvedimento illegittimo. In altri termini, la convalida non mira soltanto a perseguire l'interesse pubblico già proprio dell'atto originario, ma sottende un interesse pubblico più complesso che si sostanzia nella duplice funzione del ripristino della legalità violata e della definitiva stabilizzazione dell'atto viziato. I vantaggi determinati dalla convalida possono essere molteplici e sono stati delineati sotto più profili.

Un'ulteriore conferma di tali conclusioni si rinviene ove si consideri che la non annullabilità di cui al secondo comma dell'art. 21-*octies* non è nella disponibilità dell'amministrazione ma è conseguenza di una decisione spettante soltanto al giudice[112]. Sicché, anche nelle ipotesi di cui al comma secondo dell'art. 21-*octies*, l'amministrazione non ha la certezza che il vizio di illegittimità dell'atto verrà considerato dal giudice come non invalidante; e, pertanto, l'amministrazione può avere un interesse concreto ed attuale a esercitare la convalida per rimuovere definitivamente ogni dubbio sull'illegittimità dell'atto[113].

Di talché, la convalida consente di raggiungere un risultato ulteriore rispetto alla mera "sanatoria" posta dal secondo comma, dell'art. 21-*octies*; risultato confermato anche dalla funzione della convalida che, lungi dall'essere attività meramente interpretativa, dichiarativa o confermativa della bontà del primo atto, ha carattere costitutivo, determinando, una volta per tutte, l'eliminazione del vizio di legittimità in vista della definitiva stabilità all'atto convalidato[114].

---

[111] E risulta avvalorata proprio dall'orientamento che afferma l'illegittimità del provvedimento pur non annullabile ai sensi del secondo comma dell'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990; cfr. R.VILLATA-M.RAMAJOLI, *Il provvedimento* cit., p. 611.

[112] Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità* cit., pp. 409 e ss. secondo cui "*La regola della non annullabilità del provvedimento per assenza di alternative legittime va quindi intesa nel senso che il provvedimento non è annullabile quando la statuizione è l'unica corretta, alla stregua del giudizio di conformità a diritto che l'ordinamento rimette al giudice* […] *L'ambito di applicazione della non annullabilità del provvedimento illegittimo per vizi di forma, coincide dunque con l'ambito entro il quale è possibile il controllo giudiziale pieno sulla corrispondenza della fattispecie astratta alla fattispecie dell'atto*".

[113] Così, R.CHIEPPA, *cit.*, p. 939.

[114] Sulla natura costitutiva della convalida, si veda L. MAZZAROLLI, *cit.*, p. 3, ove si legge che "*l'atto di convalida* […] *comporta il prodursi di un effetto innovativo sull'atto che ne costituisce oggetto e va perciò classificato tra gli atti costitutivi. La convalida, infatti, non può essere configurata unicamente come una dichiarazione di conoscenza dei vizi di legittimità di cui un provvedimento sia affetto, ma pur postulando tale accertamento si presenta anche, ed essenzialmente,*

ISSN 2036-7821

Infine, anche su un piano strettamente letterale, il comma secondo dell'art. 21-*nonies*, facendo sempre "*salva la possibilità di convalida*", parrebbe slegare la convalida dai presupposti dell'annullamento d'ufficio definiti nel primo comma, tra i quali appunto l'esistenza di un provvedimento "*illegittimo* […] *esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2*"; così consentendo di qualificare la convalida come un potere di riesame autonomo rispetto all'annullamento d'ufficio.

10. Il "termine ragionevole" della convalida

Solleva perplessità anche il significato da attribuire al "termine ragionevole" entro cui la convalida è ammessa ai sensi del secondo comma dell'art. 21-*nonies*.

Da una prima lettura della norma, non è chiaro né a quali circostanze si riferisce la "ragionevolezza" del termine né quale interesse mira a tutelare; con la convalida, infatti, l'amministrazione non rimuove ma mantiene in vita un atto già esistente e produttivo di effetti[115].

Ebbene, la fissazione di un termine entro cui esercitare il riesame può avere un senso rispetto a forme di autotutela demolitoria, come nell'ipotesi dell'annullamento d'ufficio, ove si eliminano eventuali effetti favorevoli prodotti dell'atto con tutte le evidenti ripercussioni in termini di lesione della certezza del diritto e del legittimo affidamento del singolo destinatario del provvedimento. Più tempo passa, più il singolo avrà confidato sulla stabilità degli effetti per lui vantaggiosi e maggiore sarà anche il grado di tutela del suo legittimo affidamento. Pertanto, secondo l'attuale formulazione del comma primo dell'art. 21-*nonies*, l'amministrazione va incontro a particolari restrizioni ove ritenga di annullare d'ufficio un atto illegittimo favorevole al singolo, dovendo valutare tutti gli interessi dei privati coinvolti e potendo esercitare il potere di riesame solo entro uno spazio temporale ben definito.

Nel caso della convalida, invece, l'esercizio del riesame conservativo anche a distanza di tempo dall'atto sanato, risulta neutrale rispetto all'affidamento del singolo, giacché non fa altro che consolidare in via definitiva gli effetti già prodottisi di un atto.

Anzi, potrebbe addirittura affermarsi che le posizioni giuridiche dei singoli, nell'ipotesi della convalida esercitata oltre un dato tempo decorso, siano meglio tutelate. Così, sicuramente è meno problematica la convalida esercitata oltre il termine ordinario di impugnazione di un atto di sessanta giorni ovvero quando non sia neppure più annullabile dall'amministrazione per decorso del termine di dodici mesi, rispetto alla convalida che intervenga quando l'atto risulta ancora impugnabile o annullabile d'ufficio dall'amministrazione. Nell'ipotesi che sia decorso il termine

come un atto che dispone il prodursi di un risultato costituente un quid novi rispetto alla situazione precedente, posto che prima della convalida si aveva un atto viziato, mentre a seguito e per effetto di essa si è di fronte a un atto legittimo". In tal senso anche P. RAVÀ, *cit.*, p. 112.

[115] Cfr. D. SORACE, *cit.*, p. 433; R. CHIEPPA, *cit.*, p. 939; F. COSTANTINO, *cit.*, p. 902

ISSN 2036-7821

per impugnare un atto illegittimo, non c'è nel singolo neppure un'aspettativa a un futuro annullamento del provvedimento[116]; al contrario, posizioni di controinteresse alla convalida possono sussistere *medio tempore*, quando è ancora pendente il termine per impugnare l'atto illegittimo[117].
Piuttosto proprio la fissazione di un "termine ragionevole" alla convalida potrebbe limitare il fenomeno della convalida in corso di giudizio, rispetto al quale si pone la questione di tutelare la posizione giuridica del singolo che abbia proposto ricorso avverso l'atto viziato[118].
Si potrebbe, però, condividere l'idea che il "termine ragionevole" sia rispettato allorché l'amministrazione intervenga tempestivamente e con la massima celerità possibile a sanare l'atto, rimuovendo la sua condizione di precarietà; la ragionevolezza fungerebbe dunque da parametro per quantificare anche il danno (da incertezza) subito dal singolo, che sarà tanto maggiore quanto più a lungo si protrarrà l'inerzia dell'amministrazione nella convalida dell'atto[119].
Tale impostazione è anche coerente con la funzione della convalida, consistente proprio nell'eliminazione dello stato di incertezza determinato dall'atto illegittimo. È, infatti, proprio dalla precarietà e instabilità dell'atto illegittimo che derivano le principali conseguenze pregiudizievoli per il singolo che, dunque, l'amministrazione ha l'onere di sanare tempestivamente. Tuttavia, tale soluzione deve pur sempre rimanere coerente con l'impostazione della convalida come potere discrezionale, nell'*an* e nel *quomodo*; l'idea che l'amministrazione "è obbligata", ha "l'onere", è "intimata a" convalidare l'atto quanto prima, cioè "entro un termine ragionevole", potrebbe indurre a concludere che l'amministrazione avrebbe comunque il "dovere" di convalidare l'atto illegittimo, quantomeno per evitare o limitare le conseguenze pregiudizievoli derivanti dal perdurare dell'incertezza.
Pare, invece, più difficile concludere che dalla scadenza del "termine ragionevole" possano derivare conseguenze in termini di esaurimento del potere di convalida; si tratta di un tema che richiederebbe un approfondimento ulteriore, non possibile in questa sede, onde valutare la natura della norma che prevede il termine ragionevole e gli effetti della sua violazione.

11. La convalida in corso di giudizio…

Il tema dell'ambito applicativo della convalida impone di verificare la sua ammissibilità in pendenza di un giudizio di impugnazione avverso l'atto amministrativo da sanare; problema che si è posto con particolare riguardo alla

[116] Cfr. R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *cit.*, p. 694.
[117] R. CHIEPPA, *cit.*, p. 939.
[118] Così pare orientato E.CASETTA, *Manuale* cit., p. 598; cfr. anche D.SORACE, *cit.*, p. 433.
[119] Secondo l'impostazione suggerita da G. MANNUCCI, *cit.*, p. 238.

ISSN 2036-7821

sanabilità del vizio di motivazione ed è connesso alla più ampia questione dell'integrabilità postuma della motivazione[120].

Come anticipato, l'art. 21-*nonies*, comma secondo, non prevede nulla neppure con riferimento all'ammissibilità della convalida in corso di giudizio, facendo soltanto "*salva la possibilità*" della convalida "*entro un termine ragionevole*". Mentre solo l'art. 6 della l. n. 249/1968 ha previsto la convalida dell'atto viziato da incompetenza pure in pendenza di gravame in sede giurisdizionale (oltre che in sede amministrativa).

In difetto di una norma, la soluzione della questione deve essere ricavata dai principi e dalle regole generali sottese all'esercizio del potere e ai suoi rapporti con il processo amministrativo.

Una volta vagliata l'ammissibilità della convalida in pendenza di un ricorso in sede giurisdizionale, si deve verificare rispetto a quali vizi possa intervenire la sanatoria, posto che, come si dirà, la convalida in corso di giudizio risulta comunque limitata ai soli vizi formali dell'atto e non anche a quelli sostanziali. Infine, si rende necessario valutare se la convalida in corso di giudizio possa comunque operare rispetto al vizio della motivazione, di cui occorre, dunque, indagare la natura, formale o sostanziale.

Ebbene, la questione dell'ammissibilità in termini generali della convalida di un atto amministrativo in pendenza di ricorso giurisdizionale vede contrapporsi, da una parte, il diritto del singolo ricorrente, costituzionalmente garantito a presidio del suo interesse individuale, a ottenere tutela giurisdizionale contro un provvedimento illegittimo, di cui si chiede l'annullamento, e, dall'altra parte, il potere di convalida attribuito all'amministrazione per la soddisfazione di interessi pubblici.

Sulla possibilità di convalidare un atto illegittimo impugnato con ricorso in sede giurisdizionale si fronteggiano due orientamenti contrapposti[121].

L'orientamento che nega la possibilità di convalidare un atto gravato da ricorso al g.a. fa leva principalmente sul diritto alla difesa del singolo, che verrebbe pregiudicato dalla convalida intervenuta nel corso del giudizio di impugnazione dell'atto viziato[122]. Con la convalida e la definitiva sanatoria dell'atto, infatti, verrebbe meno l'aspettativa o, se si vuole, il diritto, sorti con la proposizione del ricorso in sede giurisdizionale, a ottenere una pronuncia giudiziale di annullamento dell'atto illegittimo. Ciononostante, l'amministrazione potrebbe comunque annullare

[120] Sul tema *ex multis* A.ZITO, *L'integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1994, pp. 577 e ss.; S. GIACCHETTI, *Fontanazzi giuridici: l'integrazione in corso di giudizio del provvedimento impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 20; G. TROPEA, *La c.d. motivazione «successiva» tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2003, fasc. 3, pp. 531 e ss.

[121] Per una ricostruzione si vedano *ex multis* B.G. MATTARELLA, *cit.*, p. 941; G.D. FALCON, *cit.*; V. ANTONELLI, *cit.*, p. 2221 e ss.; M. D'ORSOGNA, *cit.*, p. 5408; G. MANNUCCI, *cit.*, pp. 244 e ss.; R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *cit.*, pp. 700 e ss.; F. COSTANTINO, *cit.*, pp. 904 e ss.; A.G. PIETROSANTI, *cit.*, pp. 506 e ss.; F. APERIO BELLA, *cit.*

[122] Cfr. L. MAZZAROLLI, *cit.*, p. 3; G. SANTANIELLO, *cit.*, p. 505; R. VILLATA, *L'atto amministrativo* cit., p. 1543. Ivi si richiama anche la giurisprudenza che aderiva all'orientamento in parola.

ISSN 2036-7821

l'atto illegittimo e sostituirlo con un nuovo atto emendato dal vizio originario, che produrrebbe effetti soltanto *ex nunc*.

Tale tesi si ambienta perfettamente in un contesto normativo (e culturale) nel quale il giudizio amministrativo era inteso ancora soltanto nella sua tradizionale dimensione meramente cassatoria come giudizio soltanto sull'atto e non sul rapporto, ove la sussistenza di vizi meramente formali, pur non influenti sul risultato dell'atto, assumono carattere decisivo ai fini dell'annullamento del provvedimento, senza alcuna verifica circa la fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere dal singolo. Di tal ché, nella prospettiva di un ampliamento dell'ambito della cognizione del giudice amministrativo alla fondatezza dell'interesse fatto valere dal ricorrente, risulta più difficile opporre ostacoli alla convalida, anche in corso di giudizio, di un atto amministrativo che, benché illegittimo perché inficiato da vizi formali, risulti però corretto nella sua sostanza decisionale.

A ciò però si aggiungono ulteriori argomenti contrari all'ammissibilità della convalida in pendenza di gravame in sede giurisdizionale.

Si potrebbe, infatti, opporre alla convalida in corso di giudizio l'idea che anche l'annullamento dell'atto per ragioni meramente formali potrebbe determinare comunque un vantaggio per il ricorrente. Il titolare di un interesse contrapposto rispetto all'atto impugnato conserva, infatti, sempre un interesse alla sua caducazione anche solo per vizi formali. Dall'annullamento dell'atto deriva quantomeno una nuova chance per la soddisfazione del proprio interesse, tramite il nuovo esercizio del potere[123]; anche l'annullamento del provvedimento per vizio formale consente al singolo, comunque, un risultato quale la conservazione del bene della vita leso dal provvedimento per il periodo intermedio fino all'emanazione del nuovo provvedimento che, potrebbe anche non intervenire e che comunque avrebbe efficacia *ex nunc*[124].

---

[123] V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, pp. 463 e ss.

[124] E. FOLLIERI, *La giurisdizione del giudice amministrativo a seguito della sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204 e dell'art. 21-*octies *della legge 7 agosto 1990, n. 241,* in *www.giustamm.it*, che riferisce l'esempio dell'ingiunzione a demolire il manufatto abusivo; dal suo annullamento anche solo per vizi formali, il singolo può intanto godere dell'immobile e magari sfruttare le sopravvenienze che consentano di evitare il provvedimento sfavorevole, che comunque avrebbe solo efficacia *ex nunc* e non per il periodo intermedio. Così, anche A. ZITO, *L'integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, cit., p. 591, secondo cui l'annullamento per ragioni formali dell'atto porta comunque un'utilità perché comunque ripristina la situazione modificata e la rende non modificabile se non con un provvedimento legittimo successivo e comunque porta quantomeno l'eventualità che l'amministrazione non decida di riesercitare il potere emanando l'atto emendato dai suoi vizi; V.CERULLI IRELLI, *Convalida in corso di giudizio e tutela della pretesa sostanziale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2002, 6, pp. 641 e ss., secondo cui almeno nel caso di annullamento dell'atto discrezionale ci sarebbe la chance di un esercizio del potere con una decisione finale dal contenuto diverso.

ISSN 2036-7821

Inoltre, si osserva come anche il "*termine ragionevole*", entro cui è sottoposta la convalida dall'art. 21-*nonies*, comma 2[125], potrebbe essere interpretato come limite all'operatività della sanatoria in pendenza di gravame innanzi al giudice.
Sul fronte opposto, si afferma, invece, la possibilità di convalidare un atto illegittimo, benché gravato da ricorso in sede giurisdizionale[126].
Il principale argomento è che il giudizio amministrativo è un processo inteso in senso dinamico, incentrato sul rapporto e sulla verifica dell'effettiva fondatezza della pretesa fatta valere più che sul rispetto, in chiave meramente statica, della legalità formale dell'atto. Secondo tale paradigma processuale non rilevano ai fini dell'annullamento i vizi formali che non abbiano inciso sul risultato finale del provvedimento, come previsto dall'art. 21-*octies*, comma secondo, l. n. 241/1990. Sicché, anche un annullamento dell'atto per vizi meramente formali sarebbe inutile se l'amministrazione potesse comunque reiterarlo con lo stesso contenuto ma emendato dal suo vizio; tanto vale ammetterne la convalida, evitando l'annullamento. Il che, secondo questo orientamento, consente anche di soddisfare apprezzabili esigenze di economicità e di buon andamento dell'azione amministrativa, oltre a favorire il ravvedimento operoso dell'amministrazione.
Secondo tale impostazione, inoltre, sono infondati i timori sollevati con riguardo al possibile pregiudizio che subirebbe il diritto di difesa del singolo in caso di convalida in corso di giudizio dell'atto impugnato. Il ricorrente, infatti, potrebbe comunque tutelare le proprie ragioni impugnando con motivi aggiunti[127] l'atto di convalida ovvero chiedendo il risarcimento dei danni *medio tempore* cagionati dall'atto illegittimo sanato[128].
Il singolo, anzi, non subirebbe neppure un'effettiva lesione della propria pretesa collegata al provvedimento, giacché l'originaria illegittimità dell'atto, fonte del

[125] E. CASETTA, *cit.*, p. 598.
[126] Per la verità, la tesi dell'ammissibilità della convalida in corso di giudizio era sostenuta anche nel periodo in cui campeggiava la prevalente impostazione del giudizio amministrativo come processo sull'atto. In particolare, già P.RAVÀ, *cit.*, p. 217 e ss., che rileva che la convalida è ammessa in pendenza di gravame in sede giurisdizionale, giacché il ricorso al g.a. non sospende l'efficacia dell'atto illegittimo. Favorevole all'ammissibilità della convalida in corso di giudizio è anche G. CORSO, *L'efficacia* cit., p. 180. In senso favorevole alla convalida in corso di giudizio è anche F.TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità* pp. 409 e ss. che rileva come "*Le considerazioni svolte fin qui mostrano che l'orientamento che si oppone - senza una base normativa o sistematica sicura - all'ammissibilità della sanatoria successivamente alla proposizione del ricorso giurisdizionale, meriterebbe di essere rivisto* […] *l'attività sanante dell'Amministrazione potrebbe estendere al provvedimento discrezionale quella certezza circa l'assenza di rilevanza causale dei vizi formali, sulla quale si basa la regola della non annullabilità del provvedimento che è privo di alternative legittime. Per quest'ultimo, la sanatoria diverrebbe, invece, superflua*". Nello stesso, tra gli altri, S. GIACCHETTI, *cit.*, pp. 20 e ss; G.D. FALCON, *cit.*; G.MANNUCCI, *cit.*, p. 244 e ss.; A.PRONTERA, *cit.*, p. 272 e ss. In giurisprudenza, *ex multis*, già TAR Lazio, Roma, Sez. I, n. 398/2002; Cons. Stato, Sez. IV, 14 ottobre 2011, n. 5538. Tesi a cui aderisce Cons. Stato, 27 aprile 2021, n. 3385 cit. Più di recente Cons. Stato, Sez. II, 1° giugno 2022, n. 4506.
[127] Il nuovo atto di convalida non è infatti sottratto al controllo giurisdizionale; cfr. Cons. Stato, Sez. V, 24 aprile 2013, n. 2278.
[128] Così, A.G. PIETROSANTI, *cit.*, p. 507

ISSN 2036-7821

pregiudizio, è riparata proprio dal provvedimento di sanatoria che la elimina in secondo grado. La conseguenza della convalida in corso di giudizio è dunque una declaratoria di cessazione della materia del contendere, a fronte della quale, come ulteriore strumento di tutela per il ricorrente, dovrebbe valutarsi la decisione di condanna dell'amministrazione al pagamento delle spese legali che il privato ha dovuto sobbarcarsi per far valere in giudizio l'illegittimità dell'atto[129].

A tal riguardo, anche il silenzio dell'art. 21-*nonies*, comma secondo, deporrebbe nel senso dell'ammissibilità della convalida in corso di giudizio che, proprio perché non espressamente vietata, sarebbe sempre possibile. Ciò tanto più ove si consideri che, in termini più generali, l'amministrazione può e, anzi, deve sempre curare l'interesse pubblico per la cui soddisfazione il potere è attribuito, fosse anche attraverso il ricorso al riesame conservativo.

Si potrebbe, allora, anche recuperare l'impostazione prima delineata circa il fondamento del potere di convalida quale potere tendenzialmente inesauribile. E, invero, se si ritiene che la convalida è espressione della stessa funzione primaria inesauribile, giustificata proprio dal potere-dovere di curare perpetuamente l'interesse pubblico, è possibile ammettere la convalidabilità anche di atti amministrativi gravati da ricorso in sede giurisdizionale[130].

Se il potere di riesame si identifica in quello di primo grado alla stregua di un potere unitario, attribuito per la necessità del costante adeguamento dell'attività amministrativa al perseguimento del pubblico interesse, e ne condivide le forme e gli strumenti di esercizio, anche la convalida è espressione di quella funzione che "*sopravvive al procedimento e non si esaurisce con questo*"[131]. Tale impostazione, che unifica i procedimenti di primo e di secondo grado in un unico procedimento, si ricollega all'idea del "procedimento aperto", che non si chiude con l'atto di primo grado ma rimane appunto sempre "aperto" a interventi successivi, anche in sede giurisdizionale, volti all'assolvimento della funzione amministrativa unitaria anche mediante aggiustamenti[132].

---

[129] Così, G. MANNUCCI, *cit.*, p. 245.

[130] Come già anticipato, G. TROPEA, *La c.d. motivazione «successiva» tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo* cit., pp. 531 e ss. coglie il nesso esistente tra l'inesauribilità del potere e l'ammissibilità di un provvedimento di convalida in corso giudizio.

[131] Tesi di A. CONTIERI, *cit.*, pp. 83 e ss., secondo cui il riesame non è *riesercizio* del potere ma *continuo esercizio* della funzione.

[132] F. PUGLIESE, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo*, Napoli, 1989, 298 ss., per cui "*neanche il procedimento deve considerarsi chiuso e definito, ma deve ammettersene l'apertura ad interessi successivamente introdotti (perché non considerati o inadeguatamente considerati) (sia) attraverso l'intervento del giudice (sia in sede di autotutela). In ciò ammettendosi che il procedimento consenta alla funzione di trasformare il potere non in atto (nell'unico atto che lo definisca), ma in atti (tutti quegli atti che esprimano la medesima funzione, anche per successivi e progressivi aggiustamenti) nell'ambito di un procedimento che si è voluto definire 'aperto'*". Tuttavia, come si dirà oltre, in senso contrario a questa impostazione, si potrebbe opporre l'effetto di consumazione del potere determinato dal suo

ISSN 2036-7821

Infine, si potrebbe argomentare che la convalida, proprio perché espressione di un potere-dovere dell'amministrazione di curare costantemente l'interesse pubblico, al fine di perseguire finalità di carattere generale e riguardanti l'intera collettività, non potrebbe essere impedita da un ricorso giurisdizionale, che, invece, è strumentale alla tutela di interessi circoscritti di un singolo, pena la violazione dell'art. 97, Cost.[133].

12. … del vizio di motivazione

Ciò posto, come già illustrato, risulta problematico estendere la convalida a vizi di natura sostanziale che non denotano mere omissioni formali o violazioni procedimentali ma ipotesi di illegittimità che incidono sulla funzione dell'atto amministrativo, sul suo contenuto e sul piano degli interessi soddisfatti.

Proprio con riguardo alla qualificazione del vizio motivazionale si pongono dubbi direttamente connessi anche alla funzione assolta dalla motivazione nell'economia globale del procedimento amministrativo.

A tal riguardo, la giurisprudenza, mentre ha sempre negato l'integrazione postuma della motivazione effettuata mediante scritti difensivi in giudizio, ha riconosciuto, benché non sempre pacificamente, la convalida in corso di giudizio anche del vizio di motivazione[134]. Proprio a favore dell'ammissibilità della convalida in corso di giudizio si è pronunciata anche la più recente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385, la quale risulta interessante in quanto, oltre a ricostruire i principali elementi strutturali della convalida, ne ammette l'operatività nel processo anche rispetto ai vizi motivazionali.

Tuttavia, come accennato, la questione dell'ammissibilità della convalida del vizio di motivazione, oltre ad acuirsi nell'ipotesi di giudizio pendente, è tutt'altro che pacifica giacché impone di verificare la funzione assolta dalla motivazione nell'ambito del procedimento amministrativo. È evidente, inoltre, che ammettere la convalida in corso di giudizio per vizi della motivazione significa anche consentire che un provvedimento amministrativo possa nascere come non motivato o non sufficientemente motivato. Infine, la questione si complica ulteriormente ove si consideri che con la sanatoria della motivazione si determina lo spostamento temporale, peraltro nella fase giudiziale, di un adempimento, quale quello motivazionale, riguardante un elemento tipico della conclusione del procedimento e che, come tale, dovrebbe sussistere al momento dell'adozione del provvedimento.

---

esercizio in primo grado, quantomeno rispetto ai vizi motivazionali, secondo lo schema previsto dall'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990.

[133] Cfr. S. GIACCHETTI, *cit.*, pp. 20 e ss. per cui l'impugnazione di un atto non potrebbe "*paralizzare una pubblica potestà da esercitare nel pubblico interesse e che può riguardare non solo il ricorrente ma una pluralità di soggetti*".

[134] Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 2 gennaio 2020 n. 28; TAR Emilia-Romagna, Sez. II, 6 ottobre 2021, n. 830; TAR Calabria Reggio Calabria, 2 settembre 2019 n. 520; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 3 agosto 2020 n. 1488; T.A.R. Lazio Roma, sez. II-quater, 31 luglio 2020 n. 8905.

ISSN 2036-7821

Se si segue la prospettiva funzionale, ciò che conta per la legittimità dell'atto non è tanto l'aspetto formale della motivazione, quale enunciato esteriore e grafico dell'atto, quanto l'effettiva esistenza, nel caso concreto, di ragioni oggettive che giustificano il provvedimento finale[135]. La motivazione non è l'esternazione meramente formale nell'atto delle ragioni che hanno indotto l'amministrazione ad adottare un provvedimento, ma, in senso più ampio, è l'insieme di tutti quei motivi della decisione che, benché non espressi nell'atto stesso, sono comunque rinvenibili anche in altri atti del procedimento. Sotto quest'angolo visuale, anche un provvedimento che, su un fronte solo formale, risulti non motivato o scarsamente motivato può essere legittimo se, sul piano sostanziale, rappresenta il risultato di un corretto esercizio del potere. Con maggiore capacità esplicativa, si afferma che l'"*obbligo di motivazione non si intende più nel senso che nel provvedimento (avente forma scritta) occorra un apposito enunciato contenente la motivazione*"[136]. Nella prospettiva di una sua "*dequotazione*", la motivazione non si qualifica più come un elemento "*essenziale*" del provvedimento. Pertanto, il vizio di motivazione (motivazione omessa, carente, illogica etc.) può anche non essere decisivo ai fini dell'annullamento del provvedimento, ove il giudice, cui si riconoscono più ampi poteri di cognizione estesi al rapporto, verifichi la fondatezza della pretesa del singolo e dunque ricavi la bontà della decisione finale *aliunde*, anche da eventuali altri elementi del procedimento acquisiti al giudizio[137]. Sicché, una violazione dell'obbligo di motivazione finisce per identificarsi in un vizio meramente formale di cui è agevole ammettere la convalida.

Diverso è, invece, l'approccio che valorizza la valenza polifunzionale della motivazione quale "*discorso giustificativo*" rivolto all'intera collettività, a una pluralità di individui, e non soltanto al destinatario dell'atto o al giudice[138]. Alla stregua di uno strumento di legittimazione dell'amministrazione operante in un ordinamento democratico, la collettività dispone della motivazione per esercitare un controllo diffuso sull'operato dell'amministrazione quale fattore di maggiori pubblicità, trasparenza e garanzia di giustiziabilità della scelta amministrativa. Sicché, anche un elemento formale come la motivazione assume una funzione sostanziale, quale parte integrante e insostituibile del provvedimento finale, proprio perché posta a strumento di garanzia del corretto esercizio del potere amministrativo. Pertanto, il vizio di motivazione diventa anch'esso un vizio sostanziale di cui è difficile

[135] È la nota impostazione di M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, pp. 257.

[136] Id., p. 266.

[137] Sul tema diffusamente G. TROPEA, *La c.d. motivazione* cit.; A. ZITO, *cit.*, pp. 580 e ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità* cit., pp. 428 e ss.

[138] Secondo la tesi di A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, pp. 28 e ss.

ISSN 2036-7821

ammettere la sanatoria postuma, senza ipotizzare un'inammissibile modificazione del contenuto essenziale dell'atto stesso.

Proprio affrontando la tematica dell'ammissibilità dell'integrazione postuma della motivazione, la giurisprudenza maggioritaria ha escluso che il difetto di motivazione nel provvedimento possa essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedimentali o ai vizi di forma, sul rilievo che la motivazione costituisce "*il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti*"[139]. Sicché, la giurisprudenza, quantomeno in generale, parrebbe seguire l'approccio formalista innanzi delineato.

Tuttavia, con la sentenza n. 3385 del 2021, il Consiglio di Stato segue una linea interpretativa diversa, giacché, pur dichiarando di conformarsi all'orientamento giurisprudenziale secondo cui la motivazione è sempre "*un presidio di legalità sostanziale insostituibile*" e quindi non integrabile in via postuma mediante scritti difensivi, ai fini dell'ammissibilità della convalida aderisce alla distinzione tra motivazione viziata in senso formale e motivazione viziata in senso sostanziale[140].

Nel primo caso, pur essendo la motivazione insufficiente, contradditoria o scorretta, sussistono effettivamente tutti i fatti costitutivi del potere, sicché sarà possibile prospettarne una sanatoria postuma. Infatti "*la carenza della motivazione equivale unicamente ad una insufficienza del discorso giustificativo-formale, ovvero al non corretto riepilogo della decisione presa, siamo di fronte ad un vizio formale dell'atto e non della funzione: in tale caso, non vi sono ragioni per non riconoscersi all'amministrazione la possibilità di tirare nuovamente le fila delle stesse risultanze procedimentali, munendo l'atto originario di una argomentazione giustificativa sufficiente e lasciandone ferma l'essenza dispositiva, in quanto riflette la corretta sintesi ordinatoria degli interessi appresi nel procedimento*".

Nel secondo caso, invece, il vizio motivazionale sottende l'inesistenza dei fatti costitutivi del potere, ovvero "*un vizio sostanziale della funzione (in termini di*

[139] Così, oltre alla giurisprudenza citata in nota n. 134, anche Cons. Stato, Sez. III, 7 aprile 2014, n. 1629; Id., 30 aprile 2014, n. 2247; Id., Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1808; TAR Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, 13 luglio 2016, n. 431. Non mancano però pronunce che riconoscono al vizio di motivazione natura di vizio meramente formale; cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2016, n. 3674. Da ultimo, TAR Lazio, Roma, Sez. II, 11 ottobre 2021, n. 10469 ove si legge che "*non è consentita l'integrazione postuma in giudizio della motivazione del provvedimento impugnato, rappresentando detta motivazione parte integrante e insostituibile dell'atto amministrativo*".

[140] Distinzione rilevante nell'ordinamento tedesco, come ricorda M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, pp. 202 e ss., ai fini della sanatoria dei vizi della motivazione in un momento successivo all'emanazione dell'atto. Si può richiamare la distinzione tra difetto di motivazione in senso stretto o un vizio della funzione reso palese dalla motivazione cfr. G. BERGONZINI, *Difetto di motivazione del provvedimento amministrativo ed eccesso di potere (a dieci anni dalla legge 241 del 1990)*, in *Dir. Amm.*, 2000, pp. 181 e ss; sul tema G. TROPEA, *cit.*

ISSN 2036-7821

contraddittorietà, sviamento, travisamento, difetto dei presupposti" e, come tale, non sarà sanabile[141].

Se tale è la conclusione cui perviene il Consiglio di Stato, anche in coerenza con la giurisprudenza che tende ad ammettere la convalida in corso di giudizio del vizio motivazionale[142], si pongono comunque talune criticità sul piano applicativo.

E tra queste, al di là delle sempre valide perplessità sull'ammissibilità di una sanatoria della motivazione in giudizio, già manifestate dalla dottrina innanzi citata, permane soprattutto la principale difficoltà di distinguere in concreto tra un vizio della motivazione inteso in senso meramente "formale", e quindi convalidabile, e un vizio "sostanziale", della "funzione", non sanabile. Non è certo, infatti, entro che limiti la convalida dell'atto possa intervenire rispetto a un vizio che pure denuncia una grave violazione nel provvedimento finale. Eppure, va considerato che la motivazione, in ragione della sua "*polifunzionalità*", è posta a presidio di valori generali, come la trasparenza e la pubblicità, che trascendono gli interessi specifici di una parte privata o pubblica nella vicenda concreta e che, in una prospettiva più ampia, si pongono come limite e garanzia per il corretto operato dell'amministrazione.

Sicché non si dovrebbe rimettere all'amministrazione la decisione finale sulla sanatoria dell'atto rispetto a un elemento, come la motivazione, che non appare nella sua piena disponibilità, la cui convalida potrebbe, peraltro, rappresentare una facile occasione per l'aggiramento di un obbligo generale di legge posto dall'art. 3, l. n. 241/1990.

Ciò non implica l'inammissibilità in ogni caso della convalida in corso di giudizio, per il cui riconoscimento militano anzi i plurimi argomenti innanzi esposti; ma significa soltanto limitarne l'operatività rispetto a una particolare tipologia di vizio, fermo restando che anche rispetto a tale questione sarebbe auspicabile un intervento risolutivo da parte del legislatore.

13. Ulteriori profili evolutivi: sull'applicabilità dell'art. 10 bis alla convalida

Il tema dell'ammissibilità della convalida in corso di giudizio di impugnativa dell'atto, specialmente rispetto a vizi come quelli riguardanti la motivazione, meriterebbe di essere anche rivalutato alla luce degli sviluppi che hanno interessato proprio la questione del rapporto tra giudizio amministrativo e riedizione del potere,

[141] Così, al punto 8.2 della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385. A tal riguardo, già M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., pp. 234 e ss., secondo cui "*possono darsi due casi: o i fatti costitutivi del potere esistono effettivamente, ma la motivazione ne dà conto in modo sufficiente, scorretto o contraddittorio; oppure il vizio della motivazione nasconde l'inesistenza dei fatti costitutivi del potere. Nel primo caso, all'annullamento dell'atto può seguire la reiterazione del provvedimento con una motivazione che questa volta sia esente da vizi* […] *Nel secondo caso, invece, l'annullamento dell'atto per vizio della motivazione mette a nudo l'inesistenza dei fatti costitutivi del potere*".

[142] Così, anche Cons. Stato, Sez. VI, 09 marzo 2021, n. 2001; Consiglio di Stato, Sez. IV, 19 luglio 2021, n. 5401.

ISSN 2036-7821

specie alla luce delle modifiche intervenute sull'art. 10-*bis*, l. n. 241 del 1990 ad opera del d.l. n. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020.

Secondo tale norma "*In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato*"[143].

Il raffronto tra la convalida e l'art. 10-*bis* è suggerito anche dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385 che proprio al fine di sostenere la convalidabilità in giudizio del vizio di motivazione, ha osservato come la norma "*che impone alla pubblica amministrazione di esaminare l'affare nella sua interezza - già nella fase del procedimento* […] *sollevando, una volta per tutte la questioni ritenute rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non ancora esaminati - dovrà trovare attuazione, per evidenti ragioni sistematiche (e per evitare facili aggiramenti), anche nel caso di convalida per difetto di motivazione*"[144].

Tuttavia, il richiamo all'art. 10-*bis* può avere una duplice valenza.

Se si segue l'iter argomentativo del Consiglio di Stato, allora, l'art. 10-*bis* ha la funzione di garantire il massimo ampliamento dei poteri di accertamento del giudice amministrativo che, in conformità a principi di effettività e concentrazione della tutela, sarebbero estesi, per quanto possibile, "*a tutti gli aspetti della materia controversa dalla cui definizione possa derivare una risposta definitiva alla domanda del privato di acquisizione o conservazione di un certo bene della vita, evitando defatiganti parcellizzazioni della medesima disputa*". La convalida in corso di giudizio si porrebbe nel solco di tale finalità, favorendo l'estensione della cognizione del giudice, anche attraverso la proponibilità dei motivi aggiunti, all'intera vicenda oggetto di potere, ed evitando annullamenti per mere formalità, inutili considerando la fondatezza sostanziale della decisione.

Da un diverso angolo visuale, tuttavia, l'art. 10-*bis* potrebbe leggersi come norma che ha previsto, non tanto il rafforzamento dei poteri del g.a., quanto la consumazione del potere dell'amministrazione che, dopo un primo diniego, non può più reiterare il provvedimento negativo originario adducendo "*per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato*". La disposizione è appunto finalizzata a escludere la catena potenzialmente infinita di annullamenti

[143] Sul tema della portata della recente modifica dell'art. 10-*bis*, l. n. 241 del 1990 si vedano 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, fasc. 3, pp. 573 e ss.; L. TARANTINO, *La novella dell'art. 10-bis della l. 241/1990 e la posizione della giurisprudenza*, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Secondo la relazione illustrativa di accompagnamento alla legge di modifica dell'art. 10-*bis*, la disposizione "*è finalizzata a evitare che l'annullamento conseguente al mancato accoglimento delle osservazioni del privato a seguito della predetta comunicazione dia luogo a plurime reiterazioni dello stesso esito sfavorevole con motivazioni sempre diverse, tutte ostative, parcellizzando anche il processo amministrativo; in sostanza si vuole cercare di ricondurre a un'unica impugnazione giurisdizionale l'intera vicenda sostanziale evitando che la parte sia costretta a proporre tanti ricorsi quante sono le ragioni del diniego, perché non comunicate tutte nel medesimo atto*"

[144] Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385, in *Dir. Proc. Amm.*, 2022, 1, p. 188

ISSN 2036-7821

giurisidizionali e dinieghi amministrativi successivi. Con l'effetto di esaurimento del potere amministrativo, il ricorrente può conseguire la sua pretesa indipendentemente da ogni valutazione circa la sua fondatezza o meno. Tale norma, quindi, rappresenta lo sviluppo di quella teoria, invero sostenuta anche prima della sua modifica, secondo cui l'art. 10-*bis* sancirebbe l'obbligo dell'amministrazione di esaurire *one shot*, già nel primo procedimento, tutti i margini di discrezionalità del potere[145]. L'amministrazione, dovendo illustrare tutte le ragioni che ostano all'accoglimento dell'istanza, dispone per legge di "*una sola chance*" in quanto sarebbe obbligata a un esame globale della vicenda sottesa all'istanza del singolo, esternando, una volta per tutte e già nella fase procedimentale, tutti i motivi e le questioni rilevanti e, così, consumando tutti gli spazi di discrezionalità ad essa riservati.

La conseguenza è appunto quella prevista dal nuovo art. 10-*bis* secondo cui l'amministrazione, in sede di riedizione del potere, non potrebbe più reiterare il proprio precedente diniego non soltanto sulla base dei motivi già valutati come illegittimi dal giudice amministrativo (nella pronuncia di annullamento) ma neppure sulla base di tutti quegli ulteriori motivi comunque ricavabili dall'istruttoria svolta. Di tal ché l'adozione del primo provvedimento consuma *in parte qua* il potere dell'amministrazione che dovrà accogliere l'istanza del privato anche se vi sono motivi, pur non esposti nel primo procedimento, che giustificherebbero un ulteriore rigetto dell'istanza del singolo. Si pone così un termine alla spirale di atti e annullamenti giurisdizionali che rischiano di susseguirsi in maniera potenzialmente infinita.

Ebbene, pur avendo un ambito applicativo limitato dal suo tenore letterale, circoscritto all'ipotesi "*di annullamento in giudizio del provvedimento*" adottato ai sensi dell'art. 10-*bis*, occorre apprezzare l'eventuale valenza sistematica portata dalla norma. Si tratta certamente di un tema che richiederebbe un approfondimento ulteriore non ammissibile in questa sede e che porta a interrogarsi sull'applicabilità di un limite, quale quello dell'art. 10-*bis* nella sua nuova formulazione, anche alla convalida in corso di giudizio di un atto illegittimo, specialmente rispetto a vizi della motivazione.

Cionondimeno, se ci si ferma alla lettera dell'art. 10-*bis*, la convalida di un atto impugnato non potrebbe subire limitazioni derivanti dalla disposizione in parola, giacché consiste in un provvedimento di riesame che non interviene, anche perché non potrebbe, dopo l'annullamento del provvedimento ma, al più, nel corso del giudizio, rispetto ad atti comunque non ancora annullati.

---

[145] Recuperando la tesi di R. GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; F. PATRONI GRIFFI, *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, in *www.giustizia-amministrativa.it*

ISSN 2036-7821

Tuttavia, su un piano sistematico, anche la convalida costituisce una *species* della più generale vicenda di riedizione del potere, che consolida gli effetti di un precedente atto amministrativo e, dunque, determina un risultato di sanatoria, peraltro retroattiva, dell'atto, equiparabile o, per certi versi più grave, rispetto alla "*reiterazione*" dell'atto invalido. Sicché, quantomeno rispetto al risultato, la convalida, pur configurando un potere di riesame di un precedente atto amministrativo, ben può essere assimilata alla vicenda del riesercizio del potere che, sanando l'originario atto amministrativo viziato, ne conferma contenuto sostanziale ed effetti.
Così argomentando, anche la convalida potrebbe però subire le eventuali limitazioni postesi in generale per ogni riedizione del potere. Di modo che, se si esclude la reiterazione di un atto amministrativo effettuata sulla base di motivazione diversa da quella dell'atto originario, fondata appunto su motivi ostativi addotti per la prima volta ma "*già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato*", allo stesso modo si potrebbe prospettare una limitazione alla convalida del vizio motivazionale.
Sotto altro profilo, occorre anche considerare che la convalida potrebbe portare ad eludere la previsione dell'art. 10-*bis*. È pacifico, infatti, che non sarebbe ammessa la convalida "*in caso di annullamento*", anche perché non esisterebbe più nessun atto da convalidare. Tuttavia, situazione ben diversa è quella della convalida in corso di giudizio, rispetto a un atto non ancora annullato ma che ben potrebbe essere annullato dal giudice rispetto a vizi motivazionali. La sanatoria dell'atto in corso di giudizio porterebbe al risultato di reiterazione del diniego a danno del privato, che il legislatore ha inteso espressamente escludere con la nuova formulazione legislativa, peraltro avvalorando anche la tesi che il potere di primo grado si sia già consumato nella prima fase procedimentale. E allora si avverte la necessità di limitare anche la convalida dell'atto viziato sul piano motivazionale, onde evitare che l'amministrazione possa aggirare il divieto previsto dall'art. 10-*bis*.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'interoperabilità dei sistemi giudiziari: coordinamento informatico e coordinamento informativo

di Andrea Marco Colarusso

(Ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma "Foro Italico" – Centro Studi di Diritto ed Etica dello Sport-Università degli Studi di Roma "Foro Italico")

Sommario

1. L'interoperabilità dei sistemi: cenni sistematici. – 2. Interoperabilità e intelligenza artificiale. La connessione delle banche dati come 'catalizzatore' di conoscenza. – 3. La funzione dell'interoperabilità e l'elaborazione di norme tecniche per l'interoperabilità dei sistemi. – 4. Interoperabilità e coordinamento normativo: riflessi di diritto sostanziale e processuale.

Abstract

Interoperability can be defined as the ability of two or more systems, networks, media, applications or components to exchange information with each other and then be able to use it. The function performed by interoperability, as highlighted by the European Commission in the Communication of 26 September 2003, is to "obtain an inter-connection between systems, information and working methods: within the same administration or between different administrations; nationally or throughout Europe, or with businesses".
In other words, thanks to interoperability, it is possible to automatically allow the transit of data between one computer system and another.

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

ISSN 2036-7821

1. *L'interoperabilità dei sistemi: cenni sistematici*.

L'interoperabilità può definirsi come la capacità di due o più sistemi, reti, mezzi, applicazioni o componenti, di scambiare informazioni tra loro e di essere poi in grado di utilizzarle.

La funzione assolta dall'interoperabilità, secondo quanto evidenziato dalla Commissione europea nella Comunicazione del 26 settembre 2003, è quella di *"ottenere un inter-collegamento tra sistemi, informazioni e metodi di lavoro: all'interno di una stessa amministrazione o tra amministrazioni diverse; a livello nazionale o in tutta Europa, oppure con le imprese"*.

In altri termini, grazie all'interoperabilità, è possibile consentire in modo automatizzato il transito dei dati tra un sistema informatico ed un altro.

In materia di organizzazione amministrativa, il tema dell'interoperabilità non è nuovo ed è stato approfondito dalla dottrina[1] che ha esaminato la normativa rilevante sul tema, partendo dall'art. 1, comma 3, lett. a), del d.lgs. 39/1993 che già preconizzava che *"lo sviluppo dei sistemi informativi automatizzati […] e risponde ai […] criteri [di] integrazione ed interconnessione dei sistemi medesimi"*.

La rilevanza dell'interoperabilità è stata confermata, successivamente, anche nel D.lgs. n. 82/2005 (Codice dell'Amministrazione Digitale), nell'art. 1, laddove si prevede che la stessa è la *"caratteristica di un sistema informativo, le cui interfacce sono pubbliche e aperte, di interagire in maniera automatica con altri sistemi informativi per lo scambio di informazioni e l'erogazione di servizi"*, nonché nel successivo art. 73 del Decreto, ove si prevede che essa consiste in un *"insieme di infrastrutture tecnologiche e di regole tecniche che assicura l'interoperabilità tra i sistemi informativi delle pubbliche amministrazioni, permette il coordinamento informativo e informatico dei dati tra le amministrazioni centrali, regionali e locali e tra queste e i sistemi dell'Unione europea ed è aperto all'adesione da parte dei gestori di servizi pubblici e dei soggetti privati"*.

La disciplina dell'interoperabilità, inoltre, è stata significativamente correlata al carattere «aperto» dei dati, che, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. l-bis, del CAD, *"presentano le seguenti caratteristiche: 1) sono disponibili secondo i termini di una licenza o di una previsione normativa che ne permetta l'utilizzo da parte di chiunque, anche per finalità commerciali, in formato disaggregato; 2) sono accessibili attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ivi comprese le reti telematiche pubbliche e private, in formati aperti ai sensi della lettera l-bis), sono adatti all'utilizzo automatico da parte di programmi per elaboratori e sono provvisti dei relativi metadati; 3) sono resi disponibili gratuitamente attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ivi comprese le reti telematiche pubbliche e private, oppure sono resi disponibili ai costi marginali sostenuti*

* Contributo destinato alla pubblicazione su *Quaderni della Scuola Superiore della Magistratura*.

[1] Sul punto, si v. in R. CAVALLO PERIN (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, cap. III, il contributo di G. CARULLO, *Interoperabilità dei dati e riflessi organizzativi: il caso della conservazione digitale*, p. 251.

ISSN 2036-7821

per la loro riproduzione e divulgazione salvo quanto previsto dall'articolo 7 del decreto legislativo 24 gennaio 2006, n. 36".

Le interfacce dei sistemi interoperabili per essere aperte, devono rispondere sostanzialmente a tre requisiti fondamentali, ovvero: a) la sottoponibilità a licenze senza restrizioni di utilizzo; b) la facile accessibilità online del sistema; c) il carattere tendenzialmente gratuito del sistema e degli accessi, salvo circoscritte eccezioni.

Ciò posto, con speciale riguardo all'interoperabilità dei sistemi di giustizia, non pare potersi negare che il tema che ci occupa intersechi plurimi profili problematici meritevoli di analisi e, segnatamente:

a) la necessità di elaborazione di regole tecniche finalizzate alla garanzia del coordinamento sia informatico che informativo;

b) la necessità e/o l'opportunità di selezionare, indicizzare e classificare la mole di dati reperibili dalle banche dati dei sistemi interconnessi;

c) la necessità e/o l'opportunità di realizzare un coordinamento, non solo di principi e regole tecniche, ma anche delle norme di diritto sostanziale e processuale, necessario al fine di agevolare l'utilizzabilità dei dati nei vari plessi giurisdizionali.

La pregnanza di siffatti profili emerge dal rilievo per cui quando il transito dei dati deve avvenire tra più soggetti ed enti dotati di autonomia organizzativa e decisionale, sussiste un concreto rischio di disuniformità e distorsioni applicative che ne vanifica l'efficacia[2].

Al fine di contrastare i suddetti rischi, in primo luogo, si renderebbe opportuna un'opera di armonizzazione degli standard tecnici dei sistemi, da cui possa discendere la necessità di adeguare il funzionamento del sistema ad un modello/*standard* unitario – ad esempio un particolare formato di *file* – di modo che qualsiasi altro *software* realizzato sia in grado di interfacciarsi con tale modello.

Per quanto riguarda più in particolare i sistemi di giustizia, per agevolare l'interoperabilità mediante la elaborazione di regole tecniche e modelli compatibili, lo scambio dei dati, per non assumere un mero valore formale e/o statistico, bensì una funzione effettivamente servente all'esercizio della funzione giudiziaria, deve essere corredato da una 'trans-utilizzabilità' dei dati medesimi, che garantisca la possibilità stessi che gli possano fattivamente transitare da un sistema all'altro.

---

[2] È stato evidenziato da G. CARULLO, *op. cit.*, p. 254-255, che *"Per ovviare a tale problema il legislatore ha adottato diverse strategie. In proposito si può anzitutto ricordare l'art. 69 CAD ai sensi del quale le amministrazioni, ove possibile, dovrebbero rendere riutilizzabili, e quindi riutilizzare, i propri sistemi informatici, così che più enti, anche se tra loro autonomi, siano dotati dei medesimi mezzi digitali. Il che, oltre a poter contenere i costi facilitando economie di scala, può anche ridurre la frammentazione dei sistemi informatici. Un altro strumento attraverso cui il legislatore ha inteso garantire l'interoperabilità dei sistemi delle pubbliche amministrazioni è stato attraverso il conferimento all'AgID, quale soggetto dotato di elevata competenza tecnica, del compito di individuare standard tecnici a cui i sistemi adottati dalle amministrazioni devono uniformarsi (Linee Guida sull'interoperabilità tecnica delle Pubbliche Amministrazioni ai sensi della lettera b), comma 3, del Decreto Legislativo 7bis articolo 73 marzo 2005, n. 82 del 27/04/2021)"*.

ISSN 2036-7821

Con ciò facendo in modo che possa realizzarsi il comune obiettivo dei distinti plessi giurisdizionali, consistente nell'assicurare la risposta alla domanda di giustizia volta alla tutela degli interessi meritevoli di tutela.
Il processo di integrazione dei sistemi informatici per fini di giustizia, con l'obiettivo di ausiliare fattivamente l'esercizio della funzione giurisdizionale ha trovato, a livello comunitario, una prima affermazione comunitaria nella elaborazione del sistema e-CODEX, che, al fine di espletare le procedure transfrontaliere, ha tracciato alcune linee tecnico-organizzative per realizzare l'interoperabilità tra i sistemi informatici delle autorità giudiziarie civile e penale, permettendo a diversi sistemi nazionali di giustizia elettronica di essere interconnessi.
Il sistema e-CODEX, permette la connettività tra sistemi nazionali e consente ai suoi utenti (autorità giudiziarie competenti, operatori della giustizia e cittadini) di inviare e ricevere, per via elettronica, documenti, formulari giuridici, prove e altre informazioni in maniera rapida e sicura.
Esso consente la creazione di reti di comunicazione decentrate, interoperabili e sicure, tra i sistemi informatici nazionali a sostegno dei procedimenti civili e penali ed alla base del sistema digitale di scambio di prove elettroniche, sostiene gli scambi per quanto concerne gli ordini europei di indagine e l'assistenza giudiziaria reciproca nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale[3].
Il 24 marzo 2022 il Parlamento UE in seduta plenaria ha approvato l'accordo provvisorio, raggiunto l'8 dicembre 2021, sul sistema e-Codex, configurandolo quale strumento principale per la comunicazione digitale sicura nei procedimenti giudiziari transfrontalieri fra gli Stati membri UE.
Ciò posto, se si ipotizza l'interoperabilità come il risultato di un'elaborazione di regole tecniche, è evidente che si fa riferimento ad una attività che certamente appartiene agli sviluppatori dei sistemi informatici integrati che, tuttavia, necessita del supporto del giurista, che può fornire dei principi o delle linee guida etico-disciplinari.

2. Interoperabilità e intelligenza artificiale. La connessione delle banche dati come 'catalizzatore' di conoscenza.

Dalle esaminate coordinate teoriche si transita verso il secondo profilo sopra esaminato, inerente alla necessità che, al fine di rendere i dati utilizzabili **virgola** anziché ridotti a una congerie di informazioni confuse e offerte in modo alluvionale all'interprete, è necessario categorizzarli.

[3] Si veda il Comunicato Stampa del 07/12/2021 del Consiglio dell'Unione Europea, avente ad oggetto *"Digitalizzazione della giustizia: il Consiglio approva il suo mandato per i negoziati sul sistema e-CODEX"* e la Proposta di regolamento UE relativo al sistema e-CODEX, reperibile online al seguente link: https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/06/07/digitalisation-of-justice-council-approves-its-mandate-for-negotiations-on-the-e-codex-system/.

ISSN 2036-7821

La condivisione e la libera circolazione dei dati nei sistemi interoperabili, infatti, *"si sta affermando come un nuovo pilastro della politica europea, formando le fondamenta per lo sviluppo di nuove innovazioni basate sullo sviluppo dello sfruttamento dei big data, come l'Intelligenza Artificiale (IA) e l'Internet delle cose (Internet of Things - IoT)"*[4].

Al riguardo è stato evidenziato che *"Le implementazioni di IA utilizzano i dati come materia prima per il proprio funzionamento, così come le tecnologie di machine learning e deep learning. Siccome il funzionamento dell'IA è fondato sull'identificazione di modelli di comportamento ricavati dall'analisi di dataset e la conseguente derivazione di predizioni e correlazioni utili a risolvere problemi tecnici, la presenza di larghe quantità di informazioni da processare è fondamentale per il suo funzionamento. Pertanto, l'evoluzione del processo tecnologico impone un continuo accesso ai dati a prescindere dalla fonte con cui sono stati generati. In tale contesto, garantire interoperabilità, schemi di standardizzazione e sistemi efficienti di condivisione delle informazioni costituisce una priorità tanto per il legislatore europeo quanto per le autorità di settore. Infatti, la moderna economia digitale si serve di standards e protocolli di interoperabilità comunicativa, sì da permettere il funzionamento integrato di reti ed infrastrutture sia fisiche che digitali (si pensi ai veicoli a guida autonoma, gli smart phones, le più avanzate tecnologie di domotica, ecc.). Questi sistemi proliferano per mezzo di interfacce digitali che affinano il potenziale di interazione tra i dispositivi software e hardware con l'ambiente circostante. Pertanto, la presenza di infrastrutture e linguaggi capaci di assicurare la raccolta e la trasmissione di ampi flussi di informazioni, nonché l'accesso aperto ai dataset d'interesse sono un fattore essenziale per uno sviluppo coerente dell'innovazione digitale in campo tecnologico"*[5].

La categorizzazione dei dati proliferati per mezzo di interfacce interagenti tra loro importa una necessità di classificazione dei medesimi che, ovviamente, non si basa soltanto sulla mera progettazione di registri pubblici interconnessi, ma anche sulla capacità dei registri di aggregazione, elaborazione e indicizzazione dei dati che attestino l'utilità per i soggetti interessati ad accedervi.

Collegata alle modalità di (ri)uso dei dati resi interoperabili è, dunque, la possibilità di realizzare banche dati automatizzate e interconnesse, che classificano e indicizzando grandi masse di informazioni.

L'intelligenza artificiale, quindi, potrebbe costituire un utile supporto, imponendosi come un 'acceleratore di conoscenza', che permette di rielaborare e classificare dati rinvenientisi da plurime fonti, operando anche nell'ambito di banche dati rese interoperabili.

---

[4] O. BORGOGNO, *Regimi di condivisione dei dati ed interoperabilità: il ruolo e la disciplina delle A.P.I.;* in *Diritto dell'informazione e dell'informatica,* 3, Giugno 2019, p. 689.

[5] O. BORGOGNO, *Regimi di condivisione dei dati ed interoperabilità: il ruolo e la disciplina delle A.P.I.;* in *Diritto dell'informazione e dell'informatica,* 3, Giugno 2019, p. 689.

ISSN 2036-7821

Il valore delle banche dati interconnesse, anche mediante l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale, potrebbe condurre a nuove classificazioni e indicizzazioni di dati, al fine di acquisire nuove prospettive conoscitive.
Le attività di *machine learning* (metodo analisi dati che automatizza la costruzione di modelli analitici) e *deep learning* (apprendimento profondo analisi di grandi quantità di dati utilizzando reti ispirate al funzionamento biologico del cervello umano), risultano tanto più efficaci quanto più estesa è la base dati che si immettono nella macchina.
La dottrina ha individuato una specifica interrelazione tra interoperabilità e maggiori possibilità di conoscenza, che si realizza con l'ausilio di sistemi di intelligenza artificiale[6].
Per fare ciò, appare, però, fondamentale, ancora una volta, non solo predisporre regole e standard tecnici efficaci per la interazione tra sistemi, ma dare alle macchine i "*giusti input*", al fine di evitare inefficienze e discriminazioni nella categorizzazione dei dati, in quanto la tecnologia può essere neutrale, ma può non esserlo la programmazione e la manipolazione della stessa.
Al riguardo, non può prescindersi dai principi guida elaborati dalla giurisprudenza amministrativa[7] con riguardo al corretto uso algoritmico della conoscenza, i quali non rappresentano altro che la declinazione nel contesto informatico di principi costituzionali e amministrativi vigenti:

- il principio di conoscibilità, secondo cui ognuno ha il diritto di conoscere l'esistenza di processi automatizzati che lo riguardino e ricevere informazioni "significative" sulla logica utilizzata (principio di comprensibilità);
- la garanzia che la decisione algoritmica sia imputabile all'organo titolare del potere, (cfr. art. 22 del GDPR);
- il principio di non discriminazione algoritmica, ovvero la necessità di non giungere nell'elaborazione a risultati discriminatori derivanti da *bias* nella selezione dei dati di input, sussunto dal considerando n. 71 del GDPR.

Anche in ambito giurisdizionale, la giurisprudenza, a partire dalle decisioni delle Corti statunitensi (sentenza *Loomis* del 2016 dalla S.C. del Wisconsin), si è soffermata sul rischio di distorsioni cognitive del decidente dovute all'opacità e al carattere discriminatorio di database utilizzati a supporto della decisione del giudice (e, a maggior ragione, di quelli resi interoperabili), dovute all'indeterminatezza del codice sorgente, all'automatica implementazione del software o all'accreditamento di pratiche discriminatorie.

[6] Sulle interconnessioni tra banche dati come strumento per ottenere nuova conoscenza, si vedano gli studi di R. CAVALLO PERIN, D. U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, 2020.
[7] Sentenze nn. 2270/2019; 7891/2021.

ISSN 2036-7821

Più in particolare, nel diritto penale si è posto il problema di organizzare correttamente l'accesso del giudice alle grandi quantità di dati rielaborati con sistemi automatizzati, al fine di implementare la qualità delle performance cognitive e decisionali del giudicante[8].
Ci si è chiesti, in sostanza, come assicurare che sulle nuove prospettive istruttorie acquisite per mezzo di dati acquisiti e (ri)elaborati dai sistemi, possa trovare spazio il diritto di difesa, attraverso il contraddittorio, il confronto dialettico, la confutazione, la prova contraria, il dubbio, per contrastare una oscura deriva tecnocratica della giurisdizione.

3. La funzione dell'interoperabilità e l'elaborazione di norme tecniche per l'interoperabilità dei sistemi.

3.1 Come detto, occorre comprendere se l'interoperabilità possa essere limitata ad un mero processo tecnico-informatico di passaggio dei dati (restando sostanzialmente confinata alla progettazione di applicativi informatici che, come abbiamo visto, possono essere neutrali dal punto di vista giuridico-valoriale), ovvero se sia racchiusa in un mero processo automatizzato di indicizzazione o categorizzazione dei dati, oppure, ancora, se debba avere un ruolo sostanziale nell'ambito dello svolgimento della funzione giudiziaria che ha il precipuo obiettivo di soddisfare la domanda di giustizia dei cittadini.
È stato, infatti, condivisibilmente rilevato che la cooperazione applicativa non può limitarsi all'aspetto tecnologico del transito dei dati, ma implica una vera e propria reingegnerizzazione e riorganizzazione dei processi, con la prospettiva, addirittura, di dissolvere in confini di competenza tra amministrazioni[9].
Dunque, altro è il mero coordinamento tecnico-informatico dei sistemi, altro è quello che potremmo definire come coordinamento informativo, che passa attraverso uno scambio di dati resi armonizzati e (ri)utilizzabili in processi uniformati, che abbattono addirittura le barriere di competenza delle amministrazioni.
Nella prospettiva del coordinamento informativo, è necessario comprendere quali siano i principi e le regole giuridiche (e non solo tecniche) da rispettare per rendere effettivamente utili i dati interconnessi, soprattutto nell'ambito di un processo di parti, che nel nostro ordinamento non può avere una connotazione di pura giurisdizione oggettiva[10].

---

[8] G. CANZIO, *Intelligenza artificiale, algoritmi e giustizia penale*, in Sistema Penale, 08/01/2021.

[9] G. NATALE, *L'interoperabilità: il dialogo necessario tra il digitale e il diritto,* in *Rassegna Avvocatura dello Stato,* n. 2/2021, p. 117; F. MARTINI, *Il sistema informativo pubblico,* in *Quaderni del Dipartimento Pubblico,* Università di Pisa, Torino, 2006.

[10] Lo studio del rapporto tra diritto sostanziale (nel nostro caso, la sorte del contratto) e processo, rappresenta, in generale e non solo per il caso in esame, uno dei temi più complessi e affascinanti per gli studiosi del diritto

ISSN 2036-7821

Ed infatti, è stato rilevato che *"Bisogna innanzitutto ricorrere a modelli procedimentali comuni e standardizzati, definendo le caratteristiche degli atti promovimento dei giudizi e le specifiche di formato e di contenuto per l'interoperabilità dei sistemi informativi per la gestione telematica delle procedure. Al riguardo, occorre infatti considerare che gli interlocutori "giurisdizionali" si presentano in modo estremamente variegato sotto tale aspetto. Alcuni di essi, infatti, hanno già introdotto la tipologia di processo telematico (si pensi al processo amministrativo, a quello civile o a quello tributario, ad esclusione del giudizio che si svolge in Cassazione), altri stanno muovendo i primi passi al riguardo (si pensi ad es. al processo penale). Per altri organi giurisdizionali, ad esempio i giudici di pace, non è ancora previsto l'informatizzazione del relativo processo"*[11].

Come noto, nell'attuale configurazione del sistema processuale, la domanda deve avere la funzione di provocare, con un atto di impulso, l'intervento del giudice, il quale sarà chiamato a decidere su una determinata situazione, costituente l'oggetto del processo, nonché perimetrata dal punto di vista della rilevanza soggettiva.

Nel processo di giurisdizione oggettiva, il potere della parte di fissare il *thema decidendum* e delimitare l'ambito conoscitivo del giudice può cedere di fronte all'esigenza, assunta come prioritaria dal legislatore, di ottenere l'osservanza del diritto oggettivo, per cui l'iniziativa di parte assume semplicemente il valore di primo atto di necessario impulso per attivare, non tanto il contenuto della decisione del giudice, quanto esclusivamente la sua attività conoscitiva.

A questo, è necessario chiedersi se l'interoperabilità debba assumere una funzione ausiliaria e servente esclusivamente all'attività del giudice, ovvero se possa essere uno strumento anche a disposizione delle parti, per un migliore svolgimento dell'attività difensiva o la soddisfazione di una semplice esigenza conoscitiva e, in questo secondo caso, occorre stabilire a quali dati la parte, in virtù dell'utilizzo di interfacce compatibili (o di una interfaccia unificata) del processo, possa avere accesso nell'ambito dei sistemi interconnessi.

In sostanza, se è vero che in coerenza con i principi del giudicato sostanziale (art. 2909 c.c.) una sentenza fa stato esclusivamente tra le parti del giudizio, ci si chiede se l'interoperabilità dei sistemi, laddove posta ad uso (o su istanza, richiesta, impulso) delle parti, debba essere racchiusa nell'ambito soggettivo del processo, riferita ai dati riguardanti le parti in causa, ovvero l'ambito oggettivo della controversia, ovvero,

processuale. Per un esame più approfondito della questione si rinvia, limitatamente agli studi di carattere generale, a S. SATTA, *voce Domanda Giudiziale*, in *Enc. del Dir.*, vol. XIII, Milano, 1964; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario al Codice di Procedura Civile*, diretto da E. ALLORIO, Vol. II Torino, 1980; S. COSTA, *Domanda giudiziale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1968, p. 161; R. ORIANI, *Domanda giudiziale*, e G. VERDE, *Domanda (principio della)*, in *Enc. Giur.*, Vol. XII, Roma, 1989.

[11] Cfr. R. GARGIULO, *Il processo costituzionale telematico: prospettive, in Consulta Online*, II/2020, 6 maggio 2020, p. 278 e ss.

ISSN 2036-7821

ancora, se essa possa riguardare anche ulteriori dati con finalità puramente conoscitive o scientifiche, e quali.
Come sostenuto da autorevole dottrina, in base alla formulazione dell'art. 2907 c.c., il processo solo *"normalmente"*[12] e *"tendenzialmente"*[13] è condizionato dalla domanda di parte, essendo innumerevoli i casi previsti dalla legge in cui il giudice pronunzia di ufficio[14], anche nell'ambito del processo amministrativo[15].
L'esposta prospettiva problematica non muta, dunque, se si ipotizza l'interoperabilità come strumento ad utilizzo esclusivo dell'attività del giudice: quali dati il giudice potrà ricercare e selezionare *ex officio* (e con quale finalità) tra plurimi sistemi telematici tra loro interoperabili e, come si vedrà in seguito, che uso potrà farne, stante la diversità dell'oggetto della cognizione delle diverse giurisdizioni e anche dei relativi riti processuali?

3.2 A titolo esemplificativo, emerge la necessità di interrogarsi sulle modalità con cui conciliare l'interoperabilità e la traslazione dei dati tra i plessi giurisdizionali, con la tutela dei profili di riservatezza delle parti, che, in alcuni casi, può condurre sino al possibile oscuramento dei dati giudiziari[16].
Vengono in rilievo, sul punto, le disposizioni contenute negli artt. 51 e 52, del D. lgs. n. 196 del 2003 (come modificato dal D.lgs. n. 101/2018, attuativo del Regolamento UE sul GDPR).
Più precisamente, l'art. 51 del Codice, rimasto sostanzialmente immutato a seguito dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 101 del 2018, disciplina la diffusione dei provvedimenti giudiziari, prevedendo una tendenziale piena accessibilità degli stessi – e quindi anche dei dati identificativi delle questioni pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria di ogni ordine e grado – da parte di chi vi abbia interesse, anche mediante reti di comunicazione elettronica, ivi compreso il sito istituzionale della medesima autorità nella rete Internet.

---

[12] Cfr. A. PROTO PISANI, *Commentario al Codice di Procedura Civile*, diretto da E. ALLORIO, Torino, 1973, vol. I, p. 1049

[13] Così C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato, tutela costitutiva e principio dispositivo*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1991.

[14] A titolo esemplificativo, si può far riferimento agli artt. 6, 37, comma 1, 49, comma 2, 91, comma 1, 102, comma 2, 162, comma 2, 61, 191, comma 1, 182, comma 1 e 2, 295, 179, 181, comma 2 , 137, comma 1 e 2, e 708 del Codice di Procedura Civile.

[15] Per un esame più approfondito della questione si rinvia, limitatamente agli studi di carattere generale, a S. SATTA, *voce Domanda Giudiziale*, in *Enc. del Dir.*, vol. XIII, Milano, 1964; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario al Codice di Procedura Civile*, diretto da E. ALLORIO, Vol. II Torino, 1980; S. COSTA, *Domanda giudiziale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1968, p. 161; R. ORIANI, *Domanda giudiziale*, e G. VERDE, *Domanda (principio della)*, in *Enc. Giur.*, Vol. XII, Roma, 1989.

[16] Sul punto, si veda anche G. NATALE, *L'interoperabilità: il dialogo necessario tra il digitale e il diritto, cit.*; G. D'AMICO, *Il processo costituzionale telematico tra le peculiarità del giudizio di costituzionalità e l'esigenza di assicurare l'interoperabilità dei dati*, in *Studium Iuris*, 6/2022, p. 666.

ISSN 2036-7821

Tuttavia, la tendenziale piena accessibilità deve avvenire osservando opportune cautele, che sono dettagliate dal successivo art. 52, parzialmente modificato dal d.lgs. n. 101 del 2018, che individua i limiti alla diffusione del contenuto, integrale o parziale, delle sentenze e degli altri provvedimenti giurisdizionali, applicabili sia alla divulgazione per finalità di informazione giuridica su riviste scientifiche o su supporti elettronici, sia ad ogni altra ipotesi di riproduzione di pronunce giudiziarie.

Il citato art. 52, al comma 1, autorizza l'interessato a *"chiedere per motivi legittimi, con richiesta depositata nella cancelleria o segreteria dell'ufficio che procede prima che sia definito il relativo grado di giudizio, che sia apposta a cura della medesima cancelleria o segreteria, sull'originale della sentenza o del provvedimento, un'annotazione volta a precludere, in caso di riproduzione della sentenza o provvedimento in qualsiasi forma, l'indicazione delle generalità e di altri dati identificativi del medesimo interessato riportati sulla sentenza o provvedimento"*.

La norma, dunque, distingue la fattispecie in cui il bilanciamento è effettuato direttamente dal legislatore per particolari categorie di dati (art. 52, commi 5 e 9), dai casi in cui il bilanciamento è effettuato "a valle", mediante la verifica della sussistenza di motivi legittimi, a fondamento della richiesta di oscuramento dei dati identificativi delle parti.

Al riguardo la Corte di Cassazione (Sez. VI, 15/02/2017, n. 11959), ha evidenziato che l'espressione "*motivi legittimi*" deve essere intesa come sinonimo di "*motivi opportuni*", la cui valutazione impone un equilibrato bilanciamento tra esigenze di riservatezza del singolo e di pubblicità della sentenza[17].

Anche le Linee Guida del Garante della privacy, pubblicate il 2 dicembre 2010, hanno evidenziato che *"la richiesta deve essere espressamente motivata, poiché in essa l'interessato deve specificare i "motivi legittimi" che la giustificano, quali la delicatezza della vicenda oggetto del giudizio o la particolare natura dei dati contenuti nel provvedimento"*[18].

Con specifico riferimento alla *"delicatezza della vicenda"* la Suprema Corte ha specificato che *"l'estrema latitudine del sostantivo abbia necessità di essere riempita di contenuti concreti, sintomatici della peculiarità del caso e della capacità, insita nella diffusione dei relativi dati, di riverberare (…) negative conseguenze su vari aspetti di vita sociale e di relazione dell'interessato (…), così andando ad incidere pesantemente sul diritto alla riservatezza del singolo (…)"*.

Si tratta, dunque, di un concetto indeterminato che lascia all'interprete un margine di concretizzazione della norma nel procedimento di sussunzione applicativa che, di

[17] Cfr. E. CONCILIO, Atti giudiziari e tutela dei dati personali (nota a TAR Lazio, Sez. III, 1° febbraio 2021, n. 579), in www.giustiziainsieme.it, 29/03/2021.

[18] Sul punto, si v. anche Cass. Pen, Sez. I, n. 47126 del 24/12/2021.

ISSN 2036-7821

certo, pare aggravato quando l'interoperabilità dei sistemi metta in comunicazione plurimi centri decisionali che potrebbero essere coinvolti in questa valutazione.
L'esito del bilanciamento, infatti, non appare scontato: sul punto, la giurisprudenza amministrativa[19] ha affermato che il principio di pubblicità ed accessibilità delle sentenze e delle altre decisioni della autorità giudiziaria come regola generale dell'ordinamento desunta, e che l'obbligo di pubblicazione rappresenta *"un necessario corollario del principio costituzionale dell'amministrazione della giustizia in nome del popolo"*.
Tuttavia, l'oscuramento dei dati personali può essere realizzato al fine di permettere all'organo giudicante di effettuare un bilanciamento tra gli opposti interessi e di verificare l'effettiva prevalenza dell'interesse privato all'anonimato rispetto all'interesse pubblico a garantire accessibilità degli atti giurisdizionali[20].
Dunque, in questa cornice di cautele, come potrebbe mutare la configurazione della nozione di interesse alla diffusione dei provvedimenti giudiziari, se questa diffusione dovesse attuarsi nell'ambito di plurimi sistemi interconnessi?
Potrebbero mutare (e in che modo) le cautele da adottare al fine di individuare i limiti alla diffusione del contenuto, non solo delle sentenze, ma anche degli atti di parte del giudizio nell'ambito di sistemi interconnessi?

4. Interoperabilità e coordinamento normativo: riflessi di diritto sostanziale e processuale.
A questo punto, si giunge all'esame del terzo profilo problematico inerente all'interoperabilità, ovvero se la stessa importi il necessario coordinamento, non solo

[19] Sul punto, da ultimo, T.A.R. Lazio-Roma, sez. III, 01/02/2021, n. 579.

[20] Ancora, la S.C. (Cass. civ., Sez. VI - 5, Ordinanza, 09/02/2022, n. 4167) ha evidenziato che *"In materia di trattamento di dati personali, con specifico riferimento alla c.d. "procedura di anonimizzazione dei provvedimenti giurisdizionali" di cui al D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 52, commi da 1 a 4, si indicano possibili "motivi legittimi", in grado di fondare la relativa richiesta (ovvero di indurre l'A.G. a provvedere d'ufficio), nella "particolare natura dei dati contenuti nel provvedimento (ad esempio, dati sensibili)", ovvero nella "delicatezza della vicenda oggetto del giudizio". Per quanto attiene ai "dati sensibili", va rilevato che la loro individuazione si ricava direttamente dalla legge, che con il D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 4, comma 1, lett. d), li definisce come "i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale". Quanto al diverso profilo della delicatezza della vicenda per cui è processo, l'estrema latitudine del sostantivo necessita di essere riempita di contenuti concreti, sintomatici della peculiarità del caso e della capacità, insita nella diffusione dei dati relativi, di riverberare negative conseguenze sui vari aspetti della vita sociale e di relazione dell'interessato (per esempio, in ambito familiare o lavorativo), così andando a incidere pesantemente sul diritto alla riservatezza del singolo (si pensi, tipicamente, a fatti riguardanti vessazioni in ambito familiare). Ciò implica che l'istanza di anonimizzazione della sentenza non possa limitarsi a un generico riferimento all'incidenza negativa, sulla sfera personale dell'interessato, del mancato oscuramento dei dati, ma debba riferire le specifiche e peculiari circostanze del caso concreto, che rendano evidenti le ragioni di opportunità dell'anonimizzazione. È, pertanto, insufficiente, al fine di fondare l'accoglimento dell'istanza di oscuramento, il generico riferimento al danno reputazionale, ovvero un richiamo non adeguatamente circostanziato all'incidenza negativa sulla sfera lavorativa degli interessati. È a tal fine insufficiente anche un mero e indistinto interesse alla riservatezza tout court"*.

ISSN 2036-7821

delle regole tecniche, ma anche delle "regole del gioco", ossia delle norme sostanziali e processuali disciplinanti lo svolgimento della funzione giudiziaria.
Dal punto di vista del riuso, dunque, occorre comprendere se l'individuazione di *standard* tecnici aperti, che rendano traslabili e riutilizzabili i dati, debba essere accompagnata dalla necessità di coordinamento, se non addirittura unificazione, dei sistemi normativi (tale lemma non è casuale e rimanda alle risalenti esperienze del *ius commune* del Medioevo, quale sistema che comprendeva al suo interno vari tipi di regole giuridiche coordinate tra loro per creare un ordinamento sovranazionale).
Orbene, volendo restringere il campo di indagine essenzialmente al diritto civile e al diritto amministrativo, questo tema è nuovo e vecchio al contempo.
Esso affonda le radici sulle teorizzazioni, altrettanto vecchie e nuove, del diritto amministrativo quale "diritto debole" destinato ad essere eroso dal diritto civile, anche in considerazione della globalizzazione che ha inciso sulla sovranità statuale e sul carattere autoritativo del potere amministrativo (orientato secondo modelli sempre più consensualistici), tendendo verso l'affermazione di una *lex mercatoria,* naturalmente più affine alle categorie del diritto privato[21].
Si è rilevato che il diritto amministrativo e, prima ancora, il diritto costituzionale, in quanto promanazione diretta della sovranità statuale, sono stati i primi ad avvertire i rivolgimenti più profondi.
Secondo questa tesi, dunque, tali rivolgimenti conducono verso la sostituzione del contratto alla legge e al provvedimento amministrativo, con esclusione del diritto pubblico, in cui il perseguimento dell'interesse pubblico è sostituito dalle logiche di razionalità economica dei mercati globali[22].
Dall'altro lato, si è affermata una diversa visione "unificante", che propugna non una prevalenza dell'uno o dell'altro diritto, ma una reciproca contaminazione di diritto civile e amministrativo, anche in ambito processuale[23].
Al riguardo, è stato autorevolmente osservato rilevato che *"il diritto amministrativo, come si è detto, è venuto sempre più caratterizzandosi quale diritto "dei soggetti amministrati" anziché quale veste "del potere". Il che significa che, per tale aspetto, se ne riafferma anche "la alterità" verso altri e/o meglio di essere così fonte di norme "di relazione" e non solo "di azione", onde, in tal veste, esso è destinato ad incontrare il diritto civile, il quale, per definizione, è il diritto "del rapporto" con altri e quindi di norme "di relazione" (del proprietario con gli omnes, del creditore con il debitore)"* e che, parallelamente, *"lo stesso diritto civile è divenuto il diritto anche dei soggetti collettivi (quali le società, le associazioni, i trusts, le comunità intermedie), in ordine ai quali l'interesse collettivo da essi espresso non può essere irrigidito in un rapporto paritario con i soggetti che di essi sono parte, giacchè la*

[21] M. PROTTO, *Il diritto debole,* Torino, 2019, cap. I.
[22] F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto,* Bologna, 2005
[23] Tale visione sistematica è stata affrontata nel volume, di G.P. CIRILLO, *Sistema internazionale di diritto comune,* Milano, 2021.

ISSN 2036-7821

sua forma è quella di un potere a valenza unilaterale e destinato a valere nei riguardi di tutti i soggetti dell'ente collettivo"[24].

Ed è proprio dalla "contaminazione" con il diritto civile che lo stesso diritto amministrativo ha subito a seguito della introduzione di leggi sul procedimento e, successivamente, sul processo, consente di parlare di aspetti di diritto "comune" ad entrambi i diritti (quello civile e quello amministrativo), risultando sempre più "depotenziate" le differenze tra entrambi.

In ambito processuale, basti pensare *alla tutela processuale dell'interesse legittimo*, in virtù della quale l'apertura alla tutela risarcitoria e al passaggio verso l'atipicità delle forme di tutela con la traslazione del giudizio dall'atto al rapporto, nonché alle aumentate potenzialità di accesso al fatto da parte del giudice amministrativo, che ha consentito di superare il principale elemento di differenziazione e di contrapposizione con il rito civile, facendo emergere il rilievo dell'interesse sostanziale sottostante quale fonte di attribuzione di utilità individuale per il privato.

A corollario di ciò, quale fonte di responsabilità risarcitoria della P.A., deve aversi riguardo, come previsto dall'art. 1173 c.c. "ad ogni atto o fatto" idoneo a produrre obbligazioni e, al riguardo, anche all'incipiente ruolo del principio di tutela del legittimo affidamento nel comportamento della P.A., che trova la sua base in una responsabilità della P.A. da comportamento e non più meramente provvedimentale o autoritativa.

Se è vero che questo processo è in corso, anche mediante la creazione e l'affermazione della cogenza di principi generali come nuova forma di produzione giuridica che travalica gli ambiti settoriali, non può però affermarsi che esso sia compiuto.

Sul versante processuale, l'interoperabilità dei sistemi e lo scambio dei dati tra plessi giurisdizionale sconterebbe ancora oggi la permanente necessità di coordinamento con un rito, quale quello amministrativo che, nonostante la sua declamata evoluzione verso il giudizio sul rapporto (in coerenza con la sopra rappresentata caratterizzazione sostanziale dell'interesse legittimo), sembra ancora imperniato, non su dati, ma sul valore inferenziale privilegiato dei documenti[25].

Ed infatti, nell'attuale sistema processuale amministrativo basato sul principio dispositivo con metodo acquisitivo, ha ancora un rilievo preminente il documento che, inteso quale mezzo di prova direttamente rappresentativo o certificativo, è

---

[24] A. DI MAJO, *Europa e diritto privato. Osservatorio. Diritto civile e amministrativo si contaminano a vicenda?*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2022.

[25] L.R. PERFETTI, voce *Prova (dir.proc.amm.)*, in *Enc. del Diritto*, II-I, Milano, 2008 ha evidenziato che, ad esempio, la questione della rilevanza (e, si soggiunge, del valore inferenziale) della prova documentale continua ad assumere *"un valore particolarmente significativo nel processo amministrativo. Infatti, nel processo amministrativo la prova documentale: a) costituisce il principale – quando non il solo – mezzo di prova; b) è versata dalle parti nel fascicolo di causa; ovvero c) è acquisita nel processo amministrativo, necessariamente ex lege oppure officio iudicis*

ISSN 2036-7821

fondamentale soprattutto in un processo caratterizzato da una connotazione demolitoria di una manifestazione non verbale del potere pubblico.

Il documento, quindi, costituisce il *medium* attraverso il quale il giudice accede al fatto, riflettendo una concezione, che anche nel nuovo assetto dell'ordinamento processuale, è influenzata dalla preoccupazione di *"impedire che l'accesso diretto al fatto da parte del giudice in modo autonomo rispetto al procedimento amministrativo trasferisse sul piano giurisdizionale quella funzione che alla sola amministrazione spetta in sede di formazione dei suoi atti"*[26].

Non sembra, dunque, essere stata superato l'antico paradigma dell'istruttoria meramente eventuale, che, sebbene volta a ristabilire la parità processuale delle parti e meramente a corroborare il principio di prova posto a sostegno della domanda di giustizia del privato, rappresenta ancora sostanzialmente una facoltà del decisore, e sovente si appanna innanzi alla paralizzante valenza certificativa (e, in ogni caso, inferenziale) privilegiata del documento pubblico, che nasce come funzione formalizzata di documentazione della volontà amministrativa[27].

---

[26] T.A.R. Lombardia-Milano, sez. III, ord. 06/04/2011, n. 904, commentata in R. GAROFOLI, *Codice del processo amministrativo (Annotato con dottrina, giurisprudenza e formule), cit.*, p. 1121.

[27] Basti pensare alla difficile affermazione della prova testimoniale e degli accertamenti del C.T.U., vista la tradizionale renitenza del giudice amministrativa a superare la renitenza ad adagiarsi sul valore certificativo privilegiato del documento amministrativo, affidandosi ad un'istruttoria sui fatti vista come eventuale e a connotazione prevalentemente indiziaria.

Da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 02/05/2022, n. 3414, ha evidenziato che *"Le prove testimoniali assunte e gli accertamenti effettuati dal c.t.u. nel corso del giudizio ordinario rilevano certamente anche ai fini della decisione innanzi al Giudice amministrativo, atteso che, tra le prove atipiche, ammesse tanto nel giudizio civile tanto in quello amministrativo, rientrano quelle raccolte in un diverso giudizio (verbali di udienza, consulenza tecnica), tra le parti o anche tra parti diverse, le quali possono essere utilizzate dal giudice di merito al fine di fondare il proprio convincimento purché siano ritualmente acquisite in giudizio, quali argomenti di prova o presunzioni semplici"*.

Sul *self-restraint* giurisprudenziale in ordine ad un pieno utilizzo della consulenza tecnica si veda anche Cons. Stato, Sez. IV, 05/03/2018, n. 1331, che così ha statuito: *"La consulenza tecnica non costituisce un mezzo di prova ma, al più, di ricerca della prova (cd. consulenza tecnica percipiente), avente la funzione di fornire al giudice i necessari elementi di valutazione quando la complessità sul piano tecnico-specialistico dei fatti di causa impedisca una compiuta comprensione (cd. consulenza tecnica deducente), ma non già la funzione di esonerare la parte dagli oneri probatori sulla stessa gravanti. (conferma Tar Marche, Sez. I, n. 341 del 9 maggio 2013)"*.

Ed ancora, Cons. Stato, Sez. V, Sentenza, 13/07/2017, n. 3448, ha osservato che *"In materia di responsabilità civile della P.A. le parti non possono sottrarsi all'onere probatorio e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente tecnico d'ufficio neppure nel caso di consulenza cd. percipiente, che può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, demandandosi al consulente l'accertamento di determinate situazioni di fatto, giacché, anche in siffatta ipotesi, è necessario che le parti stesse deducano quantomeno i fatti e gli elementi specifici posti a fondamento di tali diritti (art. 2043 c.c.) (Riforma della sentenza del T.a.r. Veneto, Venezia, sez. I, n. 442/2015)"*.

In altri casi, addirittura, la potenzialità di accesso al fatto è stata ulteriormente ridimensionata e l'attività valutativa tecnica è stata ricondotta esclusivamente entro le strette maglie delle risultanze documentali del procedimento, osservando che "*Facendo ricorso a quelle stesse categorie giuridiche che governano il processo civile, in quello amministrativo non paiono consentite le consulenze tecniche c.d. percipienti: quelle in cui il consulente, fatto ovviamente salvo il controllo immanente del giudice peritus peritorum, è chiamato ad accertare (direttamente) i fatti mediante l'ausilio di specifiche competenze tecniche. Sono invece ammesse nel processo amministrativo, ex art. 67 c.p.a., le consulenze tecniche c.d. deducenti, volte a valutare i fatti accertati e dati per esistenti, come (già definitivamente) acquisiti nel corso nel procedimento amministrativo. Che nel caso di contestazione di valutazione di offerte in sede di gara, obbedisce*

ISSN 2036-7821

Dalle esposte considerazioni emerge che al fine di realizzare una interoperabilità dei sistemi e il correlato transito dei dati, che non sia fondata su vuoti e inefficaci applicativi tecnici, pare ineludibile un'esigenza di coordinamento normativo che renda i dati non solo traslabili, ma anche effettivamente utilizzabili nell'espletamento della funzione giudiziaria.

L'esame dei rapporti tra il diritto processuale civile e quello amministrativo e, in particolare, delle peculiarità in ordine all'estensione dei meccanismi di selezione, accertamento e valutazione dei dati, parrebbe testimoniare uno iato che difficilmente può essere colmato con l'esclusivo ausilio di pur sofisticati mezzi tecnici.

---

alla lex specialis, ed i cui atti, soprattutto quelli contenenti manifestazioni di giudizi, sono espressione di valutazione tecnico-discrezionale riservata" (T.A.R. Liguria, sez. II, 24/01/2014, n. 137; T.A.R. Lombardia-Milano, sez. II, 21/11/2017, n. 2209).

Sul valore probatorio della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, Cons. Stato, Sez. VI, 16/05/2022, n. 3841, ha evidenziato che *"La dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà non è applicabile nell'ambito del processo amministrativo, in quanto la stessa, sostanziandosi in un mezzo surrettizio per introdurre la prova testimoniale, non possiede alcun valore probatorio e può, al più, costituire soltanto un mero indizio che, in mancanza di altri elementi gravi, precisi e concordanti, non è idoneo a scalfire l'attività istruttoria dell'Amministrazione"*. (Conferma T.A.R. Sardegna, Sez. II, n. 395/2016).

Con particolare riferimento ai rapporti con il giudizio penale e al valore probatorio degli accertamenti del giudice penale nel processo amministrativo, si è rilevato che *"Secondo i principi generali che presiedono alla valutazione delle risultanze istruttorie, enunciati dall'art. 116 cp.c.. ed espressamente codificati nel processo amministrativo dall'art. 64 c.p.a., il giudice amministrativo ben può utilizzare, in mancanza di qualsiasi divieto di legge e in ossequio al principio dell'atipicità delle prove, come fonte anche esclusiva del proprio convincimento le prove raccolte nel giudizio penale conclusosi con sentenza non esplicante autorità di giudicato nei confronti di tutte le parti della causa amministrativa e ricavare gli elementi di fatto dalla sentenza e dagli altri atti del processo penale, purché le risultanze probatorie siano sottoposte a un autonomo vaglio critico svincolato dall'interpretazione e dalla valutazione che ne abbia già dato il giudice penale, e purché la valutazione del materiale probatorio sia effettuata in modo globale e non frammentaria e limitata a singoli elementi di prova* (cfr. Cass. 29 ottobre 2010, n. 22200, 2 marzo 2009, n. 5009, e 7 febbraio 2005, n. 2409; Cons. Stato, sez. VI, 28 marzo 2012, n. 1833, e 5 aprile 2019, n. 2257).

Ancora, Cons. Stato, Sez. VI, 20/01/2022, n. 358, ha evidenziato che *"In linea generale nei rapporti tra giudizio penale e giudizio amministrativo la regola, almeno tendenziale, è quella dell'autonomia e della separazione, fermo il disposto di cui all'*art. 654 *c.p.p. secondo cui il giudicato penale non determina un vincolo assoluto all'amministrazione per l'accertamento dei fatti rilevanti nell'attività di vigilanza. Né la sentenza penale di assoluzione può condizionare in modo inderogabile il giudizio amministrativo, tanto più quando la p.a. non si sia costituita parte civile nel processo penale. Il carattere vincolante, nei riguardi del giudizio amministrativo, dell'accertamento compiuto dal giudice penale, è in ogni caso subordinato alla ricorrenza di presupposti rigorosi. Sotto il profilo soggettivo, il giudicato è vincolante solo nei confronti dell'imputato, della parte civile e del responsabile civile che si sia costituito o che sia intervenuto nel processo civile. Non, quindi, nei confronti di altri soggetti che siano rimasti estranei al processo penale, pur essendo in qualche misura collegati alla vicenda penale (ad esempio, il danneggiato che non si sia costituito parte civile, la persona offesa dal reato, il responsabile civile che non sia intervenuto o non si sia costituito). Sotto il profilo oggettivo, il vincolo copre solo l'accertamento dei "fatti materiali" e non anche la loro qualificazione o valutazione giuridica, che rimane circoscritta al processo penale e non può condizionare l'autonoma valutazione da parte del giudice amministrativo o civile. Da ciò deriva che l'eventuale qualificazione giuridica in termini di invalidità (annullabilità o nullità) che il giudice penale dovesse attribuire al provvedimento amministrativo rilevante nella fattispecie di reato esulerebbe, in quanto tale, dal vincolo del giudicato, atteso che il giudizio di invalidità non riguarda l'accertamento del fatto, ma la sua qualificazione giuridica. (Conferma T.A.R. Toscana estremi omessi.)"*

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Transizione ecologica e modelli dell'economia

di Ciro Alessio Mauro

(Professore Straordinario di Diritto dell'economia presso la Link Campus University)

Sommario

1. L'accordo di *Bruxelles* del Parlamento e del Consiglio dell'Unione europea del 18 dicembre 2022 - 2. Ambiente e *next generation eu:* breve *focus* - 3. Le tasse ambientali nei modelli economici - 4. La distribuzione dei costi delle emissioni nocive tra *sharing economy* - 5. Riflessioni conclusive.

Abstract

The contribution intends to analyze the recent agreement of 18 December 2022 between Parliament and Council of the European Union regarding the reform of the European Union Emissions Trading System, better known by the acronym of ETS, and the establishment of a new Special Fund for climate change. In the outlined context, the research focuses on the function of the new duties on imports, reconciling the needs of respect for the environment and those of private economic initiative, in the declination that the new customs instruments fulfill pending the climate stability objectives set for 2050. Furthermore, the work offers a reconstruction aimed at enhancing the intervention of private operators in the context of environmental pollution with a view to safeguarding the "bene comune", therefore, in the same way as the principle of the sharing economy, ultimately contemplated in the same National Plan of Recovery and Resilience (PNRR).

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

ISSN 2036-7821

1. L'Accordo di Bruxelles del Parlamento e del Consiglio dell'Unione europea del 18 dicembre 2022

Le recenti sfide in materia ambientale trovano inquadramento nell'inasprimento dell'equilibrio del sistema ecologico del Pianeta, nel comune convergere di un processo di industrializzazione non sempre adeguato rispetto all'esigenza di preservazione delle risorse naturali. La frequente ricerca di meccanismi normativi e di regolazione idonei alla salvaguardia terrestre ha, nel delineato ambito, determinato il progressivo intervento dell'Unione europea.

La tutela dell'ambiente ha generato, anche a livello ultrastatale, l'enucleazione di modelli legislativi volti a restituire all'uomo un sistema bioclimatico salubre, nella conferma della sacralità del relativo contesto territoriale. I presidi di riconversione ecologica delle stesse risorse terrestri hanno, quindi, favorito l'attivazione di strumenti di riutilizzo e processi di rigenerazione per la riallocazione di quelle già esistenti.

Quando si discorre di tutela ambientale[1] e di obiettivi bioclimatici per la salvaguardia del Pianeta si assiste, non di rado, ad una costante rivisitazione del sistema di regolazione dell'Unione europea, nell'interagire dei relativi principi applicativi verso il perseguimento della neutralità climatica del 2050. Nel prospettato contesto, è dello

[1] Per approfondimenti sulla visione del diritto amministrativo in tema ambientale, si veda: S. BOCCHINI, *La partecipazione del proponente alla predecisione di impatto ambientale*, in *Amministrativ@mente*, n. 2, 2022; S. VILLANI, *Una rivoluzione fiscale green e Capabilities Approach-oriented per accelerare la transizione verso un'economia più sostenibile ed inclusiva*, in *Amministrativ@mente*, n. 3, 2020; R. GIUFFRIDA, F. AMABILI, *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Torino, 2018; G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO, *Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, Torino, 2017; F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in AA.VV., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA, F. SAITTA, Milano, 2012, p. 433 ss.; D. PORTENA, *La protezione dell'ambiente tra Costituzione italiana e «Costituzione globale»*, Torino, 2009; P.A. PILLITU, *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto ambientale dell'Unione europea*, in P. FOIS (a cura di), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, XI Convegno Alghero, 16-17 giugno 2006, Editoriale scientifica, 2007, p. 230 ss.; F. MUNARI, *Tutela internazionale dell'ambiente*, in AA.VV., Istituzioni di diritto internazionale, a cura di S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, A.S. MARIA, Torino, 2006, p. 463 ss.; A. POLICE, *Il giudice amministrativo e l'ambiente: giurisdizione oggettiva o soggettiva?*, nel volume n. 10 dell'A.I.D.U., Ambiente, attività amministrativa e codificazione, Atti del primo colloquio di Diritto dell'ambiente - Teramo, aprile 2005 (a cura di D. DE CAROLIS, E. FERRARI e A. POLICE), Milano, 2005, pp. 297 e ss.; G. LANDI, *L'ambiente nel diritto, comunitario*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Manuale di diritto ambientale*, Padova, 2001, p. 40 ss.; G. TERRACCIANO, *La tutela dei beni ambientali; la gestione dei vincoli paesaggistici*, in *Gazzetta ambiente*, n. 4/5, 1995, pp. 239 e ss. In tema di strumenti economici finalizzati ad "incentivare" gli operatori a ridurre l'inquinamento, *cfr*. il documento OCSE "*The use of economic instruments for pollution control and natural resource management in EECCA*", CCNM/ENV/EAP, 2003, in www.oecd.org; Report della European Environment Agency intitolato "*Environmental taxation and EU environmental policies*", 2016, in www.eea.europa.eu; Report dell'OCSE intitolato *Environmental Fiscal Reform, Progress, Prospects and Pitfalls*, 2017, in www.oecd.org. In letteratura, sul tema delle misure volte a regolamentare le attività produttive v. A. DAIDONE, R. LUPI, *I tributi ambientali come collegamento tra "esternalità negative" e manifestazioni di ricchezza*, in *Dialoghi tributari*, n. 2 del 2013, p. 132 e ss.; V. A.C. PIGOU, *Economics of Welfare*, Macmillan, Londra, 1920; A. URICCHIO, *I tributi ambientali e la fiscalità circolare*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 5 del 2017, p. 1849; P. SELICATO, *La tassazione ambientale tra la ricerca di nuovi indici di ricchezza e la coerenza dei sistemi fiscali*, in *Riv. dir. trib. int.*, 2004, nn. 2-3, p. 273.

ISSN 2036-7821

scorso 18 dicembre 2022 l'accordo provvisorio che il Parlamento e il Consiglio dell'Unione europea hanno raggiunto quanto alla riforma dell'*European Union Emissions Trading System*, meglio conosciuto con l'acronimo di ETS, ed alla istituzione di un nuovo Fondo speciale per il cambiamento climatico[2].

Inoltre, nel nuovo disegno unionale cristallizzato nel patto del dicembre del 2022, emerge la prospettiva di contenere progressivamente il rilascio dei c.d. certificati verdi sul mercato, adottando un dazio ambientale precedentemente non previsto per le importazioni maggiormente inquinanti.

Quindi, gli operatori di navigazione saranno assoggettati a specifici contributi economici in considerazione delle emissioni di CO_2 a margine di un innovativo - quanto preventivo - concetto di "chi inquina paga"[3]. Tale principio, come sarà meglio enucleato nel presente contributo, si delinea come modello arricchito di nuovi colori alla stregua di una rinnovata concezione dell'ambiente che interagisce con lo sviluppo economico del Paese, nel novero dell'attuale stagione di programmazione industriale.

D'altro canto, sono sempre più evidenti le interazioni del sistema ETS - il sistema di scambio delle emissioni meglio conosciuto come *Emission Trading System* - quale presidio approntato dall'Unione Europea, rispetto alla necessità di raggiungere l'obiettivo di riduzione delle emissioni nocive, fino all'obiettivo di pervenire ad emissioni zero nel 2050.

Si registra, pertanto, una stagione di regolazione ambientale attraverso la quale si intende disciplinare - o, meglio, indirizzare - la circolazione delle emissioni CO_2 in ambito atmosferico secondo meccanismi di matrice economica. Tuttavia, come qui di seguito verrà illustrato, il risvolto di tale modello di regolazione dei sistemi di

[2] Vedi comunicato stampa istituzionale *Climate change: Deal on a more ambitious Emissions Trading System (ETS)*, disponibile su https://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20221212IPR64527/climate-change-deal-on-a-more-ambitious-emissions-trading-system-ets. Si menziona, in tale ambito, il Protocollo siglato a Kyoto nel 1997, che fa seguito alla convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC) è sorto per combattere i cambiamenti climatici. Si tratta del primo accordo internazionale che prevede gli impegni dei paesi industrializzati a ridurre le emissioni di alcuni gas ad effetto serra, responsabili del riscaldamento del pianeta. Più di recente, con il d.lgs. 9 giugno 2020, n. 47 sono state recepite le modifiche apportate dalla direttiva (UE) 2018/410 alla direttiva 2003/87/CE in materia di ETS. Per la ricostruzione del complessivo *iter* normativo si rimanda al d.lgs. 9 giugno 2020, n. 47 di attuazione della direttiva (UE) 2018/410 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 marzo 2018, che modifica la direttiva 2003/87/CE per sostenere una riduzione delle emissioni più efficace sotto il profilo dei costi e promuovere investimenti a favore di basse emissioni di carbonio, nonché adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2017/2392 relativo alle attività di trasporto aereo e alla decisione (UE) 2015/1814 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 ottobre 2015 relativa all'istituzione e al funzionamento di una riserva stabilizzatrice del mercato, pubblicato in G.U. Serie Generale n.146 del 10 giugno 2020.

[3] In tema del principio "*chi inquina paga*" deve evidenziarsi che la giurisprudenza amministrativa ha, da ultimo, stabilito con la recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 14 giugno 2022, n. 4826, che l'onere a carico del soggetto inquinante può estendersi oltre il mero contributo economico, non escludendosi a priori un obbligo di bonifica, ove il pericolo di aggravamento della criticità ambientale sia ancora attuale, consultabile su www.appaltiecontratti.it, 16 giugno 2022.

ISSN 2036-7821

circolazione delle emissioni inquinanti ha determinato l'effetto del c.d. *carbon leakage risk*, nella misura in cui i costi conseguenti alla politica di lotta al cambiamento climatico hanno indotto gli operatori del mercato a ricercare soluzioni maggiormente vantaggiose. Al fine di evitare fenomeni di delocalizzazione su larga scala, pertanto, l'Unione europea ha introdotto sia strumenti di assegnazione di quote di emissioni a titolo gratuito[4] sia di compensazione mediante la previsione di maggiori prezzi dell'energia in funzione degli elevati costi dei diritti di emissione.

Ulteriormente, con il meccanismo CBAM, *carbon border adjustment mechanism*, la stessa Unione europea intende preservare l'industria degli Stati membri nella fase di decarbonizzazione da ambiti non assoggettati alle medesime, e rigorose, regole di salubrità climatici. Si prevede una sorta di *carbon tax* sul carbonio, come delineata nella Proposta di Regolamento del Parlamento Europea e del Consiglio del 14 luglio del 2021[5].

Dunque, il mercato si dirige verso scenari di regolazione segnati dall'imposizione di dazi ambientali all'insegna del contenimento delle emissioni nocive, nella declinazione di una tassa applicata alle frontiere. Si rinfervora l'attenzione verso la delicata tematica della tutela ambientale[6], in quel che sembra assumere caratteri di

[4] Cfr. Direttiva 2003/87/Ce la quale prevede che gli Stati membri possano adottare "*misure finanziarie a favore di settori o sottosettori considerati al rischio elevato di rilocalizzazione delle emissioni di carbonio a causa dei costi connessi alle emissioni gas a effetto serra trasferiti sui prezzi dell'energia elettrica, al fine di compensare tali costi e ove tali misure finanziarie siano conformi alle norme sugli aiuti di Stato applicabili e da adottare in tale ambito*". Direttiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 ottobre 2003 che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 25.10.2003. In materia, si rimanda ampiamente, M. NARDINI, L'evoluzione dell'emission trading europeo e l'impiego dei proventi delle aste CO_2, Amministrazione in Cammino, Riv. elettronica di diritto pubblico dell'economia e scienza dell'amministrazione, 28 novembre 2020, p. 17.

[5] Consultabile su https://www.certifico.com/component/attachments/download/33616.

[6] Per una ricostruzione sul tema, tra i molti Autori, cfr. B. BIANCANIELLO-C. BOVINO, *Il danno all'ambiente: dalla normativa alle Corti*, in *Corriere giuridico*, n. 3, 2017, p. 397 ss.; C. CARRERA, *La posizione di garanzia del proprietario del sito alla luce del principio "chi inquina paga"*, in *Urbanistica e appalti*, n. 6, 2017, p. 818 ss.; V. CORRIERO, *Diritto di rivalsa e obbligazioni parziarie risarcitorie nel sistema italo-europeo di responsabilità ambientale*, in *Rassegna di diritto civile*, n. 1 , 2021, p. 342 ss.; F.O. CUGIA, *Il danno da inquinamento dell'ambiente marino*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 3, 2021, p. 1025-1045; L. IEVA, *Distinzione tra misure di "prevenzione" e misure "riparatorie" dei siti inquinati*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 7, 2022, p. 1705 ss.; R. LEONARDI, *L'oggettivizzazione della responsabilità in tema di bonifiche ambientali e l'affermazione dell'ambiente come bene inviolabile*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 6, 2019, 1, p. 1548 ss.; M. LIACI, *Strategia europea per la plastica e riflessi normativi e giurisprudenziali nell'ordinamento italiano*, in *ambientediritto.it*, n. 3, 2021, p. 113-149; G. LO SAPIO, *La responsabilità per danno ambientale e la chimera della calcolabilità del diritto*, in *Urbanistica e appalti*, n. 1, 2018, p. 40 ss.; M. MELI, *Oltre il principio chi inquina paga: verso un'economia circolare*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 1, 2017, p. 63 ss.; L. MORAMARCO, *"Chi inquina paga": pluralità e limiti degli strumenti attuativi*, in *Il Diritto dell'agricoltura*, n. 1, 2017, p. 175 ss.; M. PEDERSOLI, *La responsabilità ambientale della società incorporante incolpevole tra applicazione del principio del "chi inquina paga" e tendenze verso forme di responsabilità oggettiva: Cons. Stato, Ad. Plen., 22 ottobre 2019, n. 10*, in *Rivista Giuridica Europea*, n. 1, 2020, p. 53 ss.; M. RUSSO, *"Chi inquina, paga?": la multiforme applicazione del principio nella giurisprudenza nazionale in tema di ripartizione degli obblighi di risanamento ambientale*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 4, 2017, 1, p. 889 ss.; U. SALANITRO, *Il principio "chi inquina paga": "responsibility" e "liability"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1, 2020, p. 33 ss.; ID., *Remediation of historical soil contamination: owner responsibility and waste law*,

ISSN 2036-7821

assoluta novità rispetto al passato nei settori strategici dell'economia ed afferenti ai segmenti ETS del comparto energetico, dell'acciaio, nonché a quello dell'elettrico e del riscaldamento globale.
Sebbene l'accordo raggiunto debba ancora essere ufficialmente approvato dal Parlamento e dal Consiglio dell'Unione europea viene, comunque, in rilievo un progressivo potenziamento dei presidi previsti in materia ambientale anche attraverso meccanismi economici in tutto e per tutto innovativi rispetto al passato. Tali presidi economici si traducono, quindi, nell'accompagnamento del sistema industriale e di mercato verso il raggiungimento dei risultati auspicati su base unionale, nelle cui more la previsione di specifici dazi alle importazioni rappresenta un serio stimolo per gli operatori all'utilizzo di elementi non inquinanti.
Tali meccanismi postulano un'adeguata riflessione quanto alle scelte di tecnica di normativa e di regolazione di cui intende avvalersi il legislatore europeo. Al diritto positivo viene restituita la funzione primaria di contemperare le esigenze di crescita e di sviluppo del sistema economico-sociale rispetto ad un assetto ecologico sempre più inasprito dall'intensificarsi dello sviluppo industriale.
La cognizione di una teoria economica sviluppatasi in un tempo in cui i problemi legati alla salvaguardia dell'integrità ambientale non impattavano in modo così significativo sull'equilibrio complessivo del Pianeta ha imposto, all'oggi, l'esigenza di tratteggiare le soluzioni che appaiono più idonee per marginalizzare la possibile contrapposizione fra le esigenze di crescita e sviluppo, da un lato, ed i principi di salubrità e sostenibilità ambientale, dall'altro[7].

2. Ambiente e Next Generation EU: breve focus

in *ambientediritto.it*, n. 2, 2021, p. 350 ss.; G. SAVARESE, *Siti contaminati. Un'analisi del procedimento di caratterizzazione e bonifica alla luce del d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, in *ambientediritto.it*, n. 1, 2021, p. 647 ss.; A. SOLA, *Oneri di bonifica e ruolo del proprietario incolpevole: applicazione del principio "chi inquina paga" ([Nota a sentenza] T.A.R. Lombardia - Brescia, Sez. 1. 15 gennaio 2021, n. 47)*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, n. 1, 2021, p. 1 ss.; S. TATTI, *Il principio "chi inquina paga" nella disciplina in materia di bonifica di cui agli artt. 240 ss. del Codice dell'ambiente*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, n. 7-8, 2017, 2, p. 349 ss.; L. UGOLINI-F. VANETTI, *Gli obblighi convenzionali con la P.A. superano il principio "chi inquina paga"*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, n. 1, 2017, p. 113 ss.; C. VIVANI, *Il principio '"chi inquina paga" e gli obblighi di messa in sicurezza e di bonifica dei siti contaminati*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 5, 2018, p. 1213 ss..

[7] Sulla regolazione dei mercati, si veda ampiamente: G. SCIASCIA, *La Regolazione Giuridica del Rischio Sistemico, Stabilità Finanziaria e Politiche Macroprudenziali,* Diritto dei Mercati, Collana Diretta da D. SICLARI, Milano, 2021; S.A. GREGO LUPPI, *L'Amministrazione regolatrice*, Torino, 1993; M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria amministrazione. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, Napoli, 2009; F. CAPRIGLIONE, A. SACCO GINEVRI, *Politica e finanza nell'Unione europea: le ragioni di un difficile incontro*, Padova, 2015; M. CENINI, *La proprietà pubblica della terra inquinata, in Studi in onore di Antonio Gambaro*, Milano, 2017, 591 ss. Cfr. A. SCALONE, *Stato, Scienza e Società in Hans Kelsen, Quaderni, Lo Stato*, Modena, 2016, p. 73 ss.; H. KELSEN, *Die Illusion der Gerechitigkeit. Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons*, Berkeley, 1957. Si veda, altresì, la Proposta di Direttiva del Consiglio che ristruttura il quadro dell'Unione per la tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità (rifusione), consultabile su https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:1b01af2a-e558-11eb-a1a5-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF.

ISSN 2036-7821

Com'è noto, il ricorso al pacchetto di *Next Generation EU* (NGEU)[8] si staglia nel novero dell'intervento dell'Unione europea anche in ambito ambientale, nell'ottica di una stagione di programmazione industriale ed economica volta a traguardare gli Stati membri verso un sistema virtuoso di politica della sostenibilità.

La *quaestio* ambientale, se così può essere qualificata, sebbene dipendente dal contesto, non può essere considerata in una cornice predefinita dato il carattere composito e multiforme che essa assume. A causa di questa natura polisemica che accompagna il termine ambiente, la teoria economica non è riuscita a chiarirne in modo univoco la portata, non essendo la medesima riconducibile alla mera analisi del sistema di scambio nei mercati. L'ambiente diviene, evidentemente, continuo paradigma di meditazione giuridica non solo sotto il profilo dell'etica e della giustizia, ma anche sotto quello dell'analisi economica[9]. Anche i finanziamenti contemplati nel PNRR[10] sono ancorati al pieno rispetto del principio del *Do Not Significant Harm*, DNSH, ovvero quello di non arrecare un danno significativo all'ambiente.

L'intenzione è la sostenibilità di investimenti legati alla transizione ecologica, in linea con l'Accordo di Parigi ed il *Green Deal* europeo, nel contesto di un sistema complessivamente volto a promuovere l'uso efficiente delle risorse, il ripristino della biodiversità e la riduzione dell'inquinamento.

Decorsi ormai decenni da quando in Europa si sancirono i primi elementi alla base di una politica comunitaria in materia di ambiente, è con il Consiglio europeo tenutosi a Parigi nel 1972 che si approntò la necessità di avviare un programma comune ambientale teso a fiancheggiare lo sviluppo industriale ed economico. Del pari, l'Atto unico europeo del 1987 rappresentò il presupposto per un disegno di politica di tutela ambientale conforme ed omogenea nell'ottica dell'applicazione dei valori primari a salvaguardia del Pianeta. Con il trattato di Maastricht 1993 e quello di Amsterdam del 1999 si è, ulteriormente, impresso un centrale ruolo alla protezione dell'ambiente. La prospettiva del cambiamento climatico si è annoverata, quindi, tra gli obiettivi più significativi del trattato di Lisbona del 2009.

---

[8] Sul punto, sia consentito un rinvio al contributo C.A. MAURO, *Il principio "chi inquina paga" nelle sfide della environmental justice*, *Giustiziacivile.com*, 25 luglio 2022, nell'aggiornamento e riformulazione offerta nel presente saggio alla luce dei recenti interventi dell'Unione europea in tema di tutela ambientale.

[9] Sul tema, si segnala la posizione di quegli Autori che qualificano l'ambiente quale vero e proprio "patrimonio multifunzionale", nell'ambito del quale è possibile rintracciare "*funzioni e servizi di carattere economico, tali che se comprati o venduti in un mercato sarebbero tutti caratterizzati da un prezzo positivo*". In termini, cfr. A. BUCCISANO, *Fiscalità ambientale tra principi comunitari e costituzionali,* in *Dir. Prat. Trib.*, n. 2 del 2016, p. 590.

[10] Il Dispositivo di Ripresa e Resilienza (*Recovery and Resilience Facility, RRF*) costituisce lo strumento essenziale all'interno del piano finanziario straordinario *Next Generation* EU (NGEU), approvato dal consiglio Europeo nel luglio 2020 con la finalità di garantire una rapida ripresa economica dopo la pandemia.

ISSN 2036-7821

Se non fosse che a detti obiettivi, nel dicembre 2019, la Commissione europea ha dato effettiva attuazione attraverso il noto *Green Deal*[11] europeo, nel quale figurano *target* ancora più ambiziosi, come quello di decarbonizzare l'economia dell'Unione europea entro il 2050, in linea di conformità all'accordo di Parigi[12]. L'impegno che, dunque, si è registrato in sede europea è stato significativo ed ha rinvenuto ulteriore consolidamento nell'integrazione di taluni negoziati internazionali basati sul principio della cooperazione. Tanto basta citare l'istituzione dell'Agenzia Europea dell'ambiente con la direttiva 1210/1990 della CEE, a propria volta nominata dalla direttiva CEE 933/1999.

Oggigiorno, il modo di guardare alla tutela dell'ambiente appare delinearsi in una chiave interpretativa che non consente di limitarne il raggio di indagine alla sola scienza giuridica, emergendo piuttosto l'esigenza di assicurarne una visione trasversale che, in qualche modo, coinvolga anche la filosofia e la sociologia e, ancora più in particolare, la collettività, nell'ambito di un sistema ecologico in continua evoluzione.

Si adombra - verosimilmente, anche in ragione dell'intercorsa pandemia[13] (che ha sollevato interrogativi sul modello sociale da perseguire) - un continuo proposito di riflessione[14] che presuppone un costante impegno nella ricerca di soluzioni sempre più idonee alla salvaguardia delle risorse terrestri, ciò anche nella prospettiva del loro riutilizzo.

Nella transizione ecologica si rinviene, dunque, quel punto di auspicata modernizzazione del sistema produttivo all'impronta di una diversa, e più matura, concezione della programmazione industriale e pianificazione economica.

---

[11] Il *Green Deal* europeo trasformerà l'UE in un'economia moderna, che si mostri efficace ed efficiente sotto il profilo delle risorse e che sia capace di garantire una totale assenza di emissioni nette di gas e effetto serra nel 2050 nonché una crescita economica dissociata dall'uso delle risorse. Nella Relazione speciale 2021, così si è espresso S. VIOREL, membro della Corte dei conti europea "*Per raggiungere gli obiettivi ambiziosi del Green Deal europeo con efficienza ed equità, gli inquinatori devono pagare per i danni ambientali che provocano*". "*Fino ad oggi, però, troppo spesso i contribuenti europei sono stati costretti a sostenere costi che avrebbero dovuto essere a carico di chi inquina*". Il *Green Deal* è stato adottato con Comunicazione della Commissione dell'11 marzo 2020 "*Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare per un'Europa più pulita e più competitiva*" (Com 2020, 98 final).

[12] Cfr. il documento intitolato *Lotta contro i cambiamenti climatici*, in *Note tematiche sull'Unione europea, Parlamento europeo,* G. AMANATIDIS, 09/2022, consultabile su www.europarl.europa.eu/factsheets/it.

[13] F. CAPRIGLIONE, M. SEPE, *Covid-19. What solidarity, what cohesion in the Eu? Uncertainties and fears*, in Law Econ. Yrly. Rev., v. 9, n. 1/2020, p. 4 ss. Per uno studio sui risvolti finanziari e le ripercussioni sull'economia si rinvia a Id., *La finanza Ue al tempo del coronavirus (The EU finance in the time of the coronavirus)*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, n. 1/2020 e M. SEPE, *CoViD: un significativo acronimo. "Come Ovviare Virtuosamente (all') Innalzamento (del) Debito?"*, in AA.VV., *Il dopo CoViD-19: esigenza di uno sviluppo sostenibile*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, suppl. n. 5/2020.

[14] Si consiglia la lettura di un interessante articolo di J. SLOAM, *The 'Outraged Young': How Young Europeans are Reshaping the Political Landscape, in Political Insight*, Vol. 4, n. 1/ 2013, p. 4 ss.

ISSN 2036-7821

Quindi, da tutto ciò scaturisce la conferma circa la sacralità della stessa vita umana e delle materie prime che l'universo offre per il suo pieno sviluppo, in un'ottica comune e non divisiva[15].

3. Le tasse ambientali nei modelli economici

Come delineato nelle premesse, la disciplina normativa in materia di emissioni CO_2 in tema ambientale trova inquadramento nell'ambito di un più ampio sistema di regolazione, anche economica, che a livello dell'Unione europea è stato disciplinato mediante interventi in differenti ambiti operativi.

In via generale, ai sensi degli articoli 191, 192 e 193 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), trova conferma il raggio di competenze dell'Unione europea in materia di cambiamenti climatici. Il fondamento giuridico degli interventi dell'Unione europea in siffatto contesto deve, infatti, ricondursi agli artt. 191 e 192, paragrafo 1, del TFUE, nella necessità di contribuire al perseguimento della salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente.

La tematica del cambiamento climatico attrae nella sua sfera operativa molteplici problemi che possono essere affrontati soltanto attraverso un'azione congiunta dell'Unione europea e dei singoli Stati membri. Il coordinamento a livello statale ed ultrastatale rappresenta, pertanto, il migliore strumento per assicurare la lotta al cambiamento climatico su larga scala. La reciproca interdipendenza di tali meccanismi si esprime nel superiore principio di sussidiarietà, essendo gli interventi nazionali ed europei improntati al comune intento di migliorare l'azione per il clima.

La ricerca delle migliori strategie per il clima è passata attraverso poliedrici interventi in ambito ambientale nella centralità della tutela e della salvaguardia terrestre. Tale percorso ha determinato la contestuale necessità di definire idonei presidi economici volti a mitigare l'effetto della propagazione degli agenti inquinanti ed a consentire una corretta produzione del ciclo industriale, con conseguente riallocazione delle relative risorse.

Nel contesto degli strumenti che nei mercati hanno favorito l'ottimale regolamentazione degli agenti inquinanti si colloca l'*emission trading*, finalizzato a ridurre i flussi CO_2. Il processo che ha condotto all'istituzione di tale modello ha originariamente trovato ingresso nell'ordinamento giuridico grazie alla Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui Cambiamenti Climatici (UFCCC), a seguito della Conferenza di Rio del Janeiro del 1992[16].

Ulteriormente, con il successivo Accordo di Parigi del 2015, *ut supra* anticipato, è sorto un mercato dei c.d. diritti di emissione di CO_2, per poi svilupparsi un sistema di *emission trading* europeo con cui si è preveduta la riduzione delle emissioni

[15] M.C. NUSSBAUM. *Le nuove frontiere della giustizia. Disabilità, nazionalità, appartenenza di specie,* Bologna, 2006.
[16] M. NARDINI, ul. op. cit. p. 2 ss.

ISSN 2036-7821

inquinanti. A seguito, peraltro, di tale Accordo di Parigi è sorto un mercato di vendita all'asta delle quote ETS, generando significative entrate da reinvestire per il perseguimento degli scopi ambientali europei ed internazionali.
Il sistema ETS è stato, poi, nuovamente modificato dalla direttiva 2018/410/UE, recepita dall'ordinamento giuridico a mezzo del d.lgs. 9 giugno 2020, n. 47, il quale ha a sua volta modificato e sostituito il d.lgs. 13 marzo 2013, n. 30. A ciò va, d'altro canto, aggiunta la considerazione che a seguito del d.l. n. 111 del 2019 - meglio conosciuto come d.l. clima - convertito con modificazioni dalla l. 12 dicembre 2019, n. 141, ci si è avvalsi delle somme provenienti dallo scambio dei diritti di emissione per la copertura delle misure volte alla salvaguardia del clima.
Il mercato delle emissioni è caratterizzato dalla previa determinazione di finalità di matrice ambientale, a cui consegue il rilascio di un numero limitato di permessi ad inquinare da porre in circolazione; si tratta, infatti, di permessi che possono essere oggetto di negoziazione e che vengono gestiti all'interno del sistema di *emission trading*[17].
Successivamente all'istituzione del sistema ETS è intercorsa la direttiva 2018/410/UE, di modifica della direttiva 2003/87/CE, al fine di potenziare il meccanismo di riduzione delle emissioni inquinanti, secondo le previsioni contemplate nel Quadro clima-energia 2030. E, segnatamente, a mezzo di tale direttiva sono state introdotte misure per favorire la stabilità dei prezzi delle quote di emissione circolanti, nonché per la protezione delle imprese dal c.d. fattore *carbon linkage*[18], ossia la delocalizzazione delle aziende in Paesi con un sistema di vincoli meno invasivo rispetto a quello europeo; le prescrizioni contenute nella direttiva da ultimo menzionata sono state, conseguentemente, riprodotte nell'ambito del d.lgs. 9 giugno 2020, n. 47[19].

---

[17] Cfr. Libro Verde sullo scambio delle quote di emissione di gas serra COM (2000) 87, adottato dalla Commissione europea l'8 marzo 2000, cui è conseguito il Programma europeo per il cambiamento climatico, *European change programme*.

[18] Sul tema, S.F. VERDE, G. GALDI, S. BORGHESI, J. FÜSSLER, T. JAMIESON, M. SOINI, E. WIMBERGER, L. ZHOU, *Emission trading system with different measures for carbon leakage prevention: implications for linking. Report for the Carbon Marcket Politicy Dialogue, European University Institute*, Firenze, 2021. L. SALVEMINI, *The European Union Emissions Trading system (ETS) e gli impianti di produzione di elettricità: la (discutibile) soluzione interpretativa della Corte di Giustizia dell'UE*, Federalismi, 13 gennaio 2021; ID *I principi di diritto dell'ambiente*, Torino, 2019. V. JACOMETTI, *La direttiva Linking: il collegamento tra il sistema comunitario di scambio di quote di emissioni e i meccanismi flessibili del protocollo di Kyoto*, in Riv. giur. ambiente, 2005, p. 43 ss.; G. RUBAGOTTI, *Meccanismi flessibili per la lotta ai cambiamenti climatici: al via lo schema europeo di scambio dei diritti di emissione*, in Riv. giur. ambiente, p. 199 ss.; L. MONNI, *Il sistema europeo di Emission Trading. The European system of Emission Trading (EUETS),* in Ambiente e Diritto, 2006.

[19] D.lgs. 9 giugno 2020, n. 47, Attuazione della direttiva (UE) 2018/410 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 marzo 2018, che modifica la direttiva 2003/87/CE per sostenere una riduzione delle emissioni più efficace sotto il profilo dei costi e promuovere investimenti a favore di basse emissioni di carbonio, nonché adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2017/2392 relativo alle attività di trasporto aereo

ISSN 2036-7821

Inoltre, con il d.l. 3 settembre 2019, n. 101, convertito con modificazioni dalla l. 2 novembre 2019, n. 128 è stata affrontata la tematica del *carbon leakage*, mediante la previsione di un fondo per la transizione energetica nei settori industriali considerati esposti al rischio di rilocalizzazione delle emissioni di carbonio. Il regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio[20] ha, peraltro, sancito nella legislazione l'obiettivo della neutralità climatica in tutti i settori dell'economia entro il 2050. Tale regolamento stabilisce inoltre un impegno vincolante dell'Unione di ridurre le emissioni di gas a effetto serra di almeno il 55 % rispetto ai livelli del 1990 entro il 2030.

Ciò posto, il problema è emerso sotto il profilo della eterogeneità della disciplina in materia ambientale (ETS). A fronte di un numero di *partner* internazionali dell'Unione europea che adottano strumenti di politica ambientale virtuosi, tuttavia, si rinvengono esperienze meno vincolanti sul fronte regolamentare. Questa differenziazione di disciplina, quindi, determina un rischio di rilocalizzazione delle emissioni di carbonio, per motivi legati ai costi delle politiche sul clima; in conseguenza di tale fenomeno gli operatori economici trasferiscono la produzione verso altri paesi oppure le importazioni da tali paesi sostituiscono prodotti equivalenti ma a minore intensità di gas a effetto serra.

Al fine di sopperire ai rischi derivanti dalla situazione appena illustrata, il 14 luglio 2021 la Commissione europea ha presentato il pacchetto Fit for 55 (Pronti per il 55%), che contempla la proposta di tassa sul carbonio sulle importazioni, chiamato "meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere" (CBAM). Alla Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere del 14 luglio del 2021 è seguita la decisione dell'8 dicembre 2021 con cui il Comitato economico e sociale europeo (CESE) ha approvato la proposta della Commissione europea sul meccanismo CBAM.

Il 13 dicembre 2022, il Consiglio dell'Unione europea e il Parlamento europeo «hanno raggiunto un accordo di natura provvisoria e condizionale» sul "meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere", per cui dal 1º ottobre 2023, gli importatori dovranno comunicare la quantità di emissioni contenute nelle merci ricevute. Uno degli obiettivi, del resto, risiede nella volontà di scongiurare la rilocalizzazione delle emissioni di CO_2.

Il CBAM riguarda le importazioni di prodotti ad alta densità di carbonio, per evitare che gli sforzi

---

e alla decisione (UE) 2015/1814 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 ottobre 2015 relativa all'istituzione e al funzionamento di una riserva stabilizzatrice del mercato, G.U. n. 146 del 10-06-2020.

[20] Cfr. Regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 giugno 2021, che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999, G.U. L 243 del 9.7.2021, p. 1.

ISSN 2036-7821

di riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra dell'UE siano neutralizzati dalle importazioni di prodotti fabbricati in paesi terzi, dove le politiche in materia di cambiamenti climatici sono meno ambiziose rispetto a quelle UE. La misura, al momento dell'effettiva sua operatività, contribuirà a prevenire la delocalizzazione della produzione, operando in parallelo con il sistema di scambio di quote di emissioni dell'UE (sistema ETS dell'UE), per integrare il suo funzionamento per quanto riguarda le merci importate.
Rispetto alla proposta iniziale, conseguentemente all'Accordo del 13 dicembre 2022 il Consiglio dell'Unione europea ha optato per una maggiore centralizzazione a livello UE, come nel caso del nuovo registro dei dichiaranti (importatori) CBAM. L'introduzione di un CBAM a livello dell'UE tende a favorire la creazione di un quadro comune e omogeneo per assicurare l'equivalenza tra la politica di fissazione del prezzo del carbonio applicata nel mercato interno dell'UE e la politica di fissazione del prezzo del carbonio applicata alle importazioni.
Si tratta di una misura a carattere transfrontaliero, non potendo essere affrontata in modo indipendente dagli Stati membri; infatti, in difetto di una applicazione uniforme lo stesso CBAM potrebbe determinare l'incentivazione di comportamenti opposti alla *ratio* che ne ha determinato la istituzione.
Non da ultimo, la disamina avente ad oggetto le misure di tassazione che l'ordinamento giuridico ha previsto in ambito ambientale si caratterizza anche alla luce dell'Accordo dello scorso 18 dicembre 2022 in ordine alla istituzione, a livello europeo, di dazi doganali in relazione alle importazioni più inquinanti.
La previsione di specifici dazi alle dogane si colloca nell'architettura della "costituzione economica europea", ricadendo nei principi di ordine generale quanto all'uniformità della regolazione dei mercati e delle attività economiche[21]. Da un lato, viene in rilievo l'esigenza di approntare misure idonee a garantire la salvaguardia dell'ambiente in maniera uniforme e condivisa; dall'altro lato, tale principio si interseca con le quattro libertà previste nel TFUE, quanto alla circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali[22].

[21] Per una panoramica sull'ordinamento europeo dei tributi, si rinvia a P. BORIA, *Diritto Tributario*, Torino, 2019, p. 111 ss. Con particolare riferimento alla tematica dei dazi, si v. R. ALESSI, *Monopoli fiscali, imposte di fabbricazione, dazi doganali*, Torino, 1956. G. ARDIZZONE, *Dogana e dazi doganali*, in Enc. Giur. Treccani, Roma, 1989, 1. ID *Presupposto del tributo e utilizzazione della merce nel diritto doganale*, Rimini, 1984. S. ARMELLA, *Diritto doganale*, Milano, 2015; ID *I dazi doganali*, in Diritto tributario internazionale, (a cura di) V. UCKMAR, Padova, 2005, p. 1023 ss. ID *Note sulla nozione di dazio doganale nella disciplina interna e internazionale*, in Riv. dir. trib., 2001, p. 27 ss. L. LOBARDI, *Manuale di tecnica doganale e commercio estero, Bruxelles*, 2002, pagg. 12 e ss. M. MARESCA, *Le tasse di effetto equivalente*, Padova, 1984. A. NICALI, *Storia delle dogane*, Trento, 2003. C. SCHEPISI, *Commento all'rt. 28 TFUE*, in Trattati dell'Unione: tra armonizzazione delle procedure doganale e verifiche semplificate, in L'Ilva, 2014. E. VARESE, *Dazi e regimi doganali nell'Unione europea*, Torino, 2013, p. 23 ss.
[22] *Cfr*. Articoli 26 (mercato interno), da 49 a 55 (diritto di stabilimento) e da 56 a 62 (servizi) del trattato sul funzionamento dell'Unione europea TFUE.

ISSN 2036-7821

L'omogeneità degli strumenti economici che, invero, la stessa Unione europea sta adottando in materia si giustifica, e coordina, con l'esigenza di assicurare un mercato unico per la garanzia del confronto concorrenziale, scongiurando meccanismi che possano alternarne il libero dispiegarsi. L'istituzione, in via generale, di un mercato unico determina la necessità che ogni forma di dazio alle dogane venga previamente decisa su base UE, ponendosi in tal senso il principio espresso ai sensi dell'art. 3, punto a), del TUE quanto al divieto di introdurre vincoli economici di ostacolo alla libera circolazione dei beni e dei servizi nell'ambito commerciale europeo[23].
Quindi, è in conformità al principio che vede l'abbattimento delle barriere doganali nell'Unione europea - come valore da perseguire - che si collocano gli artt. 110, 111 e 112 del TFUE i quali prevedono, rispettivamente, il divieto di: (a) applicazione di imposizioni domestiche agli stati membri in maniera superiore a quella prevista per i prodotti nazionali; (b) introduzione di misure di ristorno di imposizioni interne superiori rispetto a quelle prevedute per i beni esportati nell'Unione europea; (c) sancire imposte differenti da quelle indirette, se non previa determinazione del Consiglio dell'Unione europea e per un determinato arco temporale[24]. Ulteriormente, agli effetti dell'art. 28 TFUE si prescrive il divieto di imporre dazi doganali o misure ad effetto equivalente alle operazioni intracomunitarie[25]. Il prospettato contesto deve essere coordinato con i principi internazionali in tema di *World trade organization*, dacché l'Unione europea è parte dell'Organizzazione mondiale del commercio a seguito della decisione del Consiglio del 22 dicembre 1994, n. 800/CE.
Con l'espressione dazio si designano le imposte indirette sulle merci che vengono riscosse a seguito della loro circolazione nei vari ambiti dei mercati. Detta categoria si distingue in dazi interni ed esterni, venendo in rilievo a seconda che se ne preveda la riscossione al momento dell'attraversamento del confine amministrativo dell'Ente di riferimento ovvero il confine politico dello stato. La forma di dazio interna, più comunemente conosciuta come di consumo, attiene ad una delle forme di finanza locale, mentre quella esterna, da indentificarsi nei c.d. diritti doganali, integra uno strumento avente ad oggetto gli scambi internazionali.
Nell'ambito dell'Accordo intercorso il 18 dicembre 2022, i dazi doganali previsti per le importazioni di agenti inquinanti assumono una declinazione riconducibile nel più ampio principio "chi inquina paga", ponendosi la relativa *ratio* in conformità all'esigenza di assicurare la riduzione delle emissioni ambientali nocive.
Differentemente dalle figure già conosciute dall'ordinamento giuridico, inoltre, il dazio doganale in esame presenta taluni caratteri di specialità rispetto agli ordinari strumenti di tassazione ambientale; oltre ad integrare uno strumento

[23] In tal senso P. BORIA, ult. op. cit. p. 118 ss.
[24] *Ibidem*.
[25] Sul punto si rimanda a C. SCHEPISI, *Commento all'art. 28 TFUE* (Libera circolazione delle merci) in A. TIZZANO (a cura di), Trattati dell'Unione europea, Milano, 2014.

ISSN 2036-7821

precedentemente sconosciuto all'ordinamento giuridico, infatti, tale strumento è volto ad accompagnare l'Unione europea verso la neutralità climatica e a garantire adeguati livelli di sostenibilità industriale dell'ambiente.
I dazi alle importazioni previsti dall'Unione europea presentano, nondimeno, natura dinamica e flessibile in funzione delle esigenze ambientali e del principio di proporzionalità della misura. D'altro canto, il meccanismo economico posto a presidio dei dazi alle dogane potrà essere rivisto allorché ricorra la necessità di adeguarne l'operatività alle nuove prospettive di mercato.
Le ragioni da ultimo illustrate sembrano conferire ai dazi doganali in oggetto un'autonomia sistematica rispetto alle imposte indirette su merci e altri beni extra-UE, trattandosi in quest'ultimo caso di strumenti tributari, come si è visto, già ampiamente disciplinati dall'ordinamento giuridico e finalizzati a colpire la circolazione della ricchezza nei mercati. Quanto detto sembra piuttosto delineare un nuovo modello economico di gestione delle criticità ambientali, tale da determinare l'abbandono dei paradigmi predefiniti della dogmatica tradizionale. Il Legislatore europeo appare orientato a perseguire gli obiettivi ambientali secondo meccanismi di matrice economica. Al fine di perseguire adeguatamente la tutela ambientale ci si orienta verso strumenti rimediali atipici ed idonei alla salvaguardia del territorio e del mercato.
Le *rationes* poste a fondamento della neutralità climatica restituiscono al diritto la funzione di disciplinare i fenomeni che si presentano nei mercati, nell'ottica di un ordoliberalismo che assicuri mediante lo Stato-regolatore il bene comune e lo sviluppo sostenibile[26].

4. La distribuzione dei costi delle emissioni nocive tra Pillars unionali ed esigenze di sharing economy

Se, da un lato, la disciplina in tema ambientale si dischiude nel dedalo delle disposizioni in materia previste, nella salvaguardia dei valori primari perseguiti; dall'altro lato, la costante integrazione del quadro normativo di riferimento sembra non favorire quell'esigenza di stabilità di sistema, soprattutto sul fronte della certezza dei costi del ciclo produttivo.
Alla luce dei recenti interventi del Parlamento e del Consiglio dell'Unione europea dello scorso 18 dicembre 2022, sembra adombrarsi un'idea di regolazione improntata a criteri di ripartizione dei costi dell'inquinamento, nell'ambito di una macro-area ecologista, eretta a principio cardine dell'intero sistema.
La previsione di dazi doganali sembra orientata a garantire la presenza nei mercati di operatori idonei ad assicurare la preservazione dell'ambiente, attraverso la previsione di strumenti di politica economica che traspongono il costo del fattore

[26] Sul tema, si veda B. CELATI, op. cit., p. 271 ss.

ISSN 2036-7821

inquinante a carico dell'operatore commerciale. Si registra l'introduzione di un innovativo regime di regolazione del mercato concorrenziale, in cui l'applicazione dei dazi alle importazioni sulle emissioni CO_2 favorisce il mantenimento nel mercato di soggetti virtuosi.

Nello stesso PNRR sono previste significative risorse per il perseguimento dei fini bioclimatici, indirizzando gli stanziamenti pubblici in favore degli attuatori per il perseguimento degli obiettivi di pubblico interesse. Viene, dunque, in rilievo l'innovativo concetto di *circular economy*, anche nella declinazione del riuso, del risanamento e del recupero dell'esistente.

Lo strumento per superare le originarie problematiche intercorse a livello ambientale passa attraverso una pianificazione economica ed una programmazione industriale in grado di scongiurare la riproposizione delle criticità storicamente verificatesi.

La pianificazione economica assurge a modello di programmazione territoriale idoneo a traguardare il sistema verso livelli minimi di inquinamento, nella necessità di assicurare la ripresa del ciclo economico con l'ammodernamento e l'efficientamento delle reti produttive; ciò a comprova del superamento delle teorie economiche *Keynesiane*, essendo l'attuale logica della politica dell'UE legata alla virtuosità degli operatori, quale criterio - o, meglio, "bussola" - per il raggiungimento degli obiettivi programmati.

Stando agli orientamenti contemplati nel *Reviving and restructuring the corporate sector post-covid*, emerge la necessità di favorire il bene comune attraverso una politica degli investimenti che prediliga la selezione del soggetto attuatore maggiormente idoneo allo scopo. Tanto emerge anche alla luce del Rapporto del G30, dove la conferma del ruolo assunto dal partenariato pubblico-privato restituisce al mercato quella sinergia necessaria al fine del perseguimento del bene comune.

Se, dunque, nell'archetipo del *fair play* concorrenziale si coglie lo strumento per il monitoraggio dell'efficiente impego delle risorse stanziate affinché "*la crescita arriverebbe e diventerebbe il fattore decisivo per la sostenibilità del debito*"[27], ad un tempo, si attribuisce rilevanza agli strumenti di compartecipazione pubblico-privato (alla stregua di una *governance* integrata).

Dunque, il dazio non costituisce soltanto lo strumento d'incentivazione verso l'adeguamento del ciclo industriale alla salvaguardia dell'ambiente e alla maggiore virtuosità produttiva; esso rappresenta, soprattutto, una forma indiretta di compartecipazione al costo dell'inquinamento del sistema bioclimatico. Ciò, del resto, anche al fine di non favorire mercati "paralleli" dell'inquinamento[28], in

[27] M. DRAGHI, *Rapporto del G30, in Alberto Quadrio Curzio, La rotta tracciata da Mario Draghi*, consultabile su:*https://www.lincei.it/sites/default/files/documenti/Articles/85_La_rotta_tracciata_da_Mario_Draghi.pdf*

[28] Cfr. F. MOLICA, La concorrenza dei Pnrr apre il dibattito sul futuro dei fondi strutturali europei, 9 febbraio 2022, consultabile su: https://www.ilsole24ore.com/art/la-concorrenza-pnrr-apre-dibattito-futuro-fondi-strutturali-europei-AEtzl3CB.

ISSN 2036-7821

conformità alle guarentigie anche Costituzionali cristallizzate dalla riforma degli articoli 9 e 41 Cost.
Non a caso, nello stesso Piano nazionale di ripresa e di resilienza (PNRR) è lo stesso legislatore eurounitario a perseguire il concetto di *environmental justice* nella declinazione della *circular economy.*
È, infatti, all'effettiva realizzazione delle riforme sistematiche previste nel Piano - tra cui, infatti, si registra la concorrenza, l'efficientamento energetico, la digitalizzazione, l'elettrificazione delle reti trasportistiche e infrastrutturali - che si ancorano gli stanziamenti economici previsti. Sembra svilupparsi un concetto di politica economica inscindibilmente connesso con la possibilità, o meglio la necessità, di far sì che l'idea di una economia circolare[29] possa radicarsi, e perciò tradursi, in una vera e propria teoria istituzionale per una regolazione della ripartizione dei costi e dei rischi economici delle attività industriali.

5. Riflessioni conclusive

I criteri di ripresa e resilienza capisaldi del PNRR rappresentano, invero, un'indubbia opportunità per accedere a finanziamenti per il complessivo rilancio dell'intera economia. Tutto ciò presuppone che venga assicurata la tutela e l'integrità ambientale, quale valore fondante dell'azione dell'Unione europea nel perseguimento dei principi fondamentali e per garantire uno sviluppo che possa dirsi attivo e non erosivo delle risorse territoriali.
Al fine di assicurare che le aspettative poste a presidio degli strumenti dell'intervento pubblico UE nell'economia siano confermate - e possa, dunque, assistersi ad una vera e propria rivoluzione ecologica - si profila utile sensibilizzare i percorsi di sviluppo economico-industriale all'impronta dei valori sociali dell'impresa (*sharing economy*), traguardandone gli sviluppi verso l'auspicata sostenibilità ambientale.
Si apprezza l'esigenza di garantire un'effettiva partecipazione tanto dell'operatore pubblico che di quello privato nella ripartizione dei costi derivanti dalle emissioni ETS. Sembra prefigurarsi un nuovo paradigma di regolazione ambientale che intende coniugare l'efficienza economica - a cui si accompagna la crescita e lo sviluppo - e tutela ambientale, quali elementi allo stesso tempo coinvolti.
La politica ambientale dell'Unione europea ha l'obiettivo di assicurare che tutti i cittadini dell'UE vivano in un ambiente sano ed in cui le risorse naturali siano gestite in modo sostenibile e la biodiversità risulti protetta, registrandosi l'intendimento di diminuire progressivamente le emissioni inquinanti nell'atmosfera[30].

[29] Per un esempio concreto di circolarità si rimanda a G. LOMBARDINI, *Visioni della sostenibilità. Politiche ambientali e strumenti di valutazione*, Milano, 2016, p. 194.
[30] Si rinvia al Programma generale di azione dell'Unione in materia di ambiente fino al 2020, "*Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta*", paragrafo 3 dell'allegato alla decisione 1386/2013/UE.

ISSN 2036-7821

Del resto, il principio "chi inquina paga", coerentemente con la necessità di fornire un corretto e puntuale quadro normativo ancor prima di entrare a far parte della sistematizzazione normativa del TFUE, era già declinato nel Primo Programma d'Azione Ambientale della Comunità Europea (1973 -1976) e nella Dichiarazione della Conferenza di *Rio de Janeiro* su ambiente e Sviluppo (1992). La stessa Corte dei Conti europea ha, sul punto, espresso l'intendimento, "*che l'inquinatore debba sostenere i costi dell'inquinamento causato (…)*" ed a fronte, invece, della scarsa attitudine del sistema a garantire siffatto risultato[31].

Ulteriormente, nella recente introduzione del principio di salvaguardia dell'ambiente, degli ecosistemi e della biodiversità nella Costituzione italiana si conferma un passo significativo nella delineata direzione. Quanto detto, nel riconoscimento del ruolo dell'uomo rispetto agli stessi "diritti della natura", negli effetti della programmazione ambientale (tutelata)[32].

È in questo senso che forse l'idea di giustizia sociale - di cui appare espressione la politica dell'Unione europea del 18 dicembre 2022 - è confermata nell'applicazione dei nuovi dazi all'importazione per le emissioni ETS, profilandosi un'idea di cambiamento anzitutto culturale, nell'effettiva affermazione del diritto-dovere alla compartecipazione dei costi degli elementi inquinanti[33].

D'altro canto, la previsione di specifici dazi alle importazioni inquinanti disvela la centralità del ruolo della regolazione in materia prevista, nell'ottica dell'ammodernamento di essa verso il raggiungimento degli obiettivi del 2050[34]. Il concetto della sostenibilità si accompagna, come si è visto, a quello dell'idoneità dell'operatore economico che agisce nel mercato, a cui si richiede un intervento aggiuntivo in termini di costi alle importazioni, anche in termini di *sharing economy.*

Il dazio assume rilevanza per l'accesso ad un mercato concorrenziale improntato ai superiori principi della salvaguardia dell'ambiente e, per tale ragione, riservato e regolato anche sul fronte dell'ingresso a mercati strategici del sistema economico. Restando ancora inespresso, tuttavia, il giudizio circa l'effettiva compatibilità di siffatti strumenti rispetto ai presidi già esistenti e, quindi, alla sostenibilità di tali prelievi finanziari. Sono, infatti, ancora incerti i riflessi che tutto ciò potrebbe determinare in termini di potenziale inasprimento delle voci tariffarie applicate, anche nei riflessi dell'utente finale.

---

[31] Corte dei Conti Europea, *Relazione speciale. Il principio "chi inquina paga" non è uniformemente applicato nelle diverse politiche e misure dell'UE*, 2021.

[32] F. CIARAMELLI, Prefazione, in R. FERRARO DI SILVI E CASTIGLIANE, *A misura d'ambiente. Perché l'uomo non è al centro dell'universo*, Roma, 2021, 5.

[33] Cfr. I. VISCO, *Considerazioni finali del Governatore della Banca d'Italia, Eurosistema, Relazione annuale*, 31 maggio 2022, p. 21 ss., disponibile su https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/relazione-annuale/.

[34] Si parla di "*adeguati principi per verificare l'evoluzione dei rischi climatici, indicare standard contabili per la divulgazione di informazioni sulle emissioni di carbonio, sviluppare raccomandazioni sugli approcci di regolamentazione e di supervisione*", cfr. *op. ult. cit.*, 22.

ISSN 2036-7821

In questo contesto appare interessante notare come, nell'ambito dell'ordinamento anglosassone, il ricorso al sistema meglio conosciuto come Totex[35] - che consente di ampliare la portata degli incentivi ammessi dallo Stato in favore degli operatori economici - consente un adeguato monitoraggio del mercato (soprattutto sul versante tariffario) attraverso la previa verifica con gli *stakeholder* del *business plan* aziendale. Per rendere, invero, più trasparenti i criteri di determinazione delle singole voci tariffarie, la stessa Authority di settore, a fronte del riconoscimento dell'incentivo, effettua una disamina del *business plan* aziendale. Talché, a fronte della maggiore *vis espansiva* degli investimenti, l'organo di controllo contempla a carico dell'impresa lo *sharing* dei benefici aziendali, prevedendo il contenimento del prezzo del servizio in favore del consumatore finale; tutto ciò integra un nuovo concetto di un'economia collaborativa[36] che presuppone un dialogo costante con il mercato e con gli operatori che ivi agiscono.
Di qui, si prospetta una nuova era della finanza e dei mercati regolati con tributi posti all'ingresso dei settori produttivi ancora tutta da sperimentare.

[35] Detto modello, sorto a far data dal 2010 ed applicato dalla società Ofgem (che, infatti, nel Regno Unito provvede al controllo dei prezzi nei comparti dell'energia, idrico e del gas), risulta caratterizzato dalla centralità dell'Authority nella regolamentazione del mercato dei servizi, a cui viene affidato il compito di monitorare l'andamento dei prezzi delle *utilities* degli operatori economici ammessi agli incentivi dello Stato.

[36] In materia, cfr. G. RAIMONDI, *Mercati, utility: arriva il sistema Totex. Le valutazioni degli analisti, Mercati, 5 luglio 2021,* consultabile su: https://www.bluerating.com/mercati/734296/mercati-utility-arriva-il-sistema-totex-le-valutazioni-degli-analisti.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Evolution and future perspectives of European Territorial Cooperation

di Francesco Muzj

(Dottore di Ricerca in Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali – Università della Campania Luigi Vanvitelli)

Sommario

1. Introduction: how is the 'territorial dimension' of cohesion policies affecting multilevel governance models in the E.U.?. - 2. European Territorial Cooperation as a Cohesion Policy objective: INTERREG programmes. - 3. The need of an institutional body to carry out transnational cooperation projects: European Groupings of Territorial Cooperation. - 4. The functional approach: E.U. Macroregional Strategies. - 5. Multilevel governance and European Territorial Cooperation: the transformation of the concept of multilevel governance from a descriptive to a prescriptive notion. - 6. A possible classification of European Territorial Cooperation tools and legal instruments. - 7. Future perspectives of European Territorial Cooperation in the 2021/2027 ESI Funds programming period. - 8. Conclusions.

Abstract

The paper analyses the evolution and future perspectives of European Territorial Cooperation. More specifically, in the first part of the research, the aim is to describe and classify the different E.U. programmes and legal instruments in order to define their legal status and to clarify in which way each one of them brings its own contribution to the general framework of European Territorial Cooperation. After doing this, the second goal of the study is to try to understand which are the future perspectives of European Territorial Cooperation and what this particular type of cooperation could add to the European integration process in the area of administrative law.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduction: how is the 'territorial dimension' of Cohesion Policy affecting multilevel governance models in the E.U.?

As known, one of the main objectives of the E.U. integration process has always been to increase economic welfare for its Member States. However, practical experiences have shown how market forces can also produce a relocation of resources so that potential gains from the functioning of the single market are distributed unequally across regions and territories within the E.U.[1]

Therefore, Cohesion Policy was initially introduced to compensate regions which received less benefits from the single market. In this sense, it can still be considered as the main E.U. instrument to reduce regional disparities.

Looking into Cohesion Policy's history[2], it is possible to recognise some major changes after the turn of the millennium: on one hand, the new programming periods were characterised by the enlargement of the E.U., which led to a reorientation of operative aims[3] and funding distribution towards new Member States; on the other hand, the E.U. explicitly addressed the territorial element as a policy dimension[4].

Focusing on this last specific aspect, Cohesion Policy was instituted by the Single European Act of 1986, and afterwards confirmed by the Treaties of Maastricht, Amsterdam and Nice. According to the recalled Treaties, Cohesion Policy was meant

[1] Looking at the last decades, the 6th *Report on economic, social, territorial cohesion* by the European Commission declares that until «the crisis in 2008, disparities between regional economies in the Eu were shrinking. In 2000, average GDP per head in the most developed 20% of regions was about 3.5 higher than that in the least developed 20%. By 2008, the difference had narrowed to 2.8 times. […] However, the crisis seems to have brought this tendency to an end and between 2008 and 2011, regional disparities widened». For a more recent analysis of the phenomenon, cfr. S. IAMMARINO, A. RODRÍGUEZ-POSE, M. STORPER, *Why Regional Development Matters for Europe's Economic Future*, Working Paper, VII, 2017, Publications Office of the European Union, Luxembourg.

[2] For an historical analysis of E.U. Cohesion Policy see L. HOOGHE, G. MARKS, *Multi-level governance and European Integration*, Rowman & Littlefield, Lanham, Maryland, 2001; S. LECLERC (ed.), *L'Europe et les régions: quinze ans de cohésion économique et sociale*, Bruylant, Bruxelles 2003; V. BONCINELLI, P. CARETTI, *Sviluppo regionale*, in M.P. CHITI, G. GRECO (eds), *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, Giuffrè, Milano, 2007; A. CLARONI, voice *Politiche di coesione*, in S. CASSESE, *Dizionario di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 4345 ss. I. BACHE, *Europeanization and Multi-level Governance: EU Cohesion Policy and Pre-accession Aid in Southeast Europe*, in *Southeast European and Black Sea Studies*, X, 2010, pp. 1 ss.; N. STAEK, *The European Structural Funds – Their History and Impact,* Aldershot, 1996, pp. 26 ss.

[3] See J. B. SUTCLIFFE, *The 1999 reform of the structural fund regulations: Multi-level governance or renationalization?*, in *Journal of European Public Policy*, 2001, II, pp. 290-309.

[4] A sure turning point, in this sense, was the *European Spatial Development Perspective* (*ESDP*), agreed at the Informal Council of Ministers responsible for Spatial Planning in Potsdam, May 1999. Also see F. BARCA, *An Agenda for a Reformed Cohesion Policy. A place-based approach to meeting European Union challenges and expectations*, in *EERI Research Paper Series*, 2008, Economics and Econometrics Research Institute (EERI), Brussels; *Territorial Agenda of the European Union. Towards an Inclusive, Smart and sustainable Europe of Diverse Regions*, agreed at the Informal Council of Ministers responsible for Spatial Planning in Godollo, Hungary, May 2011, where it was agreed that «the objectives of the EU defined in the Europe 2020 Strategy for smart, sustainable and inclusive growth can only be achieved if the territorial dimension of the strategy is taken into account, as the development opportunities of the different regions vary» one from another because of different variables.

ISSN 2036-7821

to be developed in an economic and in a social dimension. The Lisbon Treaty, however, introduced for the first time the concept of 'territorial cohesion'[5] in E.U. primary law[6], and Cohesion Policy now finds its legal basis in Title XVIII of TFUE (art. 174-178), which is significantly headed *Economic, Social and Territorial Cohesion*[7].

In a general way, the 'territorial dimension' of Cohesion Policy seems to be centred on the sustainable use of specific territorial features which have the potential to reduce disparities between European regions. In other words, the place-based approach that inspires this new dimension is based on the aim of tackling persistent underutilisation of regional potentialities and reducing social exclusion of specific areas of the E.U. territory[8].

In order to correctly address the objective of territorial cohesion, however, several questions must be answered, concerning how people use the spaces in which they live (social and economic dimension), which are the territorial implications of E.U. sectoral policies (political dimension) and, most importantly with regards to our investigation, the models and functioning of administrative cooperation between E.U. institutions, national, regional and local authorities (institutional dimension).

Focusing on the institutional dimension, it is worth reminding that Cohesion Policy is built upon the partnership[9] and the subsidiarity[10] principles, according to which

---

[5] See *Green paper on Territorial Cohesion. Turning territorial diversities into strengths*, COM (2008) 616, Bruxelles, 6 October 2009.

[6] Art. 3, par. 3, TEU, states that the Union «shall promote economic, social and territorial cohesion, and solidarity among Member States».

[7] See O. PORCHIA, Artt. 174-178, in A. TIZZANO (ed.), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2013, pp. 1572 ss.

[8] In this sense, it is worth reminding that art. 174, par. 3 of the TFUE underlines the need to pay particular attention to «rural areas, areas affected by industrial transition, and regions which suffer from severe and permanent natural or demographic handicaps such as the northernmost regions with very low population density and island, cross-border and mountain regions».

[9] As a matter of fact, the partnership principle was strengthened with the adoption of Regulation 1303/2013. When in the previous programming period a partnership was organised where applicable, Member States are now obliged to organise a partnership at all stages of the programming and at all levels (art. 5 of Regulation (EU) No. 1303/2013). In this sense, the European Code of conduct on Partnership represents an additional important step forward in view of enhancing collective commitment and ownership of Cohesion Policy. The Code defines the objectives and criteria that Member States should follow in the concrete implementation of the partnership principle, but also leaves the flexibility for the practical implementing arrangements pursuant the institutional internal structure of Member States.

[10] On the principle of subsidiarity, see J. ZILLER, *Le principe de subsidiarité*, in J.B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHELLE (eds), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 377 ss.; F. PIZZETTI, G. TIBERI, *Le competenze dell'Unione e il principio di sussidiarietà*, in F. BASSANINI, F. TIBERI (eds), *Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, pp. 133 ss.; N.W. BARBER, *The limited modesty of subsidiarity*, in *European Law Journal*, XI, 2005, pp. 308 ss.; P. CRAIG, *Subsidiarity: a political and legal analysis*, in *Journal of Common Market Studies*, L, 2012, pp. 72 ss.; A. CYGAN, *Regional governance, subsidiarity and accountability within the EU's multi-level polity*, in *European Public Law*, XIX, 2013, pp. 161 ss.; G. DE BURCA, *Proportionality and subsidiarity as general principles of law*, in U. BERNITZ (ed.), *General Principles of European Community Law*, Kluwer, London, 2000, pp. 95 ss.; A. ESTELLA DE NORIEGA, *The EU Principle of Subsidiarity and Its Critique*, Oxford, Oxford University Press, 2002; P. KIIVER, *The Early Warning System for the Principle of Subsidiarity. Constitutional Theory and Empirical Reality*, London,

ISSN 2036-7821

structural actions should be carried out by Member States in cooperation with the European Commission, as well as with their regional and local authorities (and private parties). Under this perspective, it is easily understandable how the 'place-based' approach brought by the addition of the territorial dimension to cohesion policies has been a trigger for deep institutional changes, concretely affecting multilevel governance models connected to European Structural and Investment Funds (ESI Funds)[11].

Theoretically, multilevel governance[12] «can be defined as an arrangement for making binding decisions that engages a multiplicity of politically independent but otherwise interdependent actors – private or public – at different levels of territorial aggregation in more or less continuous negotiation/deliberation/implementation, and that does not assign exclusive policy competence or assert a stable hierarchy of political authority to any of these levels»[13].

Consequently, in accordance to the partnership and the subsidiarity principle, multilevel governance models must be aimed at ensuring a balanced and coordinated contribution able to involve local, regional, national and European actors. From this point of view, the territorial dimension of cohesion policies can also be intended as a permanent and cooperative process that encompasses various stakeholders involved in territorial development, incentivising a reshaping in distribution of powers and competences between the European Commission, Member States and their subnational authorities[14].

Routledge, 2012; R. SCHUTZE, *Subsidiarity after Lisbon: reinforcing the safeguards of federalism?*, in *Cambridge Law Journal*, LXVIII, 2009, pp. 525 ss..

[11] See G. BRUSAPORCI, *The impact of EU multi-level regionalism strategy on Bulgarian local authorities: qualitative comparative analysis among nine border areas*, in *Southeast European and Black Sea Studies*, XVII, 2017, pp. 347 ss., where the author states that «The discourse in the literature on regionalism is linked to the analysis of globalization and the new challenges of national states. States are indeed no longer able to fully control power on both local and international levels. This has triggered a process of rescaling of spaces, legislations and institutions, entailing a reorganization of power and a need for establishment of new forms of vertical and horizontal governance».

[12] It is worth to stress that multilevel governance seems to have become a legal principle itself. This shift from a descriptive to a prescriptive notion of multilevel governance will be addressed in par. 5.

[13] Cit. P. SCHMITTER, *Neo-functionalism*, in A. WIENER, (ed.), *European Integration Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 45 ss., p. 49. On the concept of 'multilevel governance', see L. HOOGHE, G. MARKS, *Multi-level governance and European Integration*, *cit.*; S. PIATTONI, *The theory of multi-level governance: Conceptual, empirical, and normative challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2010; A.L. HÖGENAUER, *The Principle of Subsidiarity after Lisbon: Towards a Sustainable System of EU Multi-Level Governance*, in N. PAPAKOSTAS, N. PASSAMITROS (eds.), *EU: Beyond the Crisis. A Debate on Sustainable Integrationism*, Ibidem-Verlag, Hannover, 2016; A. SIMONATO, *Multilevel governance. Profili costituzionali. Il coordinamento tra Regioni, Stato e UE*, CLEUP, Padova, 2016; C. PANARA, *The Sub-national Dimension of the EU. A legal study of Multilevel Governance*, Springer, Berlin, 2015; P. STEPHENSON, *Twenty years of multi-level governance: 'where does it come from? What is it? Where is it going?*, in *Journal of European Public Policy*, VI, 2013, pp. 817 ss.

[14] See F. BARCA, *An Agenda for a Reformed Cohesion Policy*, cit., where it is stressed the importance of «the adoption of a strong policy concept (renewing the original ideas of EU founding fathers), a concentration of

ISSN 2036-7821

This process is, indeed, among the most evident features of the European integration project itself[15]. However, it is important to stress that the broadening of the scopes of cohesion policies to the 'territorial dimension' does not simply imply a vertical devolution of competences, but a complex transfer of powers and resources which can also follow a transnational direction[16].

More specifically, in the concrete implementation of cohesion policies and in the designing of new multilevel governance models, over the last decades there has been an increasing tendency which shows how regional and local authorities of different Member States try to develop formal and informal relations between each other's, as what was recognised in the last decades is that there might be other territorial levels (intraregional or supranational) which might be relevant for policy intervention[17].

The result of this understanding brought, in the E.U. legal framework, to the birth and the evolution of the concept of European Territorial Cooperation (ETC), which will be the object of this research.

It must be immediately understood, however, that looking into practical experiences, the nature, level and forms of European Territorial Cooperation have proven to be highly heterogeneous. Partnerships can concern fields such as regional marketing, spatial planning, cultural exchange, environmental issues, transport, tourism or public services, and the common agenda can be monothematic and limited to a single project or can embrace a long term strategy and span multiple domains. Moreover, European Territorial Cooperation may cover a large geographical scope and involve a big number of partners, or it can be limited to a small-scale cooperation. There can be weak or strong institutionalisation, as cooperation can be structured in a separate organisation with its own budget and organs, or it can be arranged without a specific institutional architecture.

From a legal point of view, E.U. legislation currently provides a variety of programmes and legal instruments related to the concept of European Territorial Cooperation, such as INTERREG programmes, European groupings of territorial cooperation (EGTCs) and European macroregional strategies. These programmes

---

priorities, key changes to the governance, a new high-level political compromise and an appropriate adjustment of the negotiation process[es]».

[15] See N. BRENNER, *Globalisation as Reterritorialisation: The Re-scaling of Urban Governance in the European Union*, in *Urban Studies*, 36 (3), 1999, pp. 431 ss.; G. DELEUZE, F GUATTARI, *A thousand plateaus: Capitalism and schizophrenia*, London, Bloomsbury Publishing, 1988; B. KOHLER-KOCH, R. EISING, *The Transformation of Governance in the European Union*, Routledge, London, 1999; U. DIEDRICHS, W. REINERS, W. WESSELS, *The Dynamics of Change in EU Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011.

[16] About this phenomenon, see J. ALLEN, A. COCHRANE, *Beyond the Territorial Fix: Regional Assemblages, Politics and Power*, in *Regional Studies*, XLI, 2007, pp.1161ss; J. BOMAN, E. BERG, *Identity and Institutions Shaping Cross-Border Co-operation at the Margins of the European Union*, in *Regional & Federal Studies*, XVII, 2007, pp. 195 ss.

[17] See *Green paper on Territorial Cohesion. Turning territorial diversities into strengths*, 2009; J. GARCIA-ALVAREZ, J.M. TRILLO-SANTAMARIA, *Between Regional Spaces and Spaces of Regionalism: Cross-border Region Building in the Spanish 'State of the Autonomies*, in *Regional Studies*, XLVII, 2013, pp. 104 ss.

ISSN 2036-7821

and legal instruments, indeed, are not only quite different (one from another) in terms of means and nature, but they also respond to different legislative acts, pointing to the lack of a single and definite E.U. legal framework in this field.
Moving from this frame of reference, the objective of the research is twofold. The first aim is to describe and classify the different E.U. programmes and legal instruments in order to define their legal status and to clarify in which way each one of them brings its own contribution to the general framework of European Territorial Cooperation. After doing this, the second, yet, most important goal of the study is to try to understand which are the future perspectives of European Territorial Cooperation and what this particular type of cooperation could add to the European integration process in the area of administrative law.

2. European territorial cooperation as a Cohesion Policy goal: INTERREG programmes.
It is worth to remind that E.U. interventions[18] concerning cooperation between regional and local authorities of different Member States date back to the 1990s with the adoption of the first INTERREG programme.
At its origins, INTERREG was a Community Initiative programme, which meant that the European Commission had quite a power in defining areas of intervention financed by the E.U.. This reminder is important for two different reasons: on one hand, it underlines the political relevance that the European Commission gave since the early nineties to the development of territorial cooperation in Europe; on the other hand, it highlights that during the first INTERREG programmes there was not much of an intention to set up a legal framework at the E.U. level, as the main objective was simply to finance cross-border cooperation projects, while the legal rules were to be found in other legal sources[19].
In this sense, the initial idea behind INTERREG programmes was mainly to solve local problems between homologous territorial units. However, the current trend is towards a more dynamic form of cooperation, for what has emerged in the evolution of INTERREG programmes is that cooperation should not be limited only at dealing with problems of proximity between communities and territories laying on different

[18] Outside the umbrella of the European Union, the first forms of cross-border cooperation that took place between European borderland regions separated by a national border developed gradually from the late 1950s onwards. Pioneers were the German-Dutch region named Euregio, around Gronau, created in 1958; the Franco-German-Swiss Upper Rhine region, whose origins date back to the creation of the Regio Basiliensis in Basel in 1963; and the Franco-German-Luxembourgish region named SaarLorLux, which has existed since 1968. However, these cross-border cooperation forums and working communities came into being independently from the E.U. legal framework.

[19] About this initial approach towards cross-border cooperation of E.U. policies, see D. STRAZZARI, *Harmonizing Trends vs Domestic Regulatory Frameworks: Looking for the European Law on Cross-border Cooperation*, in *European Journal of Legal Studies*, IV, 2011, pp.151 ss.; N. LEVRAT, *La coopération territoriale: adaptation de la coopération transfrontalière aux nouveaux territoires du projet européen*, in *Revue des affaires européennes*, III, 2006, pp. 495 ss.

ISSN 2036-7821

sides of Member States' borders[20], but should be a matter of putting together genuine projects for transnational areas by implementing strategic territorial development policies[21].

This increased understanding led immediately to some minor modifications[22], and afterwards to a reshaping of the general legal framework by abolishing INTERREG as a Community Initiative programme and including it in the European Structural and Investment Funds (ESI Funds), leading to the birth of the legal concept of European Territorial Cooperation[23].

The turning point was the adoption of Regulation (EC) No 1083/2006, which set three objectives for the 2007-2013 ESI Funds programming period: the Convergence objective, the Regional competitiveness and employment objective, and the European territorial cooperation objective (art. 3, par. 2). As an immediate consequence of this choice, funds related to INTERREG programs fell under the umbrella of the ordinary E.U. law concerning the management of ESI Funds, and in particular the European Regional Development Fund (ERDF).

This, however, was only another step forward in the evolution of the legal concept of European Territorial Cooperation. When the 2007-2013 ESI Funds programming period was coming to an end, practical experiences showed that rules concerning INTERREG programmes had to be strongly revisited in order to adapt them to the specific needs of the European Territorial Cooperation objective. This led for the first time to the adoption of a dedicated Regulation.

---

[20] In particular, the Europe 2000 studies provided inspiration for the setting up of the Community initiative INTERREG IIC in 1997, which complemented the existing INTERREG initiative on cross-border cooperation by introducing E.U. funding for transnational cooperation across larger contiguous areas.

[21] About the mentioned evolution, see H. COMTE, *Les acteurs et la légitimité des projets stratégiques transfrontaliers*, in H. COMTE, N. LEVRAT (eds.), *Aux coutures de l'Europe – Défis et enjeux juridiques de la coopération transfrontalière*, L'Harmattan, Paris, 2006, pp. 185 ss, where the Author argues that «Il ne s'agit plus seulement de traiter des problèmes de proximités entre des communautés et des territoire séparés par une frontière mais bel et bien de fonder de véritables projets de territoires transfrontaliers» (pp. 185-186). For a general overview of the evolution of INTERREG programmes, see B. WASSENBERG, B. REITEL, J. PEYRONY, *Territorial cooperation in Europe – A historical perspective*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2015.

[22] See B. WASSENBERG, B. REITEL, J. PEYRONY, *Territorial cooperation in Europe – A historical perspective, cit.* where it is underlined that «After Interreg I, which provided the opportunity for a trial run at European level, Interreg II, which ran for six years (1994-1999), introduced a number of innovations. First, apart from the three new Member States, the eligible areas also involved certain EFTA countries (particularly Norway), which provided support for their border areas. In addition, cooperation was no longer limited to neighbouring regions but also took account of two new dimensions. Interreg IIB took over the funding of cross-border energy networks, which had been the responsibility of the REGEN initiative during the previous phase, in accordance with a principle of territorial continuity (where one issue is shared by all the territorial stakeholders). Interreg IIC, introduced in 1997 in four regions bringing together large contiguous areas of several Member States, and then Interreg IIIB, beginning in 2000, in which each European region would be involved in at least one programme, represented a new strand of Interreg, namely transnational cooperation» (p. 32).

[23] See DG Regio, *From INTERREG III to European Territorial Cooperation*, Brussels, 2007.

ISSN 2036-7821

As a consequence, for the 2014-2020 programming period E.U., rules concerning ESI Funds destinated to the European Territorial Cooperation objective[24] resulted from the interaction of three different legal sources: Regulation (EU) No 1303/2013 (which sets out common provisions to all ESI Funds); Regulation (EU) No 1301/2013 (that sets out specific provisions concerning the ERDF, which is the European Fund that concretely finances INTERREG programmes), and Regulation (EU) No 1299/2013 (which sets specific rules with regards to the European Territorial Cooperation objective).

More specifically, Regulation (EU) No 1303/2013 and Chapter I of Regulation (EU) No 1301/2013 applied to European Territorial Cooperation and to the related programmes, except where specifically provided for by Regulation (EU) No 1299/2013 (or where those provisions can only apply to the Investment for growth and jobs goal).

In a general way, it is possible to state that Regulation (EU) No 1299/2013 defined, for the European Territorial Cooperation programmes, the priority objectives and organisation of the ERDF, the criteria for Member States and regions to be eligible for support from the ERDF, the financial resources and the criteria for their allocation. Moreover, it laid down those provisions which were perceived as necessary to ensure effective implementation, monitoring, financial management and control of operational programmes.

In line with the evolution of INTERREG programmes, European Territorial Cooperation was organised in the three following strands: 1) *cross-border cooperation*[25], which took place between adjacent regions in order to promote integrated regional development between neighbouring land and maritime border regions in two or more Member States; 2) *transnational cooperation*[26], which covered larger transnational

[24] For the 2014 – 2020 programming period, the global amount of funds (2.75% of Cohesion Policy budget) to be destined to the European Territorial Cooperation objective was entirely provided by the European Regional Development Fund (ERDF). This budget supports cross-border cooperation, transnational cooperation and interregional cooperation, and includes also ERDF allocation for Member States to participate in EU external border cooperation programmes supported by other instruments (Instrument for Pre-Accession Assistance and European Neighbourhood Instrument).

[25] For *cross-border cooperation*, the regions to be supported are the NUTS level 3 regions of the Union along all internal and external land borders, and all NUTS level 3 regions of the Union along maritime borders separated by a maximum of 150 km. The power to design eligible regions is of the European Commission, which adopts a decision, by means of implementing acts, setting out the list of cross-border areas to receive support cooperation programme. These implementing acts are adopted in accordance with the advisory procedure referred to in art. 150, par. 2, of Regulation (EU) No 1303/2013. For a more detailed analysis of cross-border cooperation, see L.D. SOUSA, *Understanding European cross-border cooperation: A framework for analysis*, in *Journal of European Integration*, VI, 2013, pp. 669 ss..

[26] Similar rules are set for *transnational cooperation*, as the Commission assumes a decision, by means of implementing acts, setting out the list of transnational areas to receive support by cooperation programme and covering NUTS level 2 regions, while ensuring the continuity of such cooperation in larger coherent areas based

ISSN 2036-7821

territories, involving national, regional and local partners with a view to achieving a higher degree of territorial integration of those territories; 3) *interregional cooperation*[27], which had the aim of reinforcing the effectiveness of Cohesion Policy by promoting exchange of experience focusing on thematic objectives among partners throughout the Union, mainly by the identification and dissemination of good practices.

Leaving aside specific rules set for interregional cooperation programmes (which have an auxiliary role in order to ensure efficiency of Cohesion Policy and are almost entirely built at the E.U. level), it was provided that the European Commission had to communicate to each Member State its share of the global amounts for cross-border and transnational cooperation. On the basis of the amounts communicated, each Member State had to inform the Commission whether, and how, it had used the transfer option provided for in art. 5 of Regulation (EU) 1299/2013[28], and the resulting distribution of funds among the cross-border and transnational programmes in which the Member State participated.

The European Commission, after receiving these information from Member States, adopted a decision – by means of implementing acts in accordance with the advisory procedure referred to in art. 150, par. 2, of Regulation (EU) No 1303/2013 – setting out a list of all cooperation programmes and indicating the global amount of the total ERDF support for each programme.

Looking into European Territorial Cooperation's objectives, these responded to the principle of thematic concentration, as it was stated that «at least 80 % of the ERDF allocation to each cross-border cooperation and transnational programme shall be concentrated on a maximum of four of the thematic objectives set out in the first paragraph of Article 9 of Regulation (EU) No 1303/2013»[29]. To this extent, the ERDF had to contribute within its scope as set out in art. 3 of Regulation (EU) No 1301/2013 to the general thematic objectives indicated in Regulation (EU) No 1303/2013 for all ESI Funds.

However, it is important to stress that, in addition to the investment priorities set out in art. 5 of Regulation (EU) No 1301/2013, the ERDF could also support other thematic objectives which were specifically indicated for each European Territorial Cooperation strand in art. 7, par. 1, of Regulation (EU) No. 1299/2013. Among the

---

on previous programmes, taking account, where appropriate, of macro-regional and sea-basin strategies. Art. 3, par. 3.

[27] According to the nature of this strand of European Territorial Cooperation, *interregional cooperation* support from the ERDF may cover the entire territory of the Union without exclusions.

[28] Art. 5 of Regulation (EU) No. 1299/2013 states that «Each Member State may transfer up to 15 % of its financial allocation for each of the components referred to in points (a) and (b) of Article 4(1) from one of those components to the other».

[29] Art. 6, par. 1 of Regulation (EU) No. 1299/2013.

ISSN 2036-7821

others[30], it was provided that, under transnational cooperation, priority investments could also concern the promotion of institutional capacity of public authorities and stakeholders by developing and coordinating macroregional and sea-basin strategies.
The cooperation programme is the most important document of every INTERREG initiative. It was provided that the participating Member States had to confirm, in writing, their agreement to the contents of a cooperation programme prior to its submission to the Commission. This agreement also had to include the formal commitment of all participating Member States to provide the necessary co-financing in order to implement the cooperation programme.
Every cooperation programme consisted of priority axes, and every priority axis had to correspond to a thematic objective and include one or more of the investment priorities of that thematic objective. However, a priority axis could combine, in duly justified cases, one or more complementary investment priorities from different thematic objectives in order to achieve the maximum contribution to that priority axis[31].
For each priority axis, cooperation programmes had to indicate the investment priorities and the corresponding specific objectives as well as the expected results, alongside a detailed financial plan. Moreover, cooperation programmes set the implementing provisions which identify the managing authority, the certifying authority and the audit authority, the body or bodies designated to carry out control tasks, and they lay down the procedure for setting up the joint secretariat.
In addition, cooperation programmes had to describe the integrated approach to territorial development having regard to the Partnership Agreements of the participating Member States and, where those Member States participate in macro-regional strategies and sea basin strategies, the contribution of the planned interventions to those strategies.

[30] As set in art. 7 of Regulation (EU) No. 1299/2013, the other additions concern, under cross-border cooperation: promoting sustainable and quality employment and supporting labour mobility by integrating cross-border labour markets, including cross-border mobility, joint local employment initiatives, information and advisory services and joint training; promoting social inclusion, combating poverty and any discrimination by promoting gender equality, equal opportunities, and the integration of communities across borders; investing in education, training and vocational training for skills and lifelong learning by developing and implementing joint education, vocational training and training schemes; enhancing institutional capacity of public authorities and stakeholders and efficient public administration by promoting legal and administrative cooperation and cooperation between citizens and institutions. Under interregional cooperation, enhancing institutional capacity of public authorities and stakeholders and efficient public administration by: disseminating good practices and expertise and capitalising on the results of the exchange of experience in relation to sustainable urban development, including urban-rural linkages pursuant to point (3)(b) of Article 2; promoting the exchange of experience in order to reinforce the effectiveness of territorial cooperation programmes and actions as well as the use of EGTCs pursuant to point (3)(c) of Article 2; strengthening the evidence base in order to reinforce the effectiveness of cohesion policy and the achievement of the thematic objectives through the analysis of development trends pursuant to point (3)(d) of Article 2.
[31] See art. 7 of Regulation (EU) No. 1299/2013.

ISSN 2036-7821

For what is more interesting to this research, the cooperation programme sets the actions taken in order to involve the partners referred to in art. 5 of Regulation (EU) No 1303/2013, and the role of those partners in the preparation and implementation of the cooperation programme.

In accordance to the nature of European Territorial Cooperation, operations selected under cross-border and transnational cooperation had to involve beneficiaries from at least two participating countries[32] and could be implemented in a single country only if cross-border or transnational impacts and benefits were identified. However, an EGTC or another legal body established under the laws of one of the participating countries could be the sole beneficiary of an operation if it was set up by public authorities or bodies from at least two participating countries[33].

Looking at the institutional architecture of European Territorial Cooperation programmes, as generally provided for any programme financed by ESI Funds, Member States had to designate (for every programme) a single managing authority, a single certifying authority and a single audit authority.

Managing authorities were responsible for the functions laid down in Regulation (EU) No 1303/2013[34], including management verifications, in order to ensure uniform standards across the whole programme area. However, where an EGTC was designated as managing authority, such verifications could be carried out by or under the responsibility of the managing authority at least for those Member States and third countries or territories from which there are members participating in the EGTC, whereas controllers had only to be used in the remaining Member States and third countries or territories (not included in the EGTC). In case no EGTC was designated, the managing authority could be authorised by the participating Member States to carry out verifications on the whole programme area[35].

Furthermore, whether the managing authority did not carry out verifications under point a) of art. 125, par. 4, of Regulation (EU) No 1303/2013[36] throughout the whole programme area, or where the verifications were not carried out by or under the

[32] Where there are two or more beneficiaries of an operation in a cooperation programme, one of them shall be designated by all the beneficiaries as the lead beneficiary. The functions of the lead beneficiary are set in art. 13 of Regulation (EU) No. 1299/2013.

[33] See art. 12, par. 3, of Regulation (EU) No 1299/2013.

[34] Functions of the managing authority are set in art. 125 of Regulation (EU) No. 1303/2013, and include the management of the operational programme, the selection of operations and the financial management and control of the operational programme.

[35] Member States participating in a cooperation programme may designate the managing authority also for being responsible of carrying out the functions of the certifying authority. Such a designation shall be without prejudice to the apportionment of liabilities in relation to the application of financial corrections among the participating Member States as laid down in the cooperation programme.

[36] These are aimed at verifying that the co-financed products and services have been delivered, that expenditure declared by the beneficiaries has been paid and that it complies with the applicable law, the operational programme and the conditions for support of the operation.

ISSN 2036-7821

responsibility of the managing authority for those Member States from which there were members participating in a EGTC, each Member State had to designate the body or person responsible for carrying out such verifications in relation to beneficiaries on its territory.

Also looking at the provisions concerning the auditing authority, specific rules were provided if compared to the general ones set for other ESI Funds. In particular, Member States participating in a cooperation programme could authorise the audit authority to carry out directly its functions in the whole territory covered by a cooperation programme. They also had to explicitly specify whether the audit authority had to be accompanied by an auditor of a Member State.

If the audit authority did not have the above mentioned authorisation, it had to be assisted by a group of auditors composed of a representative from each Member State participating in the cooperation programme in carrying out its functions[37].

Given this legal framework, what clearly emerges from its analysis is that, for the 2014–2020 programming period, the content requirements of cooperation programmes were strongly revisited in order to adapt them to the specific needs of European Territorial Cooperation, leading for the first time to the adoption of a dedicated Regulation. These special requirements covered matters necessary for the effective implementation of the above mentioned programmes on the territory of participating Member States, and seem to concern a variety of aspects.

In particular, due to the involvement of more than one Member State, the general rule laid down for the management of ESI Funds according to which each Member State could adopt national rules on eligibility of expenditure was not considered appropriate for the European Territorial Cooperation objective. Therefore, with the adoption of Regulation (EU) No 1299/2013, a clear hierarchy of rules was established with a strong move towards ones set at the E.U. level in order to avoid any possible contradiction or inconsistency between different E.U. Regulations and between those Regulations and national rules.

However, it is worth stressing how the analysis of Regulation (EU) No 1299/2013 has also revealed that rules concerning European Territorial Cooperation set at the E.U. level were not always absolutely binding and, especially from an institutional perspective, Member States were still allowed to organise and implement cooperation programmes in many different ways.

From this point of view, the possibility to create a legally recognised transnational body is particularly interesting. On one hand, it seems that Regulation (EU) No 1299/2013 encourages Member States to assign the functions of the managing

[37] The group of auditors had to be set up within three months of the decision approving the cooperation programme. It had the power to draw up its own rules of procedure and was chaired by the audit authority for the cooperation programme.

ISSN 2036-7821

authority to an EGTC, or at least to make such a grouping responsible for managing the part of a cooperation programme that relates to the territory covered by that EGTC; on the other hand, there is no legal obligation to set this type of transnational body.
It is therefore necessary to analyse this phenomenon quite accurately, in order to understand what EGTC's are, to which rules they respond, and what is their relationship with European Territorial Cooperation.

3. The need of an institutional body to manage ETC programmes: European Groupings of Territorial Cooperation

Historically, the presence of permanent cooperation structures has always been considered a useful tool in order to achieve advanced and stable forms of cooperation between regional and local authorities of different States[38]. Nonetheless, the process of institutionalisation of cross-border organisations across the European territory has not been easy[39].
As already recalled, the flourishing of territorial cooperation agreements can be dated back to the 1990s[40], due to the attention showed to the matter both by the E.U. and the Council of Europe[41]. In that favourable context, subnational authorities

[38] See O. KRAMSCH, B. HOOPER, *Cross-border governance in the European Union*, Routledge, London, 2004; X. OLIVERAS, A. DURÀ, M. PERKMANN, *Las regiones transfronterizas: Balance de la regionalización de la cooperación transfronteriza en Europa (1958–2007)*, in *Documents D'Analisi Geografica*, LVI, 2010, pp. 21 ss., where it is argued that cross-border cooperation finds its higher expression in the creation of cooperation-based organizations oriented towards the coordination of horizontal and vertical policies and joint actions.

[39] In general, about institutionalization of cross-border cooperation, see N. VEGGELAND, *Regional Governance, Euroregions, Flexibility, Power and Rights*, in R. KICKER, J. MARKO, M. STEINER (eds.), *Changing Borders: Legal and Economic Aspects of European Enlargement*, Peter Lang, Frankfort, 1998, pp. 46 ss.; J. MARKO, *Beyond the Nation State: Problems of Regionalisation in Western and East Central Europe*, in R. KICKER, J. MARKO, M. STEINER (eds.), *Changing Borders: Legal and Economic Aspects, cit*, pp. 65 ss.; T. CHRISTIANSEN, *Borders and territorial Governance in New Europe*, in R. KICKER, J. MARKO, M. STEINER (eds.), *Changing Borders: Legal and Economic Aspects, cit*, pp. 78 ss.; M. PERKMANN, N. SUM (eds.), *Globalization, Regionalization and Cross-Border Regions*, Macmillan, Palgrave, 2002; ID, *Construction of New Territorial Scales: A Framework and Case Study of the EUREGIO Cross-border Region*, in *Regional Studies*, II, 2007, pp. 253 ss.

[40] During the 1990s, the increasing importance of global flows combined with steps forward in Europe with regard to trade liberalisation and the establishment of a single market, created the preconditions for more robust integration. Simultaneously a new theoretical approach often labelled 'new regionalism' was developed as a framework to interpret and analyse the new forms of regional cooperation emerging at this time. As highlighted by M. KEATING, *The new regionalism in Western Europe. territorial restructuring and political change*, Edward Elgar, Cheltenham, 1998, by the late 1990s, «there was not a border in Western Europe that was not covered by some sort of transfrontier programme» (p. 180). See also M. PERKMANN, *Building Governance Institutions Across European Borders,* in *Regional Studies*, XXXIII, pp. 657 ss.; L.K. WILLIAMS, *The Baltic Sea Region: Forms and Functions of Regional Co-operation*, in *BaltSea Net Working Papers*, 2001.

[41] For a better analysis of the relations between international and E.U. law, see A. ENGL, *Future Perspectives on Territorial Cooperation in Europe: The EC Regulation on a European Grouping of Territorial Cooperation and the Planned Council of Europe Third Protocol to the Madrid Outline Convention concerning Euroregional Co–operation Groupings*, in *European Diversity and Autonomy Papers*, III, 2007.

ISSN 2036-7821

started to develop a variety of external actions blurring the domestic/international division that conferred monopoly on international relations to central States.

As a result of the evolution occurred in the last decades, existing agreements concerning territorial cooperation can be classified, from an institutional perspective, in three different typologies: non-binding cooperation agreements without a permanent joint governance structure; private law associations with a cross-border purpose; binding legal instruments that confer a strong legal personality to the organisation.

Especially at the early stages of cross-border cooperation, the most common among these typologies was the non-binding cooperation agreement signed by territorial authorities. The non-binding nature of such agreements represented – and currently represents – nothing more than a political commitment of the interested actors to develop joint initiatives. In these cases, governance structures are usually informal, flexible and without legal personality.

The second typology of legal instrument, instead, was built through simplified organisational structures, which often assumed the form of private non-profit associations or non-governmental organisations acting as bodies governed by the private law applicable to the location of the headquarters.

Finally, with the aim of taking territorial cooperation to a new level by creating autonomous bodies capable of managing territorial cooperation initiatives, several instruments conferring legal personality to crossborder organisations were established both by E.U. and international law[42].

Regarding the international conventions adopted within the Council of Europe framework aimed at establishing a regulatory framework for territorial cooperation, these were set in accordance with the Madrid Outline Convention of 1980 and its three Protocols (1998, 2001, 2013), and were to be implemented by ratification and by further approval bi- or multilateral international treaties[43]. However, the legal impact

[42] It is important to recall that, in the initial phases of this process, the E.U. and the international law legal frameworks were considered interdependent because E.U. law did not provide any legal instrument which enabled to create a cross-border organisation. About this initial stage, see M. CASTEIGTS, *Cadre juridique et enjeux politiques du financement de la cooperation transfrontalière en Europe*, in Y. LEJEUNE (ed), *Le droit des relations transfrontalière entre autorités regionals ou locales relevant d'Etats distincts, Les experiences franco-belge et franco-espagnole*, Bruyant, Bruxelles, 2005, who observes that «le dispositive de soutien et d'accompagnement de la cooperation transfrontière en Europe est marqué par une situation paradoxale qui affecte sa coherence: ses instruements financiers sont mis en place par l'Union européenne au titre de l'initiative INTERREG mais son cadre juridique est fixé par la Convention-cadre de Madrid, négociée sous l'égide du Conseil de l'Europe» (p. 165).

[43] Particularly interesting, for the influence played in the designing of EGTCs, was the Karlsruhe Agreement. This provided substantial common rules for the setting up and functioning of a cross-border body. The model was represented by the so-called *Groupement local de cooperation transfrontaliére* (GLCT), whose legal regulation is to be found partly in the Karlsruhe Accord and partly in the constituting documents of the body itself. On the Karlsruhe Agreement see B. PERRIN, *Coopération transfrontalière des collectivités locales: contenu et limites de l'Accord quadrilatéral de Karlsruhe*, in *Revue Administrative*, CCLXXXIX, 1996, pp. 81 ss.

ISSN 2036-7821

of these conventions and treaties, and the resulting opportunities for local and regional authorities to cooperate formally across state borders and especially to create a transnational institutional body, remained rather limited, mainly due to the hesitant ratification and implementation by many States.

Moving the analysis to the E.U. legal framework, it seems that a much more effective legal instrument was set. In particular, the turning point was the creation of the European grouping of territorial cooperation (EGTC), which occurred with the adoption of Regulation (EC) No 1082/2006[44], afterwards amended by Regulation (EU) No 1302/2013[45].

From a general point of view, it is possible to state that the idea behind the creation of EGTCs was to reduce the difficulties encountered by Member States and, more specifically, by regional and local authorities, in implementing and managing activities of territorial cooperation within the framework of different national laws and procedures.

In this regard, Regulation (EC) No 1082/2006 has provided subnational authorities a legal instrument to conclude a cross-border convention with homologous foreign counterparts[46] in order to establish a common territorial cooperation body, regardless of the fact that such possibility was previously granted according to their domestic legal order.

As stated in art. 1, parr. 3, 4, of Regulation (EC) No 1082/2006, EGTCs have a fully recognised legal personality, and they have in each Member State the most extensive legal capacity accorded to legal persons under that Member State's national law. In particular, it is clearly specified that they can acquire or dispose movable and immovable property, employ staff and be parties of legal proceedings.

From a legal point of view, a hierarchy of applicable rules is established by art. 2 of Regulation (EC) No 1082/2006. According to the recalled provision, the acts of EGTCs are governed, primarily, by the above mentioned Regulation; where expressly

[44] For an overview on the political process that led to the adoption of Regulation (EC) No 1082/2006, see E. NADALUTTI, *Does the 'European Grouping of Territorial Co-operation' Promote Multi-level Governance within the European Union?*, in *Journal of Common Market Studies*, IV, 2013, pp. 756 ss.

[45] For a complete overview on the amendments to Regulation (CE) No 1082/2006, see S. CARREA, *La riforma del "Gruppo europeao di cooperazione territoriale: luci ed ombre del regolamento n. 1302/2013*, in *Diritto dell'Unione Europea*, pp. 367 ss.

[46] See L. DE SOUSA, *Understanding European Cross-Border Cooperation: A Framework for Analysis*, in *Journal of European Integration*, VI, 2013, pp. 669 ss., where the Author argues that «Cross-border co-operation arrangements have now been integrated into the EU legal framework. The proponents of this new bottom-up approach to territorial co-operation argue that cross-border co-operation will move from being marginal, specialized and (often) informal set of arrangements to become stronger, more legally certain and transparent organizational features of the EU institutional architecture. The new EGTCs are expected to play a greater role in setting the regional policy agenda». See also P. ULRICH, *Territorial cooperation, supraregionalist institution-building and national boundaries: the European Grouping of Territorial Cooperation (EGTC) at the eastern and western German borders*, in *European Planning Studies*, XXVIII, 2020, pp. 57 ss.

ISSN 2036-7821

authorised by the Regulation, by the provisions of the convention referred to in articles 8 and 9; finally, in case of matters not or only partially regulated by the Regulation, by the laws of the Member State where the EGTC has its registered office[47].

This means that the convention, which is to be adopted unanimously by all the members, is the most relevant agreement concerning the creation and the functioning of an EGTC.

It specifies the name of the EGTC and its registered office, the extent of the territory in which the EGTC executes its tasks, the objective and the tasks of the EGTC, the conditions for its dissolution, the list of all EGTC's members, and the list of the EGTC's organs and their respective competences.

Furthermore, the convention defines the provisions concerning the applicable law of the Member State where the EGTC has its registered office for the purposes of the interpretation and enforcement of the convention, the applicable law of the Member State where the EGTC's organs act, and the applicable law directly relevant to the EGTC's activities carried out under the tasks as specified in the convention.

Finally, the convention sets the appropriate measures for mutual recognition, including ones necessary for the financial control of the management of public funds, as well as specific arrangements for liability of the EGTC and its members. It also indicates the rules applicable to the EGTC's staff, the principles governing the arrangements concerning personnel management and recruitment procedures[48], and the procedures for amending the convention and for the adoption of the statutes.

In fact, alongside the convention, the functioning of an EGTC is also set by its statute. However, especially after modifications occurred with the adoption of Regulation (EU) No 1302/2013, the statute is clearly subordinated to the convention, as it is stated that it «shall be adopted unanimously on the basis of, and in accordance with, the convention».

---

[47] For a more deep insight on the relation between different legal sourse governing GECTs, see S. CARREA, *La disciplina del Gruppo europeo di cooperazione territoriale (GECT) tra diritto dell'Unione europea, autonomia statutaria, e diritto internazionale privato: un tentativo di sintesi*, in *Diritto commerciale internazionale,* 2012, pp. 611 ss; Committee of the Regions (CoR), *The European Grouping of Territorial Co-operation* (EGTC), 2007, Brussels.

[48] As a result of the joint statement of the European Parliament, the Council and the Commission attached to Regulation 1302/2013, when applying art. 9, par. 2, of Regulation (EU) No 1082/2006 as amended, Member States will endeavour, when assessing the rules to be applicable to the EGTC staff members as proposed in the draft convention, to consider the different available employment regime options to be chosen by the EGTC, be it under private or public law. In particular, where employment contracts for EGTC staff members are governed by private law, Member States will also take into account relevant EU law, such as Regulation (EC) No 593/2008, as well as the related legal practice of the other Member States represented in the EGTC. On the contrary, where employment contracts for EGTC staff members are governed by public law, national public law rules will be those of the Member State where the respective EGTC organ is located. However, national public law rules of the Member State where the EGTC is registered may apply as regards EGTC staff members already subject to these rules prior to becoming an EGTC staff member.

ISSN 2036-7821

Although subordinated, EGTCs' statutes must definitely be recognised as complementary to the convention, as they have to at least specify the operating provisions of the EGTC organs and their competences (and the number of representatives of the members in each organ), the decision-making procedures, the working language, and the general arrangements for its functioning, particularly having regard to the procedures of personnel management and recruitment.
Moreover, the statutes must indicate the arrangements for the financial contributions and the applicable accounting and budgetary rules of each of the EGTC members, the arrangements for their liability in accordance with art 12, par. 2, of Regulation (EC) No 1082/2006, the authorities responsible for the designation of independent external auditors and, finally, the procedures for amending the statutes.
It is important to underline, however, that this autonomy granted to the EGTC members in designing the structural and functional profiles of the EGTC in both the convention and the statute is counterbalanced by some mandatory rules set by Regulation (CE) No 1082/2006.
As an example, with regards to the organisational structure, although statutes may provide for additional organs, art. 10, par. 1, of Regulation (CE) No 1082/2006 states that an EGTC must have, as a minimum, an assembly composed by representatives of each member, and a director, who represents the EGTC and acts on its behalf.
Also looking at the functional profile, a certain level of autonomy seems to be granted to the participating members, as it is set that the competence to define the EGTC tasks is assigned to its members. However, it is furtherly specified that each task must be determined as falling within the competence of every EGTC member, unless the Member State approves the involvement of a participant established under its national law even if this is not competent for all the tasks specified in the convention[49].
Finally, the rules concerning the composition of an EGTC and the procedure for its establishment are particularly interesting to our analysis, as these were significantly amended by Regulation (EU) No 1302/2013[50].
As for the first aspect (with regards to the provisions concerning the EGTC composition), leaving aside the possible involvement of third countries (which is regulated by a particular set of rules that will not be object of this analysis), an EGTC

[49] EGTC tasks cannot concern the exercise of powers conferred by public law or duties whose object is to safeguard the general interests of the State or of other public authorities, such as police and regulatory powers, justice and foreign policy. Under this perspective, the only exclusions concern the definition of terms and conditions of the use of an infrastructure that the EGTC is managing, and the terms and conditions subject to which a service of general economic interest is provided, which can both be decided by the EGTC assembly.

[50] See Commission of the European Union, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 1082/2006 of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on a European grouping of territorial co-operation (EGTC) as regards the clarification, simplification and improvement of the establishment and implementation of such groupings*. COM (2011) 610 final. Brussels, 6 October.

ISSN 2036-7821

can now see the participation of the following entities: Member States or authorities at national level, regional and local bodies, public undertakings within the meaning of point b) of art. 2, par. 1, of Directive (EC) No 17/2004, bodies governed by public law within the meaning of art. 1, par. 9, of Directive (EC) No 18/2004, undertakings entrusted with operations of services of general economic interest, and, finally, associations consisting of bodies belonging to one or more of these categories.

To this end, it must be pointed out that the previous formulation of art. 3 of Regulation (CE) No 1082/2006 excluded as possible members of an EGTC national public authorities, limiting the involvement only to Member States. However, as a result of the difficulties registered because of the differing status and competences of national, regional and local bodies in different Member States, one of the major modifications introduced by Regulation (EU) No 1302/2013 was exactly to allow national public authorities to become members of an EGTC alongside or even without the formal participation of their Member State.

With regards to the provisions governing the procedures for the establishment of an EGTC, instead, the general rule set by art. 4 of Regulation (EC) No 1082/2006 is that the initiative to establish an EGTC comes from the prospective members, who must inform and apply to their Member State in order to obtain their approval.

According to the original version of art. 4, when potential members filed a request for the establishment of an EGTC to their national governments, these had a three months period to respond[51], and Member States approved the request if it did not oppose the provisions of the Regulation, of national law or if it did not go against the national public interest or public policy.

Also regarding this aspect, however, several modifications were set by Regulation (EU) No 1302/2013 with the aim of enhancing the implementation of the new instrument. On one hand, the experience gained from established EGTCs proved that the three-month period for the Member States' approval procedure was rarely respected; on the other hand, there was a necessity to simplify the procedure in order to reduce possibilities for Member States to reject a prospective member's participation request, as the effective implementation of this new legal instrument was often undermined by a diffident approach towards it by national governments.

Consequently, the current formulation of art. 4 of Regulation (CE) 1082/2006 still states that each prospective member must notify the Member State under whose law it has been formed of its intention to participate in an EGTC alongside a copy of the proposed convention and statute. Following the notification, the Member State which has received it, taking into account its constitutional structure, approves the prospective member's participation in the EGTC and the convention, unless it considers such participation or the convention not in conformity with Regulation

[51] See art. 4, par. 3, of Regulation (EC) No 1082/2006.

ISSN 2036-7821

(CE) 1082/2006, with any other Union law concerning the acts and activities of the EGTC, or with national law relating to the powers and competences of the prospective member. Furthermore, the approval can be denied if the participation of a prospective member is not justified for reasons of public interest or of public policy, or if the EGTC statutes are inconsistent with the convention[52].

It is also set that in the event of a non-approval, which is to be decided on the basis of national rules, the Member State must clearly express its reasons for the rejection and, after Regulation (EU) No 1302/2013, must suggest the necessary modifications to the convention for the request to be accepted.

Another amendment concerned the approval procedure timeline, as the decision must now be assumed within a period of six months from the date of receipt of the notification. Moreover, a rule concerning tacit approval was added, as the current formulation of art. 4, par. 3, of Regulation (CE) No 1082/2006 specifically declares that if «the Member State which has received the notification does not raise an objection within that period, the participation of the prospective member and the convention shall be deemed to be approved». The only exception to this rule concerns the Member State where the registered office of the EGTC is located. In this case, the interested Member State must formally approve the convention in order for the EGTC to be established, and it is also clearly specified that the competent courts for the resolution of any dispute concerning the approval procedure are the courts of the Member State whose decision is challenged.

Having completed this brief legal recognition of the rules governing EGTCs, it is now possible to state how practical experience shows that the original intention of facilitating the implementation of European Territorial Cooperation programmes has been if not entirely, at least partially achieved[53].

As a matter of fact, the European Grouping of Territorial Cooperation is the first legally binding crossborder instrument with direct effect in all Member States, and especially after the amendments to Regulation 1082/2006, it has been increasingly used not only to apply for and manage ESI funds, but also for other E.U. funded projects and programmes and for cooperation outside E.U. funding, broadening the same concept of European Territorial Cooperation.

However, although there is no doubt that the EGTC instrument supports multilevel governance structures enhancing cross-border bottom-up approaches that allow

[52] According to art. 13 of Regulation (EC) No 1082/2006, central governments are also able to abort an EGTC grouping on its territory if it carries out activities in contravention of a Member State's provision on public policy, public security, public health or public morality. Such prohibitions, however, must not be determined by means of arbitrary or disguised restriction on territorial cooperation between the EGTC's members. Also, it is set that a review of the competent body's decision should be possible in front of a judicial authority.

[53] See Committee of the Regions (CoR), *EGTC Monitoring Report 2013. Towards the New Cohesion Policy*, 2013, Brussels.

ISSN 2036-7821

more intensified levels of cooperation, it is also necessary to point out that not all the amendments to Regulation 1082/2006 can be deemed directed towards strengthening the level of autonomy of regional and local authorities.

In particular, even though the approval procedure for a prospective member participation to a EGTC has been enhanced by providing a duty for Member States to explain the reasons behind a rejection, the vagueness and the possible extensive interpretation of the recalled legal concepts such as public interest or public policy still seem to provide a sort of central governments' veto power able to interrupt the approval procedure.

Furthermore, it is also clearly set that EGTC tasks must be determined as falling within the competence of every EGTC member. As a consequence, the possibility to approve the involvement of a participant established under its national law even if this is not competent for all the tasks specified in the convention is nothing more than an option for Member States, allowing them to continue to act as gatekeepers of external action of regional and local authorities.

In this direction, the broadening of the EGTC membership to national public authorities, which was necessary to overcome practical problems in the concrete implementation of EGTCs, reinforces the idea that the possibility of creating such transnational bodies with strong subnational authorities' involvement still depends mostly on the institutional structure of the interested Member State, and particularly on the internal partition of competences between national and subnational authorities.

In fact, legal rules concerning regional and local authorities competences are still in the domain of Member States and the decisions on disputes concerning subnational authorities participations in a EGTC are taken by national courts, meaning that national law always remains on the background of every EGTC initiative.

Before exploring these aspects by measuring in which way national legal orders affect regional and local authorities' participation to territorial cooperation initiatives, one last E.U. instrument must be analysed, as parallel to the creation of EGTCs, E.U. institutions started to support also a functional approach towards European Territorial Cooperation with the adoption of macroregional strategies[54].

4. The functional approach: E.U. macroregional strategies

The concept of 'macro-regionalisation' is deeply inserted in a historical trajectory which builds on international cooperation. As a matter of fact, the idea of countries

[54] Significant are the opening words of R. BENGSTONN, *An EU Strategy for the Baltic Sea Region: Good Intentions Meet Complex*, SIEPS – Swedish Institute for European Policy Studies, European Policy Analysis, September, Issue 9/2009: «In the more or less constant evolution of functional cooperation in the European Union, it now appears to be the time to add yet another notion – that of 'macro-regional cooperation' – to the standard vocabulary of EU integration» (p. 1).

ISSN 2036-7821

taking concerted actions around a macroregional area is not entirely new. This kind of approach can be traced back to 1952[55], when the Nordic countries set up the Nordic Council, whose primary focus of interest was the management of the Baltic Sea, which is common to its members.

These marcoregional approaches, however, were entirely carried on by States in the framework of international law[56]. The E.U. macroregional strategies, instead, seem to encourage also some forms of participation of regional and local authorities, which adds something new to the original concept of macroregionalisation.

Although the first E.U. macroregional strategy was formally adopted only in 2009, references connected with this new type of approach can be found in many of the E.U. documents related to territorial development adopted in the previous decade. From the analysis of these documents, it is possible to recognise the increasing importance given to the coordination of multiple sectoral policies and financial instruments with a territorial impact as well as a new focus on common regional features and challenges as unifying factors in transnational cooperation, with a particular emphasis on action-driven cooperation based on joint challenges implemented at different geographical scales. In other words, the screening of these documents makes it rather clear that the concepts of 'macroregion' and of 'macroregional strategy', even if not explicitly mentioned, were definitely present between the lines in many of the major E.U. political documents concerning territorial development of the beginning of the new millennium.

As an example, the document entitled *Territorial State and Perspective of the European Union*[57] explicitly mentioned the notion of macroregion in its opening chapter,

[55] In 1951 Hans Hedtoft, the Danish Prime Minister, proposed the institution of a common consultative assembly for the Scandinavian countries. This proposal was immediately accepted by Denmark, Norway, Iceland and Sweden, resulting in the creation of the Nordic Council in 1952. This Nordic cooperation forum was then expanded to include Finland in 1955, followed by the Faeroe Islands and Aland Islands in 1970 and Greenland in 1984, the last three each having autonomous status. It is largely an inter-parliamentary cooperation body, with 87 representatives from the five countries and three autonomous territories. Since 1996, the Nordic Council has held ordinary annual meetings and also extraordinary meetings on particular topics. Political cooperation extends well beyond mere consultation or information exchange. Since its creation, the Council has established common rules for its members concerning the organization of the labour market and social security. In 1954 it also implemented a Nordic passport union, guaranteeing the free movement of citizens among its member states. The fact that this entered into force in 1958, well before the first Schengen agreements were signed, demonstrates the pioneering nature of Nordic cooperation in this area. In 1971, the Nordic Parliamentary Council was supplemented by an intergovernmental body, the Nordic Council of Ministers, which meets regularly to discuss common problems and matters of cross-border cooperation.

[56] This meant that the use and definition of the term *macro-region* has traditionally been in the hands of scholars working in the field of international relations. In this context, a macro-region can be considered as an agglomeration of a limited number of states linked together by a geographical relationship and by a degree of mutual interdependence. This definition also implies that States are the only sovereign administrative units involved.

[57] Informal Ministerial Meeting, *The Territorial State and Perspectives of the European Union – Towards a Stronger European Territorial cohesion in the light of the Lisbon and Gothenburg Ambitions*, Luxembourg, 2005.

ISSN 2036-7821

linking it to the need for a territorial approach in the design and implementation of E.U. policies. In particular, by stressing the necessity to identify common regional features, it was assumed that some territorial specificities are shared between regions belonging to a certain geographical area, providing a certain level of territorial identity[58].

Moreover, the need to synergize regional territorial capital was perceived as an incentive to better integrate territorial development policies, implying that regions cannot fully enjoy their own territorial capital if they are not integrated with their neighbours or, more generally, with other European regions[59].

Another E.U. document interesting under this perspective was the *Territorial Agenda of the European Union*[60]. This document did not explicitly mention the notion of macroregion. Nevertheless, in the paragraph entitled "*New Challenges: Strengthening regional identities, making better use of territorial diversity*", the need for a better integration of E.U. policies in regional and local practices was stressed by arguing that a stronger regional and local involvement in European territorial development approaches could pave the way for the development of a 'meso' level of coordination able to serve as a more efficient interface between different territorial levels of government.

A specific reference to what will be later identified as a macroregional strategy was also clearly visible in this document, which significantly suggested that «joint trans-regional and integrated approaches and strategies should be further developed in order to face natural hazards, reduce and mitigate greenhouse gas emissions and adapt to climate change […] integrated trans-European and cross-border strategies […] should be adopted»[61].

As a result of this process of emergence of the notion of macroregion[62], in 2009 the E.U. launched its first macroregional strategy for the Baltic Sea Region (EUSBSR), followed by the macroregional strategy for the Danube region (EUSDR), the one for the Adriatic and Ionian region (EUSAIR), and the one for the Alpine region (EUSALP).

---

[58] See the *Territorial State and Perspective of the European Union, cit.* (p. 5).

[59] See the *Territorial State and Perspective of the European Union, cit.*, where it is argued that «A further task of the EU is to facilitate trans-European territorial integration, by stimulating the development or conservation of areas and networks of European importance, the trans-European structuring elements for the EU territory and their connection to secondary networks» (p. 9).

[60] Informal Ministerial Meeting on Urban Development and Territorial Cohesion, *Territorial Agenda of the European Union – Towards a more competitive and sustainable Europe of diverse regions*, Leipzig, 25th of May 2007.

[61] Cit. *Territorial Agenda of the European Union*, (p. 7).

[62] For a deeper analysis of all the E.U. documents which contained some direct or indirect reference to macroregional strategies, see A. DUBOIS, S. HEDIN, P. SCHMITT, J. STERLING, *EU macro-regions and macro-regional strategies – A scoping study*, in *Nordregio Electronic Working Paper*, IV, 2009.

ISSN 2036-7821

According to the definition given at the time of the adoption of the macroregional strategy for the Baltic Sea Region by the E.U. Commissioner for Regional Policy, a macroregion was to be intended as «an area including territories from a number of different countries or regions associated with one or more common features or challenges»[63].

The novelty of the concept of macroregional strategy in the E.U. context is to take a comprehensive approach to the interested territory rather than merely viewing it as an administrative area for various cooperation schemes pertaining to parts of that territory. In particular, the process of macro-regionalisation is conceived as a shift from territorial to functional regions[64]. This, of course, has significant implications for the interested territories particularly in terms of a rescaling of public intervention, leading to variable geometries of governance.

The so called approach *à géométrie variable*[65], more specifically, must be intended both in a territorial and in an institutional perspective. Looking at it from a territorial perspective, it means that areas interested by some policy fields (for example, environment) can differ quite considerably from those relevant for others (for example, infrastructures), as the main focus of macroregional strategies seems to be to find the appropriate territorial scale – in terms of efficacy and efficiency – of public intervention[66].

Form an institutional perspective, instead, the approach *à géométrie variable* should imply that macroregional strategies incentivise synergies and cooperation schemes not only between homogeneous administrative units as generally designed by INTERREG programmes, but also between non homogeneous public authorities of

[63] European Commission, *Macro-regional strategies in the EU – A Discussion Paper*, presented by Commissioner Pawel Samecki in Stockholm, 18th of September, 2009. S. DUHR, *Baltic Sea, Danube and macro-regional strategies: a model for transnational cooperation in the EU?*, in *Notre Europe*, LXXXVI, 2011, argues that this «definition has both a territorial and a functional dimension. From a territorial perspective, it implies that a number of nation-states and regions are involved, thus requiring cooperation across national borders […]. The functional dimension of the concept suggests that in the first instance the macro-region concept is based on large natural or landscapes systems».

[64] On the concept of 'soft spaces' and functional regions, see A. FALUDI, *Beyond Lisbon: soft european spatial planning*, in *The Planning Review*, XLVI (182), 2010, pp. 14 ss.; ID, *Territorial cohesion and subsidiarity under the European Union treaties: a critique of "Territorialism" underlyning*, in *Regional studies*, IX, 2013, pp. 1594 ss.; J. HARRISON, *Configuring the new "Regional World": on being caught between territory and networks*, in *Regional Studies*, I, 2013, pp. 55 ss.; HAUGHTON G., ALLMENDINGER P., OOSTERLYNCK S., *Spaces of neoliberal experimentation: soft spaces, post-politics and neoliberal governmentality*, in *Enviroment and Planning*, I, 2013, pp. 217 ss.

[65] On the approach 'à géométrie variable', see D. STEAD, *European Macro-regional Strategies Indications of Spatial Rescaling*, in *Planning Theory & Practice*, I, 2011, pp. 163 ss.

[66] Interesting in this sense are the words of A. DUBOIS, S. HEDIN, P. SCHMITT, J. STERLING, *EU macro-regions and macro-regional strategies*, cit., «tailor-made solutions for each macro-region are needed in order to ensure that the macro-regional approach delivers added-value and helps to release undeveloped potential within a macro-region» (p. 10).

ISSN 2036-7821

different Member States (from the national to the regional and local level) if this proves to be more efficient in tackling issues of common interest.

To fully understand what macroregional strategies are, it is necessary to analyse its legal framework. This, however, can result somehow difficult since, with the adoption of the first macroregional strategy[67], the European Commission set a general rule which was later identified as the 3 no's rule[68]: no to new funds[69], no to new legislation, no to new institutions. Nevertheless, the absence of a Regulation expressly destined to set specific rules for macroregional strategies must not mislead our analysis, as the existing legal framework can still help us to correctly identify what macroregional strategies are.

In this sense, although many references are certainly present also in Regulation (EU) 1299/2013, the most important part of the legal rules related to macroregional strategies can be found in Regulation (EU) 1303/2013, which, as already remembered, was the Regulation that laid down common provisions to all ESI Funds for the 2013-2020 programming period.

In particular, art. 2 of Regulation (EU) 1303/2013 has set the official definition of macroregional strategy by stating that this must be intended as «an integrated framework agreed by the Council and, where appropriate, endorsed by the European Council, which may be supported by the ESI Funds among others, to address common challenges faced by a defined geographical area relating to Member States and third countries located in the same geographical area which thereby benefit from strengthened cooperation contributing to achievement of economic, social and territorial cohesion».

The expression macroregional strategy is also present in other provisions of Regulation (EU) 1303/2013. First of all, it is used in art. 11, which indicates the content of the Common Strategic Framework[70], by providing that this document must establish, among the others, the «priority areas for cooperation activities under

[67] See the *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions concerning the European Union Strategy for the Baltic Sea Region*, COM (2009) 248/4, Bruxelles, 10 June 2009.

[68] On the meaning of the three no's expressed by the European Commission, see P. JOENNIEMI, *The EU Strategy for the Baltic Sea Region: A Catalyst for What?*, DIIS Brief August, Copenhagen, 2009; A. STOCCHIERO, *Macro-Regioni Europee, del vino vecchio in una botte nuova*, CeSPI Working Papers, LXV, 2010.

[69] This first no means that macroregional strategies do not have budget lines of their own and have been, since the very first adoption, funded by existing European budgets and programmes. Indeed, from this particular point of view, macroregional strategies were also imagined as a measure to combat the E.U. financial and economic crisis by proposing better mechanisms for the comprehensive coordination of scarce budgetary resources.

[70] The Common Strategic Framework is a strategic document which establishes guiding principles to facilitate the programming process and the sectoral and territorial coordination of Union intervention under the ESI Funds and with other relevant Union policies and instruments. In particular, it is an act meant to facilitate the preparation of the Partnership Agreement and programmes in accordance with the principles of proportionality and subsidiarity, also taking into account national and regional competences, in order for the specific and appropriate policy and coordination measures to be decided.

ISSN 2036-7821

the ESI Funds, where appropriate, taking account of macro-regional and sea basin strategies».

Indeed, the Common Strategic Framework, which is prepared by the European Commission and attached to the Regulation, must be considered crucial for the later procedures concerning E.U. financial instruments, as it establishes the «strategic guiding principles to facilitate the programming process and the sectoral and territorial coordination of Union intervention under the ESI Funds and with other relevant Union policies and instruments, in line with the targets and objectives of the Union strategy for smart, sustainable and inclusive growth, taking into account the key territorial challenges of the various types of territories».

There should be no surprise, then, that also the Common Strategic Framework contained some important references to macroregional strategies. In particular, under point 7 (which is headed «Cooperation Activities») it was stated that «Member States shall seek to ensure successful mobilisation of Union funding for macro-regional and sea-basin strategies in line with the needs of the programme area identified by the Member States. Ensuring successful mobilisation may be done, among other actions, by prioritising operations deriving from macro-regional and sea-basin strategies by organising specific calls for them or giving priority to these operations in the selection process through identification of operations which can be jointly financed from different programmes. Member States shall [also] consider making use of relevant transnational programmes as frameworks to support the range of policies and funds needed to implement macro-regional and sea-basin strategies».

In this sense, it was explicitly set that «Member States shall, where appropriate, ensure that the objectives of macro-regional and sea-basin strategies form part of the overall strategic planning in Partnership Agreements […] and in programmes in the regions and Member States concerned in accordance with the relevant provisions of the Fund-specific rules».

The mention of the Partnership Agreement and of the programmes is quite significant, as it is through these documents that Member States agree with the European Commission the access to ESI Funds[71]. For what is more interesting to our investigation, the Partnership Agreement must indicate «an integrated approach to territorial development supported by the ESI Funds or a summary of the integrated approaches to territorial development based on the content of the programmes, setting out», among the others, «the main priority areas for cooperation under the

[71] More specifically, according to art. 2 of Regulation (EU) No. 1303/2013 the Partnership Agreement is «a document prepared by a Member State with the involvement of partners in line with the multi-level governance approach, which sets out that Member State's strategy, priorities and arrangements for using the ESI Funds in an effective and efficient way so as to pursue the Union strategy for smart, sustainable and inclusive growth, and which is approved by the Commission following assessment and dialogue with the Member State concerned».

ISSN 2036-7821

ESI Funds, taking account, where appropriate, of macro-regional strategies and sea basin strategies»[72].

Also the rules concerning the approval of single programmes financed by ESI fund contained a specific reference to macroregional strategies, as it was set that where «Member States and regions participate in macro-regional strategies or sea basin strategies, the relevant programme, in accordance with the needs of the programme area as identified by the Member State, shall set out the contribution of the planned interventions to those strategies»[73].

From this analysis, it is possible to imply the following consequence: although no specific Regulation was adopted, it took only four years from the birth of the first macroregional strategy (EUSBR) for this new legal tool to find place, and by this formal recognition, in a legislative act of the E.U.

Particularly interesting is the reference made in the official definition of macroregional strategy to the strengthened cooperation instrument. This seems to be redesigned in some of its main characters in order to adapt it to the specific needs and the declared objective of macroregional strategies, which is to create a more efficient system of management of E.U. resources able to accomplish, in the interested area, a better coordination of public interventions financed by ESI Funds and other E.U. financial instruments.

As known, the rules set for strengthened cooperation (artt. 20 TUE and 326 ss. TFUE) provide that this must involve a minimum of nine Member States, and that it must be opened to further adhesion by all the remaining Member States. These conditions, however, are not applicable to macroregional strategies, which are based on a territorial approach towards a defined geographical area, by this excluding Member States of different parts of the E.U. territory.

Furthermore, there is also another reason that makes the reference to the strengthened cooperation instrument so interesting to our investigation. If normally strengthened cooperation is entirely built between the E.U. and the State level, macroregional strategies seem to ensure some form of involvement of regional (and local) authorities[74].

This distinctive trait is proven by the procedure followed to adopt the macroregional strategy for the Alpine region (EUSALP), in which it seems possible to identify three different phases.

The first phase saw a prominent role of subnational authorities (in particular regional authorities) which started to promote the future adoption of the macroregional strategy by building networks and signing informal agreements. These documents,

[72] Art. 15 of Regulation (EU) No. 1303/2013.

[73] Art. 27, par. 3, of Regulation (EU) No. 1303/2013.

[74] See S. GÄNZLE, K. KERN, *Macro-regional Strategies: A New Mode of Differentiated integration in the European Union*, Paper for CEPSA Annual Conference, 2011.

ISSN 2036-7821

however, were merely programmatic, and their content was limited to a preliminary identification of the common issues to the different territories involved in the macroregional strategy and of possible actions to be taken in order to tackle them[75].
The second phase, instead, required the involvement of Member States' national governments. In particular, moving from the above mentioned agreements, subnational authorities and their central governments started to negotiate the main elements of the future macroregional strategy and finally proceeded to the adoption of the formal documents which were later presented to E.U. institutions by one of the participating Member States[76].
This phase was not only very important from a political point of view, but also legally inevitable, as regional authorities were – and still are – unable to autonomously present these initiatives to E.U. institutions. Furthermore, it must not be underestimated that the involvement of central governments ensured the rationalisation of the future macroregional strategy with pre-existing transnational cooperation programmes, coherently with the declared aim of realising better synergies between different forms of public interventions financed by E.U. funds.
Finally, during the third phase, the procedure to adopt the macroregional strategy was brought at the E.U. level. In particular, the leading Member State (France) presented the intention to establish the strategy to the European Council. Once received this communication, the Council recommended to the European Commission to take all the institutional steps in order to concretely formalise it.
To that end, the European Commission started a consultation process through opened online surveys where all the interested stakeholders (not only regional and local authorities, but also members of the civil society) were asked to give their contribution to the strategy by highlighting which objectives were considered more relevant and which were the main obstacles to their fulfilment.

[75] In particular, the 29th of June 2012 the Arge-Alp Working Community adopted a Resolution on the future adoption of a macroregional strategy for the Alpine Region. Significant are the words of the Resolution: «1. Le Regioni Alpine si pronunciano a favore di una strategia macroregionale europea per le Alpi. Sono convinte che una strategia macroregionale costituisca il quadro d'azione idoneo per realizzare, sulla base dell'identità comune dell'arco alpino, una collaborazione sempre più stretta ed efficiente a tutti i livelli (Unione Europea, stati nazionali, regioni); 2. Le Regioni propongono il documento d'iniziativa ai rispetti-vi governi nazionali, invitandoli a promuovere l'elaborazione di una strategia macroregionale europea per le Alpi; 3. Le Regioni presentano un documento d'iniziativa elaborato collettivamente, che propone obiettivi concreti nei settori […] in cui è possibile creare un valore aggiunto attraverso un quadro operativo europeo comune, che consenta piena collaborazione a tutti i livelli secondo il principio della multi-level governance».

[76] More specifically, two different documents were drafted by a commission made of representatives of national and regional authorities of all the participating members: the 'Intervention document for the implementation of a European Union Strategy for the Alpine Region', which had the aim of setting the objectives and the main elements of the future strategy, and the 'Political Resolution towards a European Union strategy for the Alpine Region', that contained the commitment of central governments and regional authorities to make all the necessary institutional steps to promote the formal adoption of the strategy at the E.U. level.

ISSN 2036-7821

Once completed the consultation process, the European Commission adopted two distinguished but connected official documents: a Communication[77] and an Action Plan[78].

The Communication is a general document in which the Commission manifests the official intention to establish the macroregional strategy by indicating the motivations behind the need of an integrated approach, the general guidelines and the main objectives of the strategy.

As for the Action Plan, this document specifies the objectives of the strategy and explains which actions will be taken in order to achieve the expected results. Under this point of view, it is interesting to highlight how the Action Plan also indicates some *flagship projects* as examples of the measures to be taken in the future procedures to access ESI Funds.

Both the above mentioned documents were first brought to the attention of the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, and finally approved by the Council, leading to the formal adoption of the macroregional strategy.

Moving our analysis to the third no expressed by the European Commission (no to new institutions), this means that macroregional strategies are to be managed without the creation of new institutions. In other words, the implementation of macroregional strategies is a matter of competence of existing administrative structures (both at the European and at the national level).

Standing to the indications provided by the European Commission's Report concerning the governance of macroregional strategies[79], these present a three-level governance system: a strategic level, a coordination level and an implementation level. These levels are, of course, inter-related.

Looking into the strategic level of governance, this concerns the political leadership of the strategy, as what was recognised was that a high-level and structured political dimension providing overall direction, setting priorities and taking key decisions, was crucial for the effectiveness of macroregional strategies. This level is responsible for the strategy, setting priorities and addressing key matters, such as the alignment of funding to the macro-regional approach. It should also ensure that authorities

[77] *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions concerning a European Union Strategy for the Alpine* Region, COM (2015) 366 final, Bruxelles, 28th of July, 2015.

[78] *Commission Staff Working Document, Action Plan, Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions concerning the European Union Strategy for the Alpine Region*, COM (2015) 366 final, Bruxelles, 28th of July, 2015.

[79] *Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions concerning the governance of macro-regional strategies*, COM (2014) 0284 final, Bruxelles, 20th of May, 2014.

ISSN 2036-7821

involved in the implementation process are able to work effectively with sufficient resources.

In the initial years after the adoption of the first macroregional strategies, the system relied heavily on the European Commission for strategic leadership. As a matter of fact, it was the Commission that ensured momentum by organising key events such as the annual meeting. Furthermore, the European Commission was central both in the report and in the evaluation activities, acting as a key facilitator and guarantor of the E.U. dimension of the strategy.

However, over-dependence on E.U. institutions as principle driving forces was not considered fully desirable, and the same European Commission highlighted that, in order to succeed, macroregional strategies needed a better balance between its role and the leadership provided by the involved countries and regions. It was therefore suggested to take the general strategic leadership at a ministerial level. In particular, Ministers hosting the National Contact Point are now the ultimate decision makers, and together they constitute a regular decision making formation. They are also responsible for evaluating progress and for seeking breakthroughs when stalemates occur.

Still looking at the political leadership of the strategy, it was also decided that the presidency of the macroregional strategy had to be assigned on the base of a rotation principle with a timeline of one year, by this ensuring the involvement of all the participating countries.

Moving our analysis to the governance level related to coordination activities, it can be defined as the *trait d'union* between the authorities in charge of the strategic leadership and the ones responsible of the concrete implementation of the strategies at the national level. It includes tasks such as operational guidance, reporting and evaluation of performance, national/regional coordination, and facilitation of major events. Also this level of governance has a dual articulation, at the E.U. and at the national level.

Looking at the E.U. level, as happened for the leadership of macroregional strategies, in the initial stages the Commission was extensively involved in coordination activities. However, it was once again highlighted that day-to-day technical support diverted resources from the Commission's core tasks. Therefore, the need of a major and more defined role of National Contact Points was suggested.

In particular, National Contact Points have started to take on a major role in coordination activities, as they ensure a constant dialogue both with the European Commission, on one side, and with the involved national, regional and local authorities on the other. With regards to this las point, it is important to highlight that most National Contact Points have set up a national coordination platform,

ISSN 2036-7821

bringing together national, regional and local stakeholders to facilitate the implementation of macroregional strategies at all territorial tiers of government.
Finally, looking at the governance level related to the implementation of the strategies, this is entirely a matter of competence of Member States, which are free to allocate the related financial resources at the territorial level of their choice as long as this complies to the European rules set for the related E.U. fund or financial instrument.
However, it must be underlined that the European Commission has endorsed an increased involvement of regional authorities in the implementation stage, also by making a better use of existing regional associations[80].
As the analysis shows, macroregional strategies may have significant repercussions for the existing institutional capacities within the interested area. They influence both existing institutions and the implementation of E.U. legislation, requiring the alignment of projects funded through ESI Funds as well as other E.U. financial instruments to the macroregional approach. This means that, although it could still be to early to evaluate the long-term impact of E.U. macroregional strategies, it is still possible to imply that these have the potential to complement the existing architecture of multilevel governance in the European context.
In this sense, macroregional strategies differ from projects financed by INTERREG programmes as they are subject to almost no legal rules, meaning that national, regional and local authorities are given an overall strategic framework to develop joint actions with foreign counterparts on the basis of an efficiency evaluation of the expected results. As a matter of fact, macroregional strategies are something which is of course linked, but not formally part of the European Territorial Cooperation.
The absence of a clearly defined legal framework, however, also implies that joint actions developed in the context of a macroregional strategy are somehow left to the spontaneous initiative of the interested public authorities, from the national to the regional and local level. Looking at macroregional strategies from the perspective of the level of autonomy of regional and local authorities, this means that the possibility to implement forms of administrative cooperation in the framework of a macroregional strategies is something that depends almost entirely on their political capacity[81] to carry on the European integration process by joining forces with foreign counterparts.

[80] See *Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions concerning the governance of macro-regional strategies*, COM (2014) 0284 final, Bruxelles, 20th of May, 2014

[81] The notion of 'political capacity' was firstly drawn by M. KEATING, *The New Regionalism in Western Europe: Territorial Restructuring and Political Change*, Cheltenham, Edward Elgar, 1998, pp. 135 ss.

ISSN 2036-7821

5. Multilevel governance and European Territorial Cooperation: the transformation of the concept of multilevel governance from a descriptive to a prescriptive notion

As the previous pages have shown, during the last decades there has been a constant evolution of E.U. law concerning cooperation between territorial authorities of different Member States. This evolution has obviously produced an influence on national legal orders[82], due to the general principles of primacy and effectiveness of E.U. law. At the same time, however, it would be a mistake to overestimate the impact played by the above-mentioned legal sources. In fact, the analysis of the European Territorial Cooperation tools and legal instruments has clearly highlighted how references to domestic legal orders are still important and meaningful.

This relationship between the European and national legal orders in the context of European Territorial Cooperation can be better understood by looking at the evolution of the concept of multilevel governance.

The majority of the studies that have analysed this concept in the past have dealt with it mainly from a political science perspective, while legal scholars have tended to use the same notion only as a descriptive formula in order to frame the existence and the role of subnational authorities in the E.U.. This may even be seen as a paradox considering that, as a matter of fact, it was a major legislative act which led to the first formulation of this concept.

In particular, the emergence of the concept of multilevel governance was a direct consequence of the reform of ESI Funds that occurred in 1988[83]. It was only from this moment that ESI funds had to be administered through partnerships established within the Member States, consisting of representatives of national, regional and local authorities. Therefore, it was from the study of the renewed European structural policy, and particularly of the partnership principle, that in the early 1990s Gary Marks developed and launched the concept of 'multilevel governance'[84].

The multilevel governance analysis framework was later extended to the whole spectrum of E.U. action, and in this way multilevel governance became a general theory used by scholars to explain the functioning of the E.U.

---

[82] For an interesting example, see decision n. 258/2004 of the Italian Constitutional Court, where the constitutional judges rejected the thesis of the central government according to which the national law enforcing the Madrid Convention on crossborder activities by subnational units – a statute requiring the subnational units to obtain the agreement with the government before concluding a crossborder agreement – was applicable to a convention concluded within the framework of an INTERREG program. According to the Court, the above mentioned convention had to be considered as part of E.U. law. The Court also considered legitimate the creation of a crossborder body if this occurred within the framework of an INTERREG program context.

[83] See Council Regulation (EEC) No. 2052/88 of 24 June 1988.

[84] See G. MARKS, *Structural policy in the European* community, in A. SBRAGLIA (ed.), *Europelitics:Institutions and Policymaking in the "New" European* Community, Washinghton DC, The Booking Institute, 1992, pp. 191 ss.; ID, *Structural policy and multilevel governance in the EC*, in A. CAFRUNY, G. ROSENTHAL (eds), *The State of the European Community*, vol. 2, Boulder, Lynne Rienner, 1993, pp. 391 ss.

ISSN 2036-7821

After some years from the first studies, this concept started to appear in many official E.U. documents[85]. Significant in this sense are the words of the Commission's White Paper on European Governance of 2001: «The Union needs clear principles identifying how competence is shared between the Union and its Member States. In the first place this is to respond to the public's frequent question 'who does what in Europe?' A common vision is needed to answer this question. The White Paper has highlighted [. . .] a Union based on multilevel governance in which each actor contributes in line with his or her capabilities or knowledge to the success of the overall exercise. In a multi-level system the real challenge is establishing clear rules for how competence is shared – not separated; only that non-exclusive vision can secure the best interests of all the Member States and all the Union's citizens».

Eight years after the Commission's White Paper, the Committee of the Regions published the White Paper on Multilevel Governance, which defined multilevel governance as a «coordinated action by the European Union, the Member States and local and regional authorities, based on partnership and aimed at drawing up and implementing EU policies». Therefore, «Multilevel governance is not simply a question of translating European or national objectives into local or regional action, but must also be understood as a process for integrating the objectives of local and regional authorities within the strategies of the European Union. Moreover, multilevel governance should reinforce and shape the responsibilities of local and regional authorities at national level and encourage their participation in the coordination of European policy, in this way helping to design and implement Community policies»[86].

According to this definition, multilevel governance appears to be a dynamic concept ('coordinated action', 'translating into local or regional action', 'process for integrating the objectives', etc.) that consists of two major elements: not only the need of implementing E.U. policies at the regional and local level, but also a more intense involvement of subnational authorities in E.U. policymaking both at the E.U. and at the national level.

The 'dynamic' notion of multilevel governance emerging from the Committee of the Regions' White Paper is, therefore, fundamentally procedural, as it lays down certain guidelines in relation to how decisions are to be made. However, given the nature of the above mentioned documents, it is still not possible to state that the concept of

[85] In the *Sixth Periodic Report on the Social and Economic Situation and Development of the Regions of the EU*, published in 1999, the European Commission itself used for the first time the expression multilevel governance in an official document, where it argued that 'the delivery system developed for the structural funds is characterized by multi-level governance, i.e., the Commission, national governments, and regional and local governments are formally autonomous, but there is a high level of shared responsibility at each stage of the decision making process. The relationship between these is, accordingly, one of partnership and negotiation, rather than being a hierarchical one' (p. 143).

[86] Committee of the Regions, *White Paper on Multilevel Governance*, CdR 89/2009, pp. 17 ss., 18 June 2009.

ISSN 2036-7821

multilevel governance has become a legal concept[87]. Nonetheless, it is looking at EU secondary law that we can find the clear foundation of multilevel governance as a legal notion.

In particular, it cannot be considered a surprise that the main reference to multilevel governance can be found in Regulation (EU) No 1303/2013. This Regulation indicates multilevel governance as a legal principle that, along with subsidiarity and proportionality, must be respected by Member States when creating partnerships with subnational authorities and other economic and social actors for the implementation of cohesion policy.

Like in the Committee of the Regions' White Paper, also in Regulation (EU) No 1303/2013 multilevel governance emerges as a 'procedural' concept, and, more specifically, as a 'governance method' that requires the involvement of subnational authorities and coordinated actions between different levels of government.

Furthermore, Regulation (EU) No 1303/2013 also contains indications concerning the *ratio* of multilevel governance when it states that respect for the principles of partnership and multilevel governance is required «in order to facilitate achieving social, economic and territorial cohesion and delivery of the Union's priorities of smart, sustainable and inclusive growth».

However, Regulation (EU) No 1303/2013 also highlights that the ultimate purpose of a partnership in the context of the E.U. regional policy is «to ensure the ownership of planned interventions by stakeholders and build on the experience and the know-how of relevant actors»[88]. The expression 'ownership by stakeholders', indeed, also suggests that the participation of subnational authorities in the framework of cohesion policies could contribute to address the democratic deficit of the E.U. as a form of participatory democracy[89].

Focusing on what is more interesting to the scope of this research, the inclusion of multilevel governance as a key principle of Cohesion Policy sets aside any remaining doubt in relation to the nature of multilevel governance as a legal concept. More

[87] A step forward came once again from the Committee of the Regions in 2014 with the adoption of the Charter of Multilevel Governance. This was the first attempt to try to 'codify' a set of rules concerning multilevel governance. Particularly interesting are these words: «Against this background, the Committee of the Regions (CoR) wants to strengthen MLG in the different strategic priorities of the EU and in the different stages of the decision-making process at European level. MLG thus acquires a new quality: from analytical tool it becomes a principle and a programme for action. This demands very concretely the establishment of structured political processes for monitoring and analysing governance in the EU» (p. 2). The Charter too, however, is only a political document embodied in a resolution of the Committee of the Regions. As such, it does not have a legally binding effect.

[88] Point 11 of the Preamble of Regulation Regulation (EU) No 1303/2013.

[89] The notion of participatory democracy is used in the sense of every form of arrangement, apart from traditional representative and direct democracy, through which citizens are somehow enabled to express their influence in public life. On the concept of participatory democracy, see C. PATEMAN, *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970.

ISSN 2036-7821

specifically, multilevel governance emerges as a principle of procedural nature, which must be respected by the Member States in the field of Cohesion Policy, of which European Territorial Cooperation is an essential part.

However, given that constitutional arrangements vary asymmetrically across the E.U., it must also be underlined that the European Union's notion of 'multilevel governance' is necessarily minimal. It must be so especially because E.U. law can only require Member States to respect a certain 'method' or 'approach' when implementing E.U. policies, but it cannot impose a specific multilevel structure on them[90].

In other words, although the constitutive elements of the principle of multilevel governance are rooted in E.U. law by laying down a framework for regional and local authorities' participation in Cohesion Policy, this principle cannot oblige Member States to create certain participation channels for subnational authorities or to use those provided at the Union level. This means, ultimately, that the principle of multilevel governance can open doors and windows, but it is largely up to Member States and their regional and local authorities to seize the opportunity.

Therefore, the concrete declination of the principle of multilevel governance cannot be found only in the framework of E.U. law, as there are two parallel dimensions of it: one supranational (the E.U.) and one national (the Member States). This means that multilevel governance is an asymmetrical legal concept. There is a common basis for it in E.U. law, along with 27 different national declinations of it in accordance with every single national legal system.

About this domestic law dimension of the multilevel governance principle, in the context of this research we can only recall that all Member States have a constitutional framework that includes regional and/or local authorities and that their role has increasingly grown in many different ways over the last fifty years[91]. Therefore, the evolution and constant growth of European Territorial Cooperation tools and legal instrument cannot be disassociated from the increased power claims that regional and local authorities are making upon central governments in the national institutional context.

[90] It must be reminded, under this particular perspective, that art. 4, par. 2, TEU states that the «Union shall respect the equality of Member States before the Treaties as well as their national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government».

[91] As a matter of fact, the greater presence of regional and local authorities at the E.U. level is closely linked to the constitutional evolution that has taken place in many Member States since the beginning of the European Community project. Important examples of this wave of decentralization that occurred in almost all Member States between the 1970s and the early years of the new century transition are the Italian Regions becoming operational in 1970 and the Constitutional Reform of 2001, the full transformation of Belgium into a federal state in 1994, the progressive creation of a 'unitary decentralised state' in France since 1982, and the constitutional reforms in Germany in 1994 and 2006 aiming to strengthen the position of the German Lander.

ISSN 2036-7821

These two different driving forces of the multilevel governance principle, indeed, imply that while in the past the legal capacity of subnational authorities to perform crossborder cooperation or to set a crossborder cooperation body was dealt at the State level, by means of domestic provisions or international agreements the State decided to agree upon, today the regulatory framework of the E.U. on one side, and the increased role of regional and local authorities at the national level on the other, seem to undermine this finding. In particular, by seeking to learn from each other and to exploit complementary assets in pursuing their own development projects, regional and local authorities have come to contest the monopoly of the State in foreign relations and are given the chance to exercise their autonomy[92] - usually guaranteed at the Constitutional level - not only inside national borders, but also in their relations with foreign authorities.

6. A possible classification of European Territorial Cooperation tools and legal instruments

In the previous pages the analysis has been conducted with regards to the legal framework for the ESI Funds 2014-2020 programming period. As known, this legal framework has recently been substituted by a new set of Regulations which will state the rules for the 2021-2027 programming period. However, instead of analysing them in the first part of the research, the choice was to 'frame the picture' of European Territorial Cooperation to the ESI Funds programming period that has just come to an end, while the future perspectives of European Territorial Cooperation will be the object of the next paragraph.

Therefore, it is now time to try to formulate a possible classification of the tools and legal instruments analysed in the previous paragraphs. Indeed, although these are quite connected making the distinction between them blurred and not so immediate to understand, they still maintain their independency. A more careful investigation can also show how these tools and legal instruments may be complementary one to another, and when they are all put together, they seem to draw an overall framework of European Territorial Cooperation, each one of them providing its own contribution to the general picture.

[92] On the concept of public autonomy in the Italian legal tradition, see M.S. GIANNINI, *Autonomia pubblica (teoria generale e diritto pubblico)*, in *Enc. dir*, IV, Milan, 1959, pp. 356 ss., «Si è discusso se il tratto tipico dell'autonomia locale sia effettivamente la autonomia dell'indirizzo politico-amministrativo. […] Il potere di dare a se stessi un indirizzo è posseduto da ogni soggetto, sia esso pubblico o privato. […] Or questo potere, allorché il soggetto è un ente esponenziale di un ordinamento giuridico generale, cioè di una comunità comprendente persone di ogni età sesso religione categoria classe ecc., è, per definizione, potere d'indirizzo politico, perché la comunità non emette che delle manifestazioni politiche, nel senso rigorosamente scientifico del termine. Stato, regione, provincia e comune hanno tutti, pertanto, un potere di indirizzo politico. Ciò che varia è il contenuto del potere stesso: esso ha cioè elementi di composizione diversi in ragione della natura e delle funzioni della comunità e del suo ente esponenziale. […] Il potere d'indirizzo politico-amministrativo degli enti locali territoriali è inoltre delimitato dalle norme dello Stato. Talune materie sono ad esso sottratte senza riserva: i rapporti con altri ordinamenti originari» (p. 365).

ISSN 2036-7821

Following the order in which they have been presented and described in this research, the most important legal instrument with regards to European Territorial Cooperation can surely be identified in INTERREG programmes. As a matter of fact, the notions of European Territorial Cooperation and INTERREG programmes are usually used as synonyms.

More specifically, INTERREG programmes represent the official financial instrument related to the European Territorial Cooperation objective, providing a constant flow of funds for the implementation of cooperation programmes across national borders.

As the analysis has shown, there has been a constant evolution of these programmes which have been strengthened over the last decades to better pursue the objective of territorial cohesion, by this contributing to the European integration process. Apart from the growth of money destined to INTERREG programmes, which, however, remains rather limited in comparison to funds destined to the other objectives of Cohesion Policy, the 2014-2020 period must be considered a turning point because for the first time in E.U. history a specific Regulation was adopted on this subject.

Starting from this moment, the E.U. legislator has provided a clear set of rules specifically designed for INTERREG programmes, while still leaving a certain degree of autonomy to Member States in order to define the most suitable solution to implement them, especially from an institutional perspective. This autonomy, however, cannot exclude the participation of regional and local authorities both in the policymaking and in the implementation phases, as it must necessarily comply with the principles of partnership and multilevel governance.

From a general point of view, the evolution of the INTERREG legal rules may also have reached a point to where European Territorial Cooperation can be considered as an autonomous policy sector of the E.U., inserted in the context of Cohesion Policies, which finds its legal framework at the European level in the combination of Regulation (EU) No 1299/2013, specifically designed for European Territorial Cooperation, and Regulations (EU) No 1303/2013 and No 1301/2013, where applicable.

The clear definition of the legal framework that governs European Territorial Cooperation also implies that it has become increasingly important to understand what is part of it, and what, conversely, is not. This is proven by the analysis conducted with regards to another legal instrument related to European Territorial Cooperation: EGTCs.

As the investigation has shown, the original intention that led to the adoption of Regulation (EC) No 1082/2006 was to overcome problems faced by regional and local authorities of different Member States in implementing cooperation programmes financed by INTERREG. To reach this objective, the above mentioned Regulation provided a legal instrument for subnational authorities in order to establish a

ISSN 2036-7821

common legal body with foreign counterparts in order to manage cooperation programmes, regardless that such possibility was previously allowed according to their domestic legal orders.

As it has already been pointed out, however, one of the major amendments to Regulation (EC) No 1082/2006 was to allow national public authorities to become members of an EGTC, even without any form of participation by subnational authorities. If we add to this finding the facts that, on one hand, the same Regulation clearly sets that EGTCs can also be created to manage activities outside the framework of INTERREG programmes, and on the other hand, that there is no mandatory rule to establish a EGTC in the implementation phase of an INTERREG programme, the conclusion that can be reached is that European Groupings of Territorial Cooperation find their roots in European Territorial Cooperation, but are not necessarily a part of it.

From a legal point of view, the consequence is that EGTCs are subject to the ETC's legal framework only when these are created in order to manage INTERREG cooperation programmes, while in other cases the legal rules governing a EGTC must be recognised exclusively in Regulation (EC) No 1082/2006, which, as already pointed out, leaves great flexibility to the EGTC members as it is up to them the drafting of the convention and the statute.

From a more general perspective, instead, this same flexibility could also imply that EGTCs may be intended not only as a way to enhance cooperation between subnational authorities in the framework of European Territorial Cooperation, but as a possible tool for every form of administrative cooperation inside the E.U. territory when the creation of a transnational body with legal personality appears to be necessary, if not even merely convenient, in the concrete administrative task.

Finally, our focus must shift to macroregional strategies, which, as it has already been underlined, are not formally part of European Territorial Cooperation, nor more generally of Cohesion Policy. This is proven by the references contained in the same ESI Funds Regulations, where it clearly emerges that macroregional strategies are something external to it. External, however, does not mean that there are no connections between macroregional strategies and cohesion policies[93].

As a matter of fact, if it is true that macroregional strategies were imagined as a measure to create a mechanism for the comprehensive coordination of E.U. financial instruments in order to face common issues shared by more than one Member State (and third countries) in a defined geographical area, the circumstance that the majority of E.U. funding is provided within the Cohesion Policy framework should

[93] See DG Regio, *Study on Macroregional strategies and their links with Cohesion* Policy, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2018, Final report.

ISSN 2036-7821

imply that the concrete implementation of macroregional strategies should also comply with the multilevel governance principle.

This seems confirmed by the analysis of the macroregional strategies' governance structure, which seems to highlight that the main role of National Contact Points set at the ministerial level is not to manage the whole strategy, but to serve as facilitators able to create communication channels not only in a horizontal direction with their foreign counterparts, but also in a supranational (with the E.U. Commission) and in a subnational direction (with their regional and local authorities)[94].

In conclusion, it is possible to assume that in the future macroregional strategies could have the potential to constitute an intermediary level of governance between Member States and the E.U. with an active involvement of regional and local authorities in accordance to the multilevel governance principle. To reach this goal, however, macroregional strategies should embrace the entire E.U. territory, which, at the moment is only a remote possibility considering that after a first phase of what has been called a 'macroregional fever' that led to the approval of the first four strategies[95], no new strategy was adopted.

Building on these findings, it is now possible to state that from a legal point of view European Territorial Cooperation is a policy sector of the E.U. within the bigger framework of Cohesion Policy. It is financed by INTERREG funds and it is subject to a particular set of rules contained in a Fund specific Regulation, but also to general principles related to ESI funds such as the partnership and the multilevel governance principles.

As for the European Grouping of Territorial Cooperation, this is a legal tool which enables national, regional and local authorities of different Member States to create a transnational body with full legal personality that can be used as the managing authority of INTERREG programmes, as well as for other purposes of transnational relevance.

Finally, macroregional strategies can be intended as an intergovernmental agreement able to serve as a coordination tool in order to adopt an integrated approach to common issues of a defined geographical area and try enhance the effectiveness of programmes financed by ESI Funds as well as by other E.U. financial instruments. As the concrete experiences have shown, however, the intergovernmental character of macroregional strategies does not exclude an active participation of regional and

[94] See S. GÄNZLE, K. KERN, *Macro-regional Strategies: A New Mode of Differentiated integration in the European Union*, cit., where the authors argue that «Macro-regional strategies […] aim to improve horizontal and vertical coordination among the different countries, sub-national governments, and stakeholders in the macro-region. This opens new opportunities for the transnational cooperation of sub-national governments, but it also provides new options for stakeholder participation».

[95] Cfr. S. DUHR, *Baltic Sea, Danube and macro-regional strategies: a model for transnational cooperation in the EU?*, cit.

ISSN 2036-7821

local authorities not only in the implementation stage when E.U. funded projects are concretely realised, but also as first promoters of the strategy.

7. Future perspectives of European Territorial Cooperation in the 2021/2027 ESI Funds programming period

As recalled in the previous pages, starting from 2021 a new programming period of ESI Funds is going to begin. From a general point of view, the next programming period (2021-2027) will be characterized by the need to contrast the socio-economic impact of the coronavirus pandemic across the European Union. As a matter of fact, the European Commission's Spring 2020 Economic Forecast[96] pointed to a deep and uneven recession, noting the various uncertainties that surround both the estimates and future recovery of the European economy.

This exceptional situation led to a unified approach at the Union level, and to a major plan of investment which will be managed within the framework of Cohesion Policy in order to prevent further deterioration of the economy and boost a sustainable and resilient recovery of economic activities[97]. It is not possible in the context of this research to analyse all the concrete measures that the E.U. has adopted to face the new challenges connected this economic crisis. Briefly, according to the Next Generation EU plan, the main objective of the new ESI Funds programming period is to lead the E.U. to a green[98] and digital transition.

Looking at the legal framework of Cohesion Policy, as already happened for the 2014-2020 programming period, also for the 2021-2027 period there is a general Regulation that sets common rules for all ESI Funds (Regulation (UE) No 1060/2021), and Fund-specific Regulations that may establish specific rules to complement it[99].

For what is more interesting to our investigation, Regulation (UE) No 1060/2021 confirms the central role of the partnership and the multilevel governance principles

[96] See European Commission, *Economic Forecast Spring 2020*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, May 2020. According to this document, the E.U. economy was projected to contract by 7.5 % and 7.75 % in 2020, before partially rebounding the following year. The labour market was also expected to suffer, with the unemployment rate forecast to rise by 2.3 % in the E.U. territory by the end of the year. Setting numbers aside, it is undeniable that, although with a different impact throughout different countries, this major economic shock has hit all Member States.

[97] See *Council Regulation (EU) No 2094*/2020 of the 14th of December 2020, establishing a European Union Recovery Instrument to support the recovery in the aftermath of the COVID-19 crisis.

[98] The importance of tackling climate change in line with the Union's commitments to implement the Paris Agreement and the United Nations Sustainable Development Goals is proven by the circumstance that all the Funds should contribute to mainstreaming climate actions and to the achievement of an overall target of 30 % of the Union budget expenditure supporting climate objectives. In this context, the Funds should support activities that would respect the climate and environmental standards and priorities of the Union and would do no significant harm to environmental objectives within the meaning of Article 17 of Regulation (EU) No. 2020/852.

[99] See art. 1 of Regulation (UE) No 1060/2021, where it is specified that Fund-specific Regulations establish rules to complement the above mentioned Regulation and shall not be in contradiction with it. In case of doubts between Regulation (UE) No 1060/2021 and Fund-specific Regulations, the first one prevails.

ISSN 2036-7821

in the context of Cohesion Policy by stating that the «principle of partnership is a key feature in the implementation of the Funds, building on the multi-level governance approach and ensuring the involvement of regional, local, urban and other public authorities»[100].

The importance of the role of regional and local authorities is furtherly stressed in art. 8 of Regulation (UE) No 1060/2021, which declares that partnerships «shall operate in accordance with the multi-level governance principle and a bottom-up approach»[101].

Focusing the analysis on European Territorial Cooperation, Regulation (UE) No 1059/2021 seems to follow the same path of Regulation (EU) No 1299/2013, as it lays down specific provisions for Interreg programmes. This means that, as happened in the previous ESI Funds programming period, Regulation (EU) No 2021/1060 and Regulation (EU) No 2021/1058[102] apply to Interreg programmes, except where specifically provided for otherwise under those Regulations and in the ETC Regulation or where Regulation (EU) No 2021/1060 can only apply to the Investment for jobs and growth goal.

Although very similar in their main contents, the comparison between Regulation (UE) No 1059/2021 and his ancestor immediately points out that the new legislative act contains a much more detailed regulation than the previous one. As a matter of fact, the majority of the rules set in Regulation (EU) No 1299/2013 were confirmed in their general terms by the new Regulation, but were furtherly specified in order to solve uncertainties and misinterpretations occurred in the previous programming period. As a consequence, rather than analysing Regulation (UE) No 1059/2021 in every single part, it seems more useful to point out the novelties to the general European Territorial Cooperation legal framework that has already been described in the second paragraph of this research.

To this end, the first novelty to be mentioned concerns INTERREG strands, as Regulation (UE) No 1059/2021 has added to the original three strands (cross-border, transnational and interregional cooperation) a fourth one, named 'outermost regions

[100] Point 14 of the Preamble of Regulation (UE) No 1060/2021, which continues by stating that in «order to provide continuity in the organisation of partnership, the European code of conduct on partnership for Partnership Agreements and programmes supported by the European Structural and Investment Funds established by the Commission Delegated Regulation (EU) No 240/2014 […] should continue to apply to the Funds».

[101] It is worth to stress that the multilevel governance principle is recalled also in Point 4 of the Preamble of the ETC Regulation, which clarifies that in all the stages of INTERREG programmes «the principles of partnership and multi-level governance should be taken into account, while ensuring that the scale of partnership for a programme remains effective».

[102] Regulation (EU) No 2021/1058 sets specific rules for the European Regional Development Fund and on the Cohesion Fund.

ISSN 2036-7821

cooperation'[103]. Moreover, the 'cross-border cooperation' strand was organised in two different sub-strands: internal[104] and external cross-border cooperation.
As a matter of fact, the major innovation brought by Regulation (UE) No 1059/2021 was to provide a common set of rules to be applied to all INTERREG programmes no matter if the participating authorities belong to Member States, third countries[105], partner countries[106] and outermost regions (OCT), while specific rules for external and outermost regions' cooperation programmes are set in specific chapters of the same Regulation[107].
This intention is immediately reflected in the heading of Regulation (UE) No 1059/2021, which points out that, differently from the previous period, the rules concerning INTERREG programmes will not involve exclusively the European Regional and Development Fund, but will also concern the instrument for Pre-Accession Assistance (IPA III), the Neighbourhood, Development and International Cooperation Instrument (NDICI) and the funding for all the outermost regions for the 2021-2027 programming period established as a programme by Decision 2013/755/EU (jointly referred to as the external financing instruments of the Union)[108].
However, the fact that internal and external cooperation find a common basis of rules in Regulation (UE) No 1059/2021 does not mean that there are no differences among them. Indeed, while cooperation between authorities of Member States can be performed directly after the approval procedures set in the first section of Chapter III, in order to implement a cooperation programme which sees the involvement of a third country, a partner country or an outermost region, a financing agreement must be previously concluded between the Commission and each participating third

[103] See art. 3 of Regulation (UE) No 1059/2021.
[104] Internal cross-border cooperation can be performed between adjacent border regions of two or more Member States or between adjacent border regions of at least one Member State and one or more of the third countries referred to in art. 4, par. 2 of Regulation (UE) No 1059/2021 (regions of Norway, Switzerland and the United Kingdom, as well as Andorra, Liechtenstein, Monaco and San Marino.
[105] According to art. 2 of Regulation (UE) No 1059/2021 «'third country' means a country which is not a Member State and does not receive support from the Interreg funds or which contributes to the general budget of the Union ('Union budget') by external assigned revenue»
[106] According to art. 2 of Regulation (UE) No 1059/2021,«'partner country' means an IPA III beneficiary or a country or territory covered, for Interreg A and B programmes, by the Neighbourhood area listed in Annex I to Regulation (EU) 2021/947 or the Russian Federation, or for Interreg C and D programmes, a country or territory covered by any geographic area under NDICI, and which receives support from the external financing instruments of the Union»
[107] Respectively Chapters VIII and IX of Regulation (UE) No 1059/2021.
[108] Although these financing instruments find their rules in other legal sources, Regulation (UE) No 1059/2021 sets out additional specific objectives as well as the integration of these funds into Interreg programmes, the criteria for third countries, partner countries and OCTs and their regions to be eligible and certain specific implementation rules.

ISSN 2036-7821

country, partner country or outermost region[109] in accordance with art. 112, par. 4, of the Financial Regulation[110].

Moreover, the distinction is furtherly emphasised by art. 10, which sets specific cross-fund provisions for external cooperation when cooperation programmes are funded from both the ERDF and external financial instruments, and by art. 12, which provides a mechanism to recover funds destinated to external cooperation whether the approval procedures' deadlines or the financial agreements signed in accordance to art. 59 of Regulation (UE) No 1059/2021 are not respected. In these cases, it is set that the ERDF contribution to that programme will be redistributed to internal cooperation programmes of the involved Member States.

Another important novelty brought by Regulation (UE) No 1059/2021, which seems to enhance the multilevel governance principle in the context of European Territorial Cooperation, is the one regarding the monitoring activity of the adopted INTERREG programmes. While in the past ESI Funds programming period this task was performed by the Commission[111], the new Regulation provides that, in agreement with the managing authority, Member States and, where applicable, third countries, partner countries and outermost regions participating in that programme must set up a committee to monitor the implementation of the respective Interreg programme within three months from its approval. It is also explicitly set that the composition of the monitoring committee must ensure a balanced representation of the relevant authorities, including intermediate bodies, bodies jointly set up in the whole programme area or covering a part thereof (including EGTCs), and representatives of the programme partners referred to in Article 8 of Regulation (EU) No 2021/1060 (which includes regional and local authorities).

Looking at EGTCs, Regulation (UE) No 1059/2021 continues to stress the importance of this legal tool in the context of European Territorial Cooperation, endorsing the possibility to assign to an EGTC the role of managing authority[112]. However, the new Regulation provides more flexibility to Member States and their regional and local authorities, as the references to EGTCs is always[113] complemented by the possibility to use also other crossborder legal bodies as defined in art. 2[114].

Finally, Regulation (EU) No 1059/2021 has added two Interreg-specific objectives compared to the ones of the previous Regulation: an objective to address cooperation issues on safety, security, border crossing management and migration; and a second

[109] See art. 59 of Regulation (UE) No 1059/2021.
[110] Regulation (EU, Euratom) No 1046/2018.
[111] See art. 14 of Regulation (EU) No 1299/2013.
[112] See Point 30 of the Preamble of Regulation (UE) No 1059/2021.
[113] See Point 30 of the Preamble and artt. 20, 23, 25 and 29 of Regulation (UE) No 1059/2021.
[114] Art. 2 of Regulation (UE) No 1059/2021 defines a 'cross-border legal body' as a «legal body established pursuant to the law of one of the participating countries in an Interreg programme provided that it is set up by territorial authorities or other bodies from at least two participating countries».

ISSN 2036-7821

objective to support the strengthening of institutional capacity, to enhance legal and administrative cooperation, and to intensify cooperation between citizens and institutions and the development and coordination of macroregional and sea-basin strategies.

In this sense, it is particularly interesting the possible action to support this last INTERREG specific objective of a better governance set in art. 14, par. 4, letter b), which can be directed at enhancing the efficiency of public administrations by promoting legal and administrative cooperation and cooperation between citizens, civil society actors and institutions, in particular with a view of resolving legal and other obstacles in border regions.

If considered alone, the above mentioned provision does not seem to add much to the legal framework of European Territorial Cooperation. If linked to the negotiation process that led to the adoption of the ESI Funds Regulations for the 2021-2027 programming period, instead, this provision can open a completely new perspective not only in the context of European Territorial Cooperation, but possibly to the whole European integration process.

In this sense, it must be reminded that in 2017 the European Commission published a Communication with regards to border regions[115] which highlighted that one of the major problems in performing cross-border activities was that while legal and administrative obstacles were mainly faced at a local level, possible solutions could only be developed at higher governmental tiers. As a consequence, the need to overcome these issues had to be faced by taking measures able to involve all layers of government and public administrations.

This understanding led the European Commission[116] to propose the adoption of a new Regulation in order to create a general mechanism to solve legal and administrative obstacles in cross-border regions as part of the Cohesion Policy legislative package[117].

Briefly, the intention of this legal tool, also known as the European Cross-border Mechanism (ECBM), was to allow one Member State to apply their domestic

[115] See EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament Boosting growth and cohesion in EU border regions*, COM (2017) 534 final.

[116] It was the Luxembourg Presidency of the European Council in 2015 that paved the way for the creation of the European Cross-border Mechanism by setting up a Working Group. This working Group recognised «the value and necessity of thoroughly exploring a specific tool for the attribution and application of specific provisions for the improvement of cross-border cooperation and recommended a follow-up by the incoming Presidency Trio to further explore the existing opportunities for the efficient cooperation in border areas in Europe and to further analyse the necessity for developing adequate and complementary tools together with the European Commission, to be considered separate-ly or in the framework of the preparation of the legislative package for Cohesion policy post-2020». See *Presidency Conclusions of the Luxembourg Presidency of the Council of the European Union on the occasion of the Informal Ministerial Meetings on Territorial Cohesion and Urban Policy*, Luxembourg, November 2015.

[117] See EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a mechanism to resolve legal and administrative obstacles in a cross-border context*, COM (2018) 373 final.

ISSN 2036-7821

provisions in another Member State for a concretely defined case in the context of a joint project (which could be an item of infrastructure or any service of general economic interest).

In particular, the proposal differentiates between two different mechanisms: the European Cross-border Commitment, which was meant to be self-executive, and the European Cross-border Statement, which instead required a legislative procedure in the involved Member States.

More specifically, the Cross-border Commitment would allow competent authorities to sign an agreement, which by force of its conclusion would permit one Member State to 'pull over the border' legal provisions from another neighbouring State derogating from its 'normally' applicable national rules, while the Cross-Border Statement would need a further legislative procedure at the national level, committing one Member State to derogate from the 'normally' applicable national rules by means of a formal legislative act.

In other words, in case of the self-executing Commitment, the 'normally' applicable national rules would remain, but the Commitment would create a derogation; in case of the Statement, instead, the 'normally' applicable national rules would be formally amended to allow for an explicit derogation.

To comply with the subsidiarity principle, however, the proposition also stated that these mechanisms would have been adopted only on a voluntary basis, as Member States could also continue to use other effective mechanisms to resolve legal obstacles[118]. Nevertheless, according to art. 5 of the proposed Regulation, whether a Member State decided to use the above mentioned mechanisms, they would have been obliged to establish a national and, in the case of Member States with regional authorities with legislative powers, also a regional Cross-border Coordination Point.

Looking at the procedure for the conclusion of a Commitment or a Statement, this would have begun with the preparation and submission of the initiative document. According to the bottom-up approach inspiring this new legal tool, the proposed Regulation established who could be the initiator, referring to public or private bodies responsible for initiating or both initiating and implementing a joint project, one or more local or regional authorities located in a given cross-border region or exercising public powers in that cross-border region, a body with or without legal personality set up for cross-border cooperation located in or covering at least partially a given cross-border region, including EGTCs, Euroregions, and similar bodies, or finally an organisation set up on behalf of cross-border regions with the aim of promoting the interests of cross-border territories and of facilitating the

[118] See art. 4 of the proposed Regulation.

ISSN 2036-7821

networking of players and the sharing of experiences (such as the Association of European Border Regions)[119].

In particular, the initiative document would have to include a description of the joint project and of its context; the corresponding legal obstacle in the committing Member State as well as of the rationale for resolving the legal obstacle; a list of the specific legal provisions of the transferring Member State resolving the legal obstacle or, where no appropriate legal provision exists, a proposal for an ad hoc legal resolution; a justification for the area of application; the foreseeable duration or, where duly justified, its unlimited duration; a list of the competent committing and transferring authority or authorities. It is also specifically set that the derogation from the 'normally' applicable domestic law would have to be limited to the strict minimum with regards to both the territory it would have covered and its duration.

After the initiative would have been presented, the key actors in the Member States requested to conclude a Commitment or Statement were to be the respective national and/or regional Cross-border Coordination Points competent to set appropriate connections with all the competent authorities in the Member State and with their counterparts in the neighbouring Member State. In particular, within a three months deadline, the Cross-border Coordination Point would have had to react and decide whether to launch a procedure leading to the conclusion of a Commitment or a Statement, or if a resolution to the legal obstacles submitted by the initiator could be found within the existing legal framework.

According to the proposed Regulation, when the initiative document would have been considered complete, the Cross-border Coordination Point would have had to prepare a draft Commitment or Statement and reach an agreement on the text with the transferring Member State. Afterwards, the signed Commitment or Statement would have had to be transmitted not only to the initiator, but also to the Cross-border Coordination Point of the neighboring Member State, the competent authority of its own Member State, the EU coordination point and the authority or body designated by the committing Member State for its official publication.

Given their different nature, specific rules were set for the implementation phase of the Cross-border Commitment and the Cross-border Statement.

In particular, the proposed Regulation stated that the Commitment would have been implemented either by amending existing administrative acts based on the 'normally' applicable law or by adopting new administrative acts based on the law 'pulled over the border'[120]. Whether more than one public authority would have been competent for different aspects of a complex legal obstacle, the Commitment should also be accompanied by a timetable for each of them. However, in full respect of the

[119] See art. 8 of the proposed Regulation.
[120] See art. 18 of the proposed Regulation.

ISSN 2036-7821

subsidiarity principle, it was also clearly set that the adoption and transmission of the amended or of the new administrative acts would have been governed by the national law on administrative procedures.
With regards to the Cross-Border Statement, instead, it was provided that this would have been implemented by one or more submissions of proposals to the competent legislative body in order to amend the national law to cover the necessary derogations[121].
As a result of these procedures, the law of the neighbouring Member State could have been applied in the committing Member State as incorporated into its own legislation.
As the analysis shows, the proposed Regulation was very ambitious, if not even revolutionary, in its contents. For what is more interesting to the scope of this research, its approval could have had furtherly enhanced the role of regional and local authorities in a classical bottom-up approach, enabling them to solve legal and administrative problems in implementing European Territorial Cooperation programmes by creating a channel of communication with competent national authorities at the central, and where appropriate, also at a regional level.
However, during the negotiation process for the new Cohesion Policy legislative package, the choice was to put aside this new instrument. The reason for this choice can be found in two main causes.
The first one can be recognized in the COVID 19 pandemic, which forced both E.U. institutions and Member States to direct all their efforts in finding the appropriate measures to contrast the consequences of the economic crisis, setting aside other priorities[122].
The second one, instead, is specifically linked to the legal consequences of this new instrument, as considerable resistances were raised for its compliance with national constitutional frameworks as well as with E.U. law.
Looking at this last aspect, the most important issues that were highlighted regarded not only the choice of the Regulation as the most suitable legal source to introduce the new mechanism, but also its compliance with the subsidiarity and the proportionality principles[123].
While these issues are addressed by the proposed Regulation and appear to be solvable without too much concerns, it is truly its compliance with national

[121] See art. 19 of the proposed Regulation.
[122] See COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Presidency Report. Cohesion policy legislative package 2021-2027 – Overall state of play of negotiations*, Brussels, 19 June 2020, where it was stated that, «considering the fact that the ECBM Regulation is not linked to the MFF discussions, the file has so far received a lower level of priority».
[123] See SWEDISH PARLIAMENT, *Note to the President of the Council of the European Union on the subject: Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on a mechanism to resolve legal and administrative obstacles in a cross-border context [doc. 9555/18 - COM(2018) 373 final]- Reasoned opinion on the application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality*, 2018.

ISSN 2036-7821

constitutional frameworks that blocked the adoption of this new instrument. As a matter of fact, once approved, the core of the Regulation would have been to apply the rule of law from one Member State to another, which would have immediate implications for States' sovereignty. In this sense, although the proposal outlined that constitutional law was respected due to the Regulation voluntary character, the truth is that many questions arise.

The first one concerns the same voluntary character of the Regulation. It has been argued[124] that the proposed Regulation can be considered voluntary only with regards to which mechanism is chosen, but it is still obligatory in the sense that each Member State must necessarily decide which option to choose. Furthermore, the 'either…or' formulation[125] seems to exclude the development of new solutions in the sense of the possibility to choose to set up a mechanism that does not already exist. This interpretation is supported both by the explanatory memorandum, which indicates the option to continue to use the effective mechanisms already put in place, and by text of the proposed Regulation, which uses the formulation "existing mechanisms".

From a different point of view, according to the proposed Regulation, the concrete implementation of the European Cross Border Mechanism, especially in the case of the European Cross Border Statement, would necessarily require the initiation of the process described in the previous pages, by this enabling potential initiators, and particularly local authorities and private parties, to put a legislative procedure in motion without any formal attribution by domestic law.

Finally, other possible issues can be easily identified[126]: the first one regards the concrete implementation of the ECBM in federal/regional States where regional authorities have legislative powers. About this possibility, the proposed Regulation adopts a minimal approach, as art. 2, par.2 states that where «a Member State comprises several territorial entities with legislative powers, this Regulation shall also apply to those territorial entities including their respective authorities or legal provisions».

If this provision appears respectful of the internal partition of legislative powers between national and regional authorities, it must be also pointed out that the procedure that is imagined in the Regulation seems applicable only in cases of a rigid

[124] See F. SIELKER, *The European Commission's proposal for a cross-border mechanis, (ECBM): Potential implications and perspectives*, in *Journal of Property Planning and Enviromental Law*, III, 2018, pp. 219 ss.

[125] Article 4 establishes that a Member State «shall either choose the mechanism or choose to use existing ways to solve legal problems, or, with regard to a certain border, with one or more Member States, join an existing effective way set up formally or informally by one or more neighboring Member States».

[126] See F.E. GRISOSTOLO, *Verso una territorialità del diritto «a geometria variabile» in area europea? Osservazioni sul meccanismo per eliminare gli ostacoli giuridici e amministrativi in ambito transfrontaliero proposto dalla Commissione europea*, in *Federalismi*, XXVII, 2020.

ISSN 2036-7821

separation of competences[127], while the majority of federal and regional systems are often organised in the sense that those same legislative competences are shared between central and regional authorities.

Even more complex seems to be the eventuality that, once a Commitment or a Statement is concretely put in place, the rule of the transferring Member State which has been pulled over the border is modified in its own legal system. Since the proposed Regulation does not explore this eventuality, the alternative seems to be twofold: if the reference is intended to the legal source, its modified version would immediately apply also in the committing Member State; if the reference is made to the text of the law pulled over, instead, a new Commitment or Statement should be signed to allow the modified version of the foreign law to be applicable in the committing Member State[128].

Both these solutions, however, does not seem suitable if explored in their concrete consequences. The first one, indeed, would allow the transferring Member State to decide unilaterally on the rules to be applied in the committing one, by this trespassing the original intention of the Regulation with a clear invasion of the committing Member State's sovereignty; the second one, instead, would surely be respectful of that sovereignty, but would also imply that a new procedure must be put in place. In the meantime, however, the original law pulled over the border would be applicable in the committing Member State while its modified version would be applicable in the transferring Member State, by this creating a legal obstacle instead of solving it.

As proven by these brief considerations, times were not mature to formally adopt this new Regulation in the framework of the 2021-2027 legislative package. Probably, a deeper investigation from a comparative perspective, exploring the legal consequences that the new mechanism would produce in all Member States, could help to overcome many of the doubts and uncertainties highlighted in the previous pages.

Nevertheless, there is no doubt that only to imagine such a revolutionary legal instrument represents an absolute novelty in the context of European Territorial Cooperation. By proposing a mechanism activable only in presence of legal and administrative obstacles, the E.U. legal order is trying to build a new path in the European integration process able to strengthen legal and administrative

[127] See art. 10, par. 1 of the proposed Regulation.

[128] This alternative reflects the classical distinction between formal and material reference: the first one occurs when the reference is made to an external legal source, meaning that every modification of it is automatically incorporated in the law that operates that reference; the second one, instead, occurs when the reference is made not to the legal source, but to the text of the law. In this case, the provisions object of reference are 'incorporated' in the law and their future modification does not apply to the law that in which the reference is contained. On this distinction, see C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, CEDAM, Padova, 1969, p. 307.

ISSN 2036-7821

relationships between Member States at all administrative levels in the context of European Territorial Cooperation, while still being respectful of national constitutional frameworks. In this sense, what clearly emerges from the analysis of the proposed Regulation is that many of its rules must be complemented by national legislation, confirming our findings with regards to the double dimension of the multilevel governance principle: a minimal approach at the E.U. level which necessarily needs to be expanded by domestic provisions in order to be fully effective.

8. Conclusions

As we are arriving to the end of this research, some brief final considerations must be made with regards to the evolution and the future perspectives of European Territorial Cooperation.

As described in the previous pages, since the European Commission introduced in 1990 the INTEREG Community initiative programme, there has been a constant evolution of the E.U. legal framework which has led to the emergence of the concept of European Territorial Cooperation.

Thanks to this evolution, European Territorial Cooperation seems to have become an autonomous policy sector offering both financial programmes and legal instruments that directly address the goal of territorial cohesion supporting cooperation schemes across European borders, by this increasing the visibility of the E.U. and its funding mechanisms while engaging with great variety of partners at all administrative levels. In this sense, cooperation cannot be intended as an end to itself, but as something necessary to achieve the goals of the European project.

Through European Territorial Cooperation financial programmes and legal instruments, subnational authorities are now routinely involved in transboundary cooperation networks which provide channels for top-down, bottom-up, and horizontal learning. Essentially, European Territorial Cooperation does not represent a coercive policy. Instead, it encourages processes in which actors at all levels of government choose to engage.

This implies that these forms of cooperation, which make use of different governance models, can also be considered as laboratories of European integration as a whole, as cooperation requires stakeholders, and particularly regional and local authorities, to demonstrate inventiveness in establishing constructive relations with their foreign partners. As highlighted in the context of this research, European Territorial Cooperation finds its concrete declination in a set of extremely elaborate instruments of integration which transcend national borders and turn them into interfaces that link territories at scales and around issues that are both different and complementary.

ISSN 2036-7821

In particular, by encouraging partnership approaches, they make it possible to go beyond existing national frameworks while still according to them due respect. In this sense, it must be pointed out that differently from what has happened in the context of international law, which builds foreign activities of subnational authorities in terms of opposition and exclusion of national States[129], European Territorial Cooperation has always guaranteed a role to them. In particular, national States' involvement in the procedural framework for the enactment of ETC programmes and legal instruments can also be considered as a way to guarantee them a privileged position with regards to the external activities of their territorial communities, allowing them to maintain a supervision power in order to ensure that the general policy and the international relations of the State as a whole are not compromised.

As a consequence, the E.U. legal framework of European Territorial Cooperation must necessarily comply with national legal frameworks, which are characterised by a great variety of measures and forms since every Member State provides different limits to his territorial authorities competences.

In this sense, the analysis has highlighted that there is no single or obvious method of performing European Territorial Cooperation. As a matter of fact, its richness can be recognised in all the multiple approaches which differ from one region to another, as the involved actors must demonstrate the capacity of finding the best suitable solutions to respond to the continually evolving needs of the crossborder activity concretely put in place and to comply with national legal frameworks.

In other words, despite the existence of a general regulatory framework at the E.U. level, European Territorial Cooperation does not appear to be unique when concretely put in practice. Conversely, it seems to be marked by three characteristics: singularity, diversity and complexity.

Singularity implies that each crossborder region is unique in terms of its history and its distinctive geographical and political features. Therefore, there is not a single history of European Territorial Cooperation, but rather as many histories as there are border regions.

As a consequence, when concretely performed, European Territorial Cooperation is also marked by the diversity of stakeholders, forms and dynamics. In this sense, a specific system of stakeholders is involved in each region, steering the development of crossborder relations in its own distinctive way. In some cases, it is civil society that pushes for cooperation while in other case it is local or regional authorities who show initiative. Moreover, this specificity and diversity are reflected in the innumerable forms taken by cooperation (legal, political and institutional).

[129] See D. STRAZZARI, *Harmonizing Trends vs Domestic Regulatory Frameworks: Looking for the European Law on Cross-border Cooperation*, *cit.*.

ISSN 2036-7821

Finally, the complexity of European Territorial Cooperation stems from the first two characteristics: each cooperation programme seems to require an in-depth analysis to determine its situation and development and the diversity of its stakeholders and cooperation arrangements.

Despite these characteristics, there is no doubt that the evolution of European Territorial Cooperation programmes and legal instruments implies a new idea of territory[130]. This element, particularly at the current stage of the European integration process, can no longer be exclusively seen as a space delimited by national and/or administrative borders[131], as nowadays territories are partially redefined on the base of concrete objectives determined in previous political agreements between E.U. institutions, central governments, regional and local authorities.

Looking at the future of European Territorial Cooperation, instead, two final considerations can be made.

The first one regards its importance in the context of the European integration process, not only as a way to create communication channels able to link subnational authorities on different side of national borders, but also as a way to promote economic growth in the E.U. territory as a whole. In particular, as proven by the analysis conducted on behalf of the European Commission by the Politecnico of Milan in 2017[132], regulatory barriers, resulting from the fragmentation of the Single Market due to different national legal frameworks, continue to affect the markets for services and products between land border regions causing significant losses in both GDP and employment rates. The study highlights that, even if only the 20% of the existing obstacles were removed, border regions would increase their GDP by 2%.

This means that, although discussions concerning the European Crossborder Mechanism were put aside to prioritise the adoption of financial instruments to respond to the economic losses caused by the Covid-19 pandemic, it is highly probable that negotiations will start again once the overall economic situation will be restored. About this eventuality, it is worth to stress that, since the ECBM does not directly affect the consistency nor the management of any specific E.U. fund, it is also possible that discussions will continue before the expiring of the 2021-2027 ESI Funds programming period.

---

[130] On the evolution of the concept of territory, especially from a geopolitical perspective, see J. AGNEW, *The territorial trap: The geographical assumptions of international relations Theory*, in *Review of International Political Economy*, I, 1994, pp. 53 ss.; N. BRENNER, *Beyond state-centrism? Space, territoriality, and geographical scale in globalization studies*, in *Theory and Society*, I, 1999, pp. 39 ss.; S. ELDEN, *Missing the point: Globalization, deterritorialization and the space of the world*, in *Transactions of the Institute of British Geographers*, I, 2005, pp. 8 ss..

[131] See J. JACOBS, K. VAN ASSCHE, *Understanding empirical boundaries: A systems-theoretical avenue in border studies*, in *Geopolitics*, I, 2014, pp. 182 ss.

[132] See EUROPEAN COMMISSION, *Quantification of the effects of legal and administrative border obstacles in land border regions*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2017.

ISSN 2036-7821

The second consideration, instead, is more general and looks at the overall objectives European Territorial Cooperation. As highlighted in the context of this research, European Territorial Cooperation appears to have a double dimension: an internal one, which takes place only between Member States, and an external one, which sees the participation of countries which are not part of the Union.

While the internal dimension focuses mainly on the development of the E.U. integration process by bringing together territories and citizens on different sides of national borders, the external one has a different objective, which is to pave the way for further adhesions of new countries to the European Union. In this sense, encouraging the participation of third countries to INTERREG programmes is also seen as a way to help them familiarise with E.U. procedures concerning ESI Funds, giving them a taste of what would happen in case of a future formal participation to the E.U.

Although this objective can be considered as important as the first one, it must also be pointed out that regulating internal and external cooperation in the context of a unique policy sector such as European Territorial Cooperation could also slow down the development of the first dimension.

This could happen because, if the regulatory framework would be narrowed only to the internal dimension of European Territorial Cooperation, it would be possible to consider cooperation between subnational authorities pertaining to different Member States almost as an internal form of cooperation within the E.U. territory. Consequently, European Territorial Cooperation would become a notion entirely rooted in the E.U. legal framework, while external cooperation could as well gain its autonomy by receiving a dedicated regulation which could help to address the specific issues due to the different relation between the E.U. and the third country domestic legal orders.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Intelligenza artificiale nell'ambito del sistema sanitario. Implicazioni in termini di privacy alla luce del nuovo GDPR

di Karidia Karaboue

(Avvocato)

Sommario

1. Introduzione – 2. Opportunità per i sistemi sanitari e crescente necessità di accesso ai dati – 3. Implicazioni in termini di privacy e protezione dei dati personali – 4. Spunti dal GDPR per migliorare la privacy e la protezione dei dati personali – 4.1. Diritto alla portabilità dei dati e diritto all'oblio – 5. Rafforzare gli obblighi: verso una maggiore responsabilità degli attori dei dati – 6. Riflessioni conclusive.

Abstract

The complexity and increase of data in health care means that the application of artificial intelligence (AI) will be increasing in the future. The main categories of applications, in particular, include diagnosis and treatment recommendations, patient engagement and adherence, and administrative activities. This paper, after analyzing the impact of Artificial Intelligence systems in the healthcare sector, looks at the privacy implications in light of the new European Union General Data Protection Regulation (GDPR).

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

Sebbene l'intelligenza artificiale (IA) sia considerata un'innovazione contemporanea, in realtà il suo sviluppo si protrae da oltre mezzo secolo. La ricerca in tale settore, infatti, è iniziata negli anni Cinquanta, quando Alan Turing ha teorizzato la possibilità, per le macchine, di pensare come gli esseri umani[1].

Successivamente, risale al 1959 il primo caso di "apprendimento automatico", in cui gli scienziati hanno creato un programma in grado di risolvere enigmi in maniera autonoma[2].

Con particolare riferimento al settore sanitario, il potenziale dell'intelligenza artificiale per promuovere una migliore assistenza è al centro dei moderni dibattiti sulle politiche sanitarie[3].

Lo scenario delle possibili applicazioni, infatti, è sterminato. L'utilizzo delle nuove tecnologie digitali e di intelligenza artificiale riguarderebbe, *prima facie*, l'impiego di algoritmi per migliorare la raccolta, conservazione e trattamento dei dati personali relativi alla salute degli individui, informazioni che permetterebbero di studiare le caratteristiche fisiche e genetiche di ciascun paziente, al fine di implementare la prevenzione delle malattie, l'elaborazione di diagnosi o la realizzazione di un trattamento e un'assistenza personalizzata[4].

In tale ambito, comunque, le tecnologie di IA richiedono una serie di dati, soprattutto personali, per funzionare in maniera corretta: nello specifico, si tratta di informazioni relative alla salute del paziente[5].

Ciò posto, la promozione di sistemi intelligenti e l'opportunità di coglierne i vantaggi per il sistema sanitario dipendono, in gran parte, dalla possibilità per i pazienti

---

[1] In proposito, si veda A.M. TURING, *Computing Machinery and Intelligence*, MIND, 1950. Per quel che concerne il profilo definitorio, sebbene vi siano numerose definizioni di IA, è possibile asserire che si tratta di «una scienza e un insieme di tecniche computazionali che vengono ispirate – pur operando tipicamente in maniera diversa – dal modo in cui gli esseri umani utilizzano il proprio sistema nervoso e il proprio corpo per sentire, imparare, ragionare e agire». AA. VV., *Artificial Intelligence and life in 2030, One hundred year study on Artificial Intelligence*, Stanford University Press, 2016.

[2] N. CRISTIANINI, *Intelligence Reinvented*, NEWSCIENTIST, 2016, p. 41 ss; R. PARLOFF, *The Deep-Learning Revolution*, FORTUNE, 2016, p. 106 ss.

[3] Per un approfondimento sul punto, A. HOLZINGER, *Trends in Interactive Knowledge Discovery for Personalized Medicine: Cognitive Science meets Machine Learning*, IEEE Intelligent Informatics Bulletin, 2014, p.14 ss.

[4] E. FERIOLI, *L'intelligenza artificiale nei servizi sociali e sanitari: una nuova sfida al ruolo delle istituzioni pubbliche nel welfare italiano?*, BIOLAW J., 2019, p. 164. L'autore afferma come vi siano «già oggi sistemi sperimentali che consentono di 'categorizzare e analizzare le informazioni trasmesse dai pazienti ai medici in linguaggio naturale e tracciare così delle dinamiche inedite grazie a meccanismi di machine reading, per cogliere sul nascere eventuali casi epidemici'». *Ibid*. In tema di diagnosi, si veda anche J. BUSH, *How AI is taking the scut work out of health care*, HARV. BUS. REV., 2018.

[5] R. MIOTTO *et al.*, *Deep Learning for Healthcare: Review, Opportunities and Challenges*, BRIEF BIOINFORM., 2018, p. 1246.

ISSN 2036-7821

gestire meglio i propri dati sensibili, grazie a un più facile accesso alle informazioni sulla propria salute[6].
Pertanto, in siffatto scenario, garantire la protezione della privacy appare essenziale, soprattutto se si considera che i pazienti spesso mostrano notevoli preoccupazioni riguardo alla condivisione dei propri dati nel contesto medico e clinico[7].
Con l'adozione del nuovo Regolamento generale sulla protezione dei dati (*General Data Protection Regulation* – GDPR)[8], l'Unione europea (UE), per prima, ha tentato di regolamentare l'IA attraverso la normativa sulla protezione dei dati[9].

2. Opportunità per i sistemi sanitari e crescente necessità di accesso ai dati
In numerosi sistemi sanitari, l'IA è già stata impiegata con successo, principalmente sotto forma di tecnologie basate sull'apprendimento automatico e sul *deep learning*[10].
In entrambi i casi, una certa quantità di dati (l'*input*) viene fornita al sistema per essere elaborata (attraverso uno o più algoritmi), al fine di fornire un *output*[11].
Le differenze tra apprendimento automatico e *deep learning* riguardano il tipo e la quantità di dati che possono essere elaborati dal sistema e il modo in cui vengono generati gli algoritmi. Il *deep learning* descrive una forma più complicata di apprendimento, noto come rete neurale artificiale[12].
La principale evoluzione apportata dal passaggio dall'apprendimento automatico al *deep learning* è che, mentre nel primo caso sono richiesti algoritmi supervisionati

[6] M.B. FORCIER *et al.*, *Integrating artificial intelligence into health care through data access: can the GDPR act as a beacon for policymakers?*, J. LAW BIOSCI., 2019, pp. 317-318. Sul medesimo punto, anche E. FERIOLI, *L'intelligenza artificiale nei servizi sociali e sanitari: una nuova sfida al ruolo delle istituzioni pubbliche nel welfare italiano?*, cit., 167.

[7] *Ibid*.

[8] 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 circo-lazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE.

[9] M.B. FORCIER *et al.*, *Integrating artificial intelligence into health care through data access: can the GDPR act as a beacon for policymakers?*, cit., p. 318.

[10] F. JIANG *et al.*, *Artificial Intelligence in Healthcare: Past, Present and Future*, STROKEVASC. NEUROL., 2017, p. 243 ss. In particolare, «[g]li algoritmi e gli insiemi di dati sono alla base dei metodi di apprendimento automatico, o di machine learning, e in questo ambito, possono essere sostanzialmente suddivisi in due diverse tipologie, che sono legate all'intervento dell'operatore umano. Gli algoritmi supervised sono 'annotati' dagli operatori umani o dalle macchine già addestrate che, supervisionando l'apprendimento, permettono la classificazione dei dati. Anche in questo caso il fattore umano entra in causa nella supervisione fornendo una interpretazione che può essere anche culturale e quindi con bias, nei dati o nelle regole dell'algoritmo di addestramento, che influenzano l'output finale». M.C. CARROZZA *et al.*, *AI: profili tecnologici Automazione e Autonomia: dalla definizione alle possibili applicazioni dell'Intelligenza Artificiale*, 2019, p. 8.

[11] M.B. FORCIER *et al.*, *Integrating artificial intelligence into health care through data access: can the GDPR act as a beacon for policymakers?*, cit., pp. 318-319. L'apprendimento automatico è più specificamente utilizzato per l'individuazione automatica di modelli in grandi quantità di dati, sulla base di deduzioni logiche.

[12] F. JIANG *et al.*, *Artificial Intelligence in Healthcare: Past, Present and Future*, cit., p. 243 ss. Inoltre, il *deep learning* può elaborare grandi quantità di dati grezzi e complessi, mentre l'apprendimento automatico è limitato a una quantità minore di informazioni che devono essere tradotte in un linguaggio che la macchina è in grado di comprendere (*i.e.* "dati strutturati").

ISSN 2036-7821

"costruiti dall'uomo", il processo utilizzato nel *deep learning* per ottenere l'output è generato dal sistema stesso. L'elevato livello di complessità del processo, tuttavia, rende i sistemi di *deep learning* piuttosto "opachi"[13]. Ciò, in particolare, in conseguenza del fatto che, allo stato attuale risulta ancora quasi impossibile capire come sia stato prodotto esattamente questo risultato, e ancor meno controllarlo[14].

In alcuni casi, i dati possono diventare parte dell'algoritmo stesso. Parte della dottrina fa riferimento a questa mancanza di trasparenza nel *deep learning* come a un fenomeno di "*black box*"[15], particolarmente problematico quando si tratta di dati sensibili dei pazienti[16].

Poste le doverose premesse, la ricerca sull'IA applicata al settore sanitario è un campo in rapida crescita[17].

Stante l'attuale sviluppo tecnologico, l'IA nel settore sanitario è, generalmente, concentrata in tre aree: (i) oncologia, (ii) neurologia e (iii) cardiologia[18].

Si tratta di aree della medicina in cui la diagnosi precoce è fondamentale[19]. In tal senso, i sistemi di IA stanno già fornendo supporto ai medici nel processo decisionale, fornendo loro informazioni pertinenti e aggiornate per la diagnosi e i trattamenti[20].

---

[13] T. DAVENPORT & L. KALAKOTA, *The potential for artificial intelligence in healthcare*, FUTURE HEALTHC. J., 2019, pp. 94-95.

[14] W. KNIGHT, *The Dark Secret at The Heart of AI*, MIT Technology Review, 2017. https://www.technologyreview.com/s/604087/the-dark-secret-at-the-heart-of-ai. (ultima consultazione 03/12/2022).

[15] Sul punto, *ex multis*, R.A. FORD & W. NICHOLSON PRICE, *Privacy and Accountability in Black-Box Medicine*, MICH. TECH. L. REV., 2016, p. 1 ss; W. NICHOLSON PRICE, *Regulating Black-Box Medicine*, MICH. L. REV., 2017, p. 421 ss; F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, 2015; T. SIMONITE, *AI Experts Want to End "Black Box" Algorithms in Government*, WIRED, 2017. https://www.wired.com/story/ai-experts-want-to-end-black-box-algorithms-in-government. (ultima consultazione 04/12/2022).

[16] M.B. FORCIER *et al.*, *Integrating artificial intelligence into health care through data access: can the GDPR act as a beacon for policymakers?*, cit., p. 319.

[17] D. FAGGELLA, *The State of AI Applications in Healthcare – An Overview of Trends*, EMERJ, 2018. https://emerj.com/ai-sector-overviews/state-ai-applications-healthcare-overview-trends. (ultima consultazione 04/12/2022).

[18] P.J. LISBOA & A.F.G. TAKTAK, *The Use of Artificial Neural Networks in Decision Support in Cancer: A Systematic Review*, NEURAL NETW., 2006, p. 415 ss. *Deep learning*, in particolare, «is increasingly being applied to radiomics, or the detection of clinically relevant features in imaging data beyond what can be perceived by the human eye». T. DAVENPORT & L. KALAKOTA, *The potential for artificial intelligence in healthcare*, cit., p. 95. Sul medesimo punto, anche A. VIAL, D. STIRLING, M. FIELD *et al.*, *The role of deep learning and - radiomic feature extraction in cancer -specific predictive modelling: a review*, TRANSL. CANCER RES., 2018, p. 803 ss.

[19] F. JIANG *et al.*, *Artificial Intelligence in Healthcare: Past, Present and Future*, cit., p. 245.

[20] V.J. MAR & H.P. SOYER, *Artificial Intelligence for Melanoma Diagnosis: How Can We Deliver on the Promise?*, ANN. ONCOL., 2018, p. 1628. A tal proposito, l'uso dell'IA, combinato con la diagnostica per immagini, ha dimostrato un grande potenziale nel supportare la rapida identificazione della presenza o dell'assenza di alcuni tipi di cancro, a volte con una maggiore accuratezza rispetto agli specialisti.

ISSN 2036-7821

A ogni modo, comunque, l'intelligenza artificiale in tale contesto non si limita alla mera assistenza clinica o al processo decisionale. Individuando automaticamente le somiglianze tra le cartelle cliniche dei pazienti, i sistemi di IA possono aiutare i ricercatori a identificare rapidamente la coorte di pazienti ottimale per uno specifico studio clinico[21].

3. Implicazioni in termini di privacy e protezione dei dati personali

Le sfide senza precedenti che il diritto alla privacy si trova ad affrontare con lo sviluppo di Internet e dell'intelligenza artificiale erano imprevedibili al momento dell'elaborazione delle moderne leggi sulla privacy[22].

Sebbene a volte siano riluttanti a consentire l'accesso ai dati per la ricerca sanitaria, la maggior parte degli attori in causa condivide regolarmente i dati personali attraverso dispositivi portatili e siti web di test genetici[23].

Gli usi (e gli abusi) secondari dei dati sono un problema che i legislatori europei hanno voluto affrontare quando hanno adottato il GDPR.

Nello specifico, il nuovo GDPR e conseguentemente, il d.lgs del 10 agosto 2018, n.101, assicurano un'applicazione ed una protezione dei dati personali omogenea su tutto il territorio dell'Unione europea, garantendo in tal modo una migliore protezione di un diritto fondamentale non solo per i cittadini europei, bensì per tutti gli individui che si trovano sul territorio dell'Unione[24].

Applicato al settore medico, il GDPR ha un duplice scopo. Da un lato, mira a prevenire rigorosamente gli usi secondari e non autorizzati dei dati personali (sia da parte del settore privato che di quello pubblico). Dall'altro lato, mira a semplificare l'accesso ai dati personali, sempre più necessario per lo sviluppo della ricerca, pur tenendo conto dell'importanza della privacy. A tal fine, il GDPR prevede una riduzione degli obblighi in termini di formalità amministrative prima di accedere e utilizzare i dati sanitari.

Laddove la Direttiva prevedeva pesanti formalità di dichiarazione alle autorità nazionali, il GDPR mira a responsabilizzare maggiormente gli attori dei dati piuttosto che a limitare la loro capacità di avviare la ricerca[25].

---

[21] In merito, si approfondisca con C. CASTANEDA *et al.*, *Clinical Decision Support Systems for Improving Diagnostic Accuracy and Achieving Precision Medicine*, J. CLIN. BIOINFORMA., 2015, p. 4 ss; Z. OBERMEYER & E. J. EMANUEL, *Predicting the Future – Big Data, Machine Learning, and Clinical Medicine*, N. ENG. J. MED., 2016, p. 1219 ss.

[22] Sul punto, in particolare, si rimanda a O. DIGGELMANN & M. NICOLE CLEIS, *How the Right to Privacy Became a Human Right*, HUM. RIGHTS LAW REV., 2014, p. 442.

[23] S. ARMSTRONG, *What Happens to Data Gathered by Health and Wellness Apps?*, BMJ, 2016, pp. 353-354.

[24] Per un'analisi approfondita si rimanda a L. CALIFANO & C. COLAPIETRO, *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017.

[25] M.B. FORCIER *et al.*, *Integrating artificial intelligence into health care through data access: can the GDPR act as a beacon for policymakers?*, cit., pp. 321-322. Con riferimento all'ambito sanitario, il GDPR ricompresi nei dati relativi alla salute «tutti gli aspetti che riguardano la salute fisica o mentale di una persona, compresa la prestazione dei servizi di assistenza sanitaria in quanto capaci di rivelare informazioni relative allo stato di salute. Esse

ISSN 2036-7821

I dati medici, in particolare, sono classificati come "dati sensibili". Questi dati sono protetti da un quadro specifico che ne vieta il trattamento (art. 9 del GDPR). Sono tuttavia previste eccezioni sostanziali per facilitare l'accesso ai dati rilevanti, pur riconoscendone la percettibilità.

Anche se, in taluni casi, negli ordinamenti giuridici vengono presentati come diritti separati, il diritto alla protezione dei dati è una componente essenziale del diritto alla privacy. Di conseguenza, se non è possibile garantire la protezione dei dati, è altrettanto impossibile assicurare il rispetto della privacy[26].

In generale, i dati personali sono dati che consentono l'identificazione diretta o indiretta (ad esempio attraverso la triangolazione) di una persona interessata[27].

I dati relativi alla salute, i dati genetici e i dati biometrici, in particolare, sono considerati altamente sensibili. A tali dati il GDPR assegna un quadro più protettivo rispetto a quello applicabile ad altri tipi di dati personali[28].

Il GDPR, in tal senso, vieta il trattamento di tutti i dati sensibili; tuttavia, l'articolo 9, paragrafo 2, prevede un elenco sostanziale di eccezioni a questo principio generale di divieto. La prima di queste si applica nel caso in cui «l'interessato abbia prestato esplicito consenso al trattamento di tali dati personali per una o più finalità specifiche»[29].

È interessante notare che queste fattispecie sono stabilite come condizioni alternative. La formulazione dell'articolo implica quindi che l'ottenimento di un consenso specifico e informato, come richiesto dal GDPR, non è necessario, purché si applichi un'altra base giuridica per il trattamento[30].

---

ricomprendono informazioni sulla persona assunte sin dalla fase di accesso al servizio sanitario, o ancora, al momento della registrazione. Tali informazioni possono essere rappresentate anche da un numero o da un simbolo; in altre parole, e` possibile definire dati relativi alla salute tutte quelle informazioni idonee a rivelare lo stato di salute fisica». F. COMITO, *La tutela dei dati personali in ambito di assistenza sanitaria e sociosanitaria*, in *Amministrazione in Cammino*, 2021, p. 4.

[26] *Ibid*. In Canada e negli Stati Uniti, per esempio, le norme sulla protezione dei dati riguardano la raccolta e l'utilizzo dei dati personali. Talvolta, tuttavia, l'IA non si basa su alcun dato personale, il che significa che in queste circostanze non si applica alcuna normativa sulla protezione dei dati. I criteri per definire i dati personali rispetto a quelli non personali diventano quindi cruciali per determinare l'ambito di applicazione di un regolamento sui dati. L'UE ha tuttavia adottato un regolamento specifico per i dati non personali. Questo regolamento mira a rafforzare la libera circolazione dei dati non personali e ad agevolare lo sviluppo di un mercato digitale comune all'interno dell'UE.

[27] L. PANGRAZIO & N. SELWYN, *'Personal Data Literacies': A Critical Literacies Approach to Enhancing Understandings of Personal Digital Data*, NEWMED. & SOC., 2019, p. 437 ss.

[28] Come previsto dall'Art. 6 del GDPR.

[29] Come previsto dall'Art. 9.2.a del GDPR. In argomento, si veda G. FIORIGLIO, *La protezione dei dati sanitari nella Societa`algoritmica. Profili informatico-giuridici*, J. ETHICS & LEG. TECH., 2021, p. 87 ss.

[30] Per esempio, il trattamento dei dati sensibili è consentito quando «è necessario per finalità di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o di statistica» (art. 9.2.j, GDPR), a condizione che siano previste garanzie adeguate (art. 89, GDPR). È, pertanto, comprensibile che l'obiettivo del GDPR sia quello di consentire una certa flessibilità nel contesto della ricerca scientifica che utilizza dati sensibili.

ISSN 2036-7821

Gli Stati membri, tuttavia, possono mantenere o introdurre ulteriori condizioni, comprese le limitazioni, per quanto riguarda il trattamento di dati genetici, biometrici o relativi alla salute (artt. 9.4 e 89 del GDPR) e rendere più rigorosi i requisiti di consenso con disposizioni specifiche (artt. 6.2 e 9.2.a del GDPR)[31].
Tale discrezionalità potrebbe, a parere di chi scrive, ostacolare questo obiettivo ed è stata criticata per il suo impatto negativo sulle iniziative di armonizzazione internazionale[32].
Inoltre, ai sensi del GDPR, la de-identificazione non è automaticamente considerata un modo sufficiente per impedire la re-identificazione delle persone. Pertanto, i dati de-identificati rimangono nella categoria dei dati personali protetti[33].
Il GDPR esclude solo i dati anonimi dal suo campo di applicazione.
Il Regolamento, in proposito, prevede specifiche condizioni per l'anonimizzazione; un processo che prevede una serie di tecniche per impedire la reidentificazione. Il considerando 26 specifica, a proposito di queste tecniche, che per «determine whether a natural person is identifiable, account should be taken of all the means reasonably likely to be used, such as singling out, either by the controller or by another person to identify the natural person directly or indirectly. To ascertain whether means are reasonably likely to be used to identify the natural person, account should be taken of all objective factors, such as the costs of and the amount of time required for identification, taking into consideration the available technology at the time of the processing and technological developments»[34].
La categorizzazione dei dati sensibili presenta dei vantaggi, in quanto tiene conto della necessità di una maggiore cautela nel trattamento dei dati relativi alla salute. Può essere efficace per prevenire usi secondari non autorizzati, ma questa categoria speciale può anche agire come un disincentivo per i ricercatori, soprattutto in considerazione delle elevate sanzioni in cui incorrono in caso di violazione di tali dati[35].

---

[31] T. DAVENPORT & L. KALAKOTA, *The potential for artificial intelligence in healthcare*, cit., pp. 95-96.

[32] L'adozione di condizioni restrittive e disparate per il trattamento dei dati sensibili potrebbe creare conflitti legislativi all'interno dell'UE tra gli Stati membri, con il rischio di ostacolare la ricerca transfrontaliera, soprattutto nel campo della genetica. Si veda, per un approfondimento generale in merito a tale tematica K. PORMEISTER, *Genetic Research and Applicable Law: The Intra-EU Conflict of Laws as a Regulatory Challenge to Cross-Border Genetic Research*, J. LAWBIOSCI., 2019.

[33] In tal senso, quando si parla di de-identificazione esi fa riferimento a una forma di anonimizzazione dove i dati personali sono mantenuti intatti, ma i riferimenti a essi o le specifiche informazioni di identificazione, come ad esempio i nomi, vengono sostituiti con identificatori anonimi. Sul punto G. DE GREGORIO & R. TORINO, *Privacy, tutela dei dati personali e Big Data*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy Digitale*, Milano, 2019, pp. 447-484; G. RESTA, *Anonimato, responsabilità, identificazione prospettive di diritto comparato*, DIR. INFOR., 2014.

[34] Considerando 26 del GDPR.

[35] M.B. FORCIER *et al.*, *Integrating artificial intelligence into health care through data access: can the GDPR act as a beacon for policymakers?*, cit., p. 322.

ISSN 2036-7821

4. Spunti dal GDPR per migliorare la privacy e la protezione dei dati personali

Al fine di garantire alle persone un maggiore controllo sui propri dati, il GDPR rafforza i requisiti per un consenso valido previsti dall'articolo 7. Il consenso valido è ora definito come «liberamente fornito, specifico, informato e inequivocabile»[36]. Sebbene il Regolamento non stabilisca che il consenso debba essere scritto, esso deve essere esplicito e informato. Il considerando 32 specifica a questo proposito che «silence, pre-ticked boxes or inactivity should not therefore constitute consent». Questo margine di discrezionalità ha lo scopo di fornire alle corti di giustizia una sufficiente flessibilità nel valutare la validità dei modelli di consenso[37].

Questi nuovi requisiti promuovono l'uso di processi di consenso semplificati rispetto a procedure burocratiche rigide. Sono destinati a promuovere il livello di fiducia necessario per una condivisione dei dati maggiormente efficace, in primo luogo aumentando il senso di controllo degli individui sui propri dati. Tuttavia, se i requisiti per il consenso sono più severi, il GDPR prevede molte eccezioni che consentono il trattamento di dati sensibili e non sensibili[38].

Per essere lecito, qualsiasi trattamento richiede una base legittima e il consenso valido è solo una delle possibili basi elencate nell'articolo 6 per l'utilizzo di dati non sensibili. Le altre cinque basi includono «when the processing of personal data is necessary for the performance of a contract to which the data subject is party. [or] a task carried out in the public interest»[39]. Di conseguenza, finché può essere applicata qualsiasi altra base, la liceità del trattamento non è più condizionata dall'ottenimento di un consenso valido.

Nel caso di dati sensibili, l'articolo 9 stabilisce che il trattamento basato sul consenso deve essere limitato a finalità predefinite e qualsiasi ulteriore trattamento degli stessi dati implica la richiesta di nuovo consenso. Tuttavia, gli usi secondari dei dati sono consentiti quando tale trattamento persegue finalità di ricerca scientifica (art. 89.1, GDPR)[40].

---

[36] Come previsto dall'Art. 4.11 del GDPR. Tuttavia, le fasi più concrete per la valutazione di ciò che costituisce un consenso esplicito valido ai sensi del GDPR rimangono ancora aperte all'interpretazione delle giurisdizioni nazionali.

[37] T. DAVENPORT & L. KALAKOTA, *The potential for artificial intelligence in healthcare*, cit., p. 96.

[38] *Ibid*.

[39] Come previsto dagli Artt. 6b e 6e del GDPR.

[40] Il considerando 156 specifica tuttavia che «[t]he further processing of personal data for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes is to be carried out when the controller has assessed the feasibility to fulfill those purposes by processing data which do not permit or no longer permit the identification of data subjects, provided that appropriate safeguards exist». Per un approfondimento in merito, si veda G. CHASSANG, *The Impact of the EU General Data Protection Regulation on Scientific Research*, ECANCERMEDICALSCIENCE, 2017, p. 709 ss.

ISSN 2036-7821

In particolare, il GDPR intende impedire lo scenario del consenso implicito, come ad esempio la partecipazione basata sul regime di "opt-out", in quanto non è sempre chiaro agli interessati a cosa stiano effettivamente fornendo consenso[41].
Una sfida importante per ogni azienda che tratta dati personali coperti dal GDPR è quindi quella di garantire che il consenso sia debitamente informato ed espresso.
Se, infatti, è necessario modificare i requisiti di consenso per proteggere meglio la privacy e gli interessi dei soggetti, bisognerebbe tenere in debita considerazione le specificità della ricerca scientifica, per non rallentare lo sviluppo di tecnologie utili. Requisiti di consenso specifici, limitati a scopi predeterminati, possono essere piuttosto limitanti nel contesto della ricerca, poiché spesso è difficile prevedere le potenzialità dei dati raccolti. Il considerando 33 del GDPR riconosce questa sfida, ma non fornisce un mezzo per evitare gli obblighi delineati dallo stesso Regolamento[42].
Il GDPR, in tale ottica, fornisce agli interessati un altro diritto che mira a rafforzare il loro senso di controllo sul trattamento dei loro dati. In particolare, in base a tale previsione, i soggetti non saranno «subject to a decision based solely on automated processing, including profiling»[43].
Nello specifico ambito sanitario, le tecnologie di intelligenza artificiale possono essere direttamente interessate da questo nuovo diritto, il quale implica, per esempio, che un sistema di *deep learning* creato per fornire suggerimenti terapeutici non possa essere utilizzato come unica base per decidere quale farmaco sarà eventualmente prescritto[44].
Le eccezioni a questa regola si applicano quando sono previste dalla legislazione degli Stati membri o quando sono necessarie per stipulare un contratto o, ancora, quando il trattamento è basato sul consenso preventivo dell'individuo. In questi casi, gli interessati hanno il diritto di ricevere una giustificazione per la decisione automatizzata[45].
Tuttavia, il problema sorge quando l'IA diventa così complessa ed elabora una tale quantità di dati che non è possibile fornire una giustificazione. Il fenomeno del c.d. "*black box*"[46] dei sistemi di *deep learning* può allora diventare un vero ostacolo per l'implementazione dell'IA nell'assistenza sanitaria.

---

[41] M.B. FORCIER *et al.*, *Integrating artificial intelligence into health care through data access: can the GDPR act as a beacon for policymakers?*, cit., pp. 324-325.

[42] Spesso, infatti, non è possibile identificare pienamente lo scopo del trattamento dei dati personali a fini di ricerca scientifica al momento della raccolta dei dati. Pertanto, le persone interessate dovrebbero essere autorizzate a dare il proprio consenso a determinate aree della ricerca scientifica, se in linea con gli standard etici riconosciuti per la ricerca scientifica. Come espressamente previsto dall'Art. 33 del GDPR.

[43] Art. 22 del GDPR.

[44] E. FERIOLI, *L'intelligenza artificiale nei servizi sociali e sanitari: una nuova sfida al ruolo delle istituzioni pubbliche nel welfare italiano?*, cit., pp. 167-168.

[45] T. DAVENPORT & L. KALAKOTA, *The potential for artificial intelligence in healthcare*, cit., pp. 95-96.

[46] Secondo un'idea corrente «la maggior parte dei sistemi di apprendimento automatic (machine learning), e soprattutto quelli di deep learning, sono essenzialmente scatole nere (black boxes), in cui non si può davvero

ISSN 2036-7821

4.1. Diritto alla portabilità dei dati e diritto all'oblio

I dati personali, in base a quanto previsto dal GDPR, devono essere ottenuti in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da una macchina[47].

Inoltre, gli interessati hanno il diritto generale di accedere e correggere i dati personali che un'organizzazione abbia raccolto su di loro. Il GDPR, in tale ottica, include un nuovo interessante diritto alla portabilità dei dati[48].

Nel settore sanitario, si ritiene che la portabilità dei dati abbia benefici pratici per l'accesso ai dati, in quanto consente agli utenti di salvare i dati e di condividerli, per esempio, con il proprio medico o con la struttura sanitaria mediante un'apposita app[49].

Tuttavia, l'articolo 20 del Regolamento esclude dal suo ambito di applicazione i dati personali che non sono stati forniti dall'interessato stesso. In tal senso, infatti, il diritto alla portabilità dei dati, anche in considerazione della collocazione sistematica (GDPR), è prima di tutto «un diritto personale dell'individuo teso a realizzare l'identità in senso digitale dell'individuo e segna in tal senso la strada europea nel settore»[50].

---

controllare come l'algoritmo raggiunga il risultato che raggiunge». A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale, conoscenze neuroscientifiche e decisioni giuridiche*, in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, Milano, 2021, p. 188. La *black box* – afferma l'autore – è una «metafora atecnica e suggestiva, al pari di altre, come per es. essere un 'oracolo'». *Ibid*. In realtà, la scatola nera si definisce «in opposizione a quello che è ritenuto spiegabile o spiegato, rispetto al quale la scatola nera, per la quale conosciamo solo gli stimoli in entrata (input) e le risposte in uscita (output), si presenta come un'unità le cui operazioni interne non possono essere oggetto di indagine». *Ibid*.

[47] Art. 20 del GDPR.

[48] Per un approfondimento, *inter alia*, E. BANI & E. MACCHIAVELLO, *Il diritto alla portabilità dei dati nell'ambito della nuova economia dei dati*, in V. FALCE, *Financial Innovation tra disintermediazione e mercato*, Torino, 2021, pp. 137-179. In breve, affermano gli autori, «l'idea di fondo è semplice: si vuole consentire a ciascun individuo che utilizzi servizi on-line di "portare" i propri dati personali da un servizio / fornitore all'altro, in modo da poterli riutilizzare in piena autonomia senza perdere il patrimonio di informazioni creato in precedenza. Il precedente logico e storico, in ambito europeo, è dato dalla portabilità del numero telefonico da un operatore all'altro e la portabilità dei mutui». *Ibid*. In argomento, si vedano anche S. TROIANO, *Il diritto alla portabilità dei dati*, in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Padova, 2019, p. 195 ss; E. BATTELLI & G. D'IPPOLITO, *Il diritto alla portabilità dei dati personali*, in E. TOSI (a cura di), *Riservatezza e protezione dei dati tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Milano, 2019, p. 185, in particolare, pp. 187 ss e 193 ss; R.H. WEBER, *Data portability and big data analytics. New competition policy challenges*, CONCORR. MERC., 2016, p. 59 ss; I. GRAEF, J. VERSCHAKELEN, P. VALCKE, *Putting the right to data portability into a competition law perspective*, in *Law: The Journal of the Higher School of Economics*, in Annual Review, 2013, p. 53 ss; V. ZENO-ZENCOVICH, *Una svolta giurisprudenziale nella tutela della riservatezza*, DIR. INFOR., 1986, pp. 934 ss.

[49] A. ST JOHN, *Europe's GDPR Brings Data Portability to U.S. Consumers*, consumerreports, 2018. Disponibile al sito https://www.consumerreports.org/privacy/gdpr-brings-data-portability-to-us-consumers. (ultima consultazione 05/12/2022).

[50] E. BANI & E. MACCHIAVELLO, *Il diritto alla portabilità dei dati nell'ambito della nuova economia dei dati*, cit., p. 139. Sul medesimo punto anche G. ZANFIR, *The right to Data portability in the context of the EU data protection reform*, in *International Data Privacy Law*, 2012, p. 3; O. LYNSKEY, *Aligning Data Protection Rights with Competition Law Remedies? The GDPR Right to Data Portability*, EU. L. REV., 2017, p. 793 ss; L. SCUDIERO, *Bringing Your Data Everywhere: A Legal Reading of the Right to Portability*, ECPL, 2017, p. 119 ss; G. MALGIERI, *Il diritto alla portabilità dei*

ISSN 2036-7821

Un altro diritto nuovo concesso dal GDPR agli interessati è il diritto alla cancellazione – o diritto all'oblio[51].
Tale diritto, consente alle persone di richiedere la cancellazione completa dei propri dati personali in possesso di organizzazioni pubbliche o private[52]. Si tratta di una novità assoluta apportata dal GDPR.
Questo diritto ha lo scopo di assicurare agli interessati che qualsiasi informazione personale da loro divulgata possa essere completamente cancellata su loro richiesta[53].
L'articolo 17, in particolare, prevede anche alcune limitazioni implicite all'applicazione del diritto alla cancellazione, in quanto si applica solo quando si basa su uno dei motivi che sono esplicitamente enumerati nel testo[54].
Tali motivi includono i dati personali raccolti che non sono più necessari in relazione alle finalità per cui sono stati raccolti. Infatti, laddove tali dati siano ancora necessari per il trattamento, la richiesta di cancellazione potrebbe essere validamente negata[55].
Altre eccezioni sono rappresentate dal caso in cui il trattamento sia necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della salute pubblica (art. 17.1.c, GDPR) o quando comporta l'esercizio di pubblici poteri (art. 17.1.d, GDPR).
Nei casi in cui il diritto alla cancellazione si applica, la sua attuazione sarà ostacolata dalla difficoltà tecnica di garantire la cancellazione completa e sistematica dei dati personali, soprattutto se già condivisi con i collaboratori[56].
Tuttavia, va osservato comunque che l'articolo 20 del GDP (par. 3, primo periodo), stabilisce «una prevalenza del diritto all'oblio sul diritto alla portabilità (il secondo deve lasciare "impregiudicato" il primo), per cui quest'ultimo potrebbe trovarsi

---

dati personali, in G. COMANDÉ & G. MALGIERI (a cura di), *Manuale per il trattamento dei dati personali*, Milano, 2018, p. 56 ss. Le informazioni derivate dall'analisi dei dati raccolti da un dispositivo indossabile per la salute, per esempio, non sono quindi coperte da questo diritto, nonostante il loro potenziale beneficio per la ricerca. M. B. FORCIER *et al.*, *Integrating artificial intelligence into health care through data access: can the GDPR act as a beacon for policymakers?*, cit., pp. 327-328.

[51] Art. 17 del GDPR.

[52] G. FINOCCHIARO, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, in C. PERLINGIERI & L. RUGGERI, *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, p. p. 29 ss; Si vedano, per un'analisi comparatistica sul tema, G. RESTA & V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il diritto all'oblio su internet dopo la sentenza Google Spain*, CONS. MERC., 2015; A. PALMIERI & R. PARDOLESI, *Dal diritto all'oblio all'occultamento in rete: traversie dell'informazione ai tempi di Google*, NUOVI QUAD. FORO IT., 2014; O. POLLICINO & M. BASSANINI, *Diritto all'oblio: i più recenti spunti ricostruttivi nella dimensione comparata ed europea*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, Torino, 2013;

[53] Si consultino, generalmente, in tema di diritto alla cancellazione dei dati M. ZANICHELLI, *Il diritto all'oblio tra privacy e identità digitale*, INFOR. DIR., 2016. PP. 9-28; S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014.

[54] T. DAVENPORT & L. KALAKOTA, *The potential for artificial intelligence in healthcare*, cit., p. 96.

[55] E. BANI & E. MACCHIAVELLO, *Il diritto alla portabilità dei dati nell'ambito della nuova economia dei dati*, cit., pp. 140-141.

[56] S. C. BENNETT, *The Right to Be Forgotten: Reconciling EU and US Perspectives*, BERKELEY J. INT'L L., 2012, p. 161 ss.

ISSN 2036-7821

legittimamente impedito dalla richiesta di cancellazione di terzi i cui dati siano inseparabili da quelli del primo interessato»[57].
Nel contesto dell'IA, una specificità del *deep learning* è che l'algoritmo utilizzato per ottenere un risultato è creato automaticamente sulla base di dati che sono stati introdotti in precedenza. Questi dati diventano, quindi, parte dell'algoritmo e diventa impossibile identificare ed estrarre dati specifici per cancellarli. In caso di mancata cancellazione, il GDPR prevede sanzioni elevate in caso di violazione delle sue disposizioni[58].
Questo fa parte dell'intenzione generale del legislatore europeo di aumentare la responsabilità degli attori dei dati per la protezione della privacy e di promuovere lo sviluppo dell'autoregolamentazione per evitare situazioni di non conformità[59].
Tuttavia, nel campo dell'assistenza sanitaria, il diritto alla cancellazione implica che gli operatori sanitari possono essere costretti a cancellare le cartelle cliniche su richiesta dei pazienti. Di conseguenza, l'integrità delle informazioni contenute nella cartella clinica di un paziente potrebbe diventare difficile da preservare, con possibili ripercussioni negative sull'assistenza sanitaria – in particolare, si potrebbe verificare un problema di "blocco delle informazioni" quando si tenta di accedere alle cartelle cliniche elettroniche dei pazienti[60].

5. *Rafforzare gli obblighi: verso una maggiore responsabilità degli attori dei dati*

Il GDPR pone grande enfasi su aspetti come trasparenza, correttezza e responsabilità (art. 5, GDPR). Per favorire un approccio preventivo alla protezione della privacy e dei dati personali, il GDPR incoraggia l'adozione di mezzi tecnici prima del trattamento dei dati personali (art. 25 e considerando 78 del GDPR).
Il GDPR richiede inoltre che venga effettuata una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati (*Data Protection Impact Assessment* – DPIA) ogni volta che un trattamento di dati possa comportare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche (art. 35, GDPR).
Sebbene siano forniti esempi di tali trattamenti (art. 35.3, GDPR), la formulazione del testo suggerisce che tale elenco non è esaustivo. Di conseguenza, sono state pubblicate delle linee guida per aiutare a determinare quando è necessaria una DPIA[61].

---

[57] E. BANI & E. MACCHIAVELLO, *Il diritto alla portabilità dei dati nell'ambito della nuova economia dei dati*, cit., p. 154.
[58] *Ibid*.
[59] M.B. FORCIER *et al.*, *Integrating artificial intelligence into health care through data access: can the GDPR act as a beacon for policymakers?*, cit., pp. 325-326.
[60] D.F. SITTIG *et al.*, *New Unintended Adverse Consequences of Electronic Health Records*, YEAR BMED. INFORM., 2016, p. 16 ss.
[61] Si vedano le linee guida sulla valutazione d'impatto sulla protezione dei dati (*Data Protection Impact Assessment* – DPIA) e sulla determinazione se il trattamento è suscettibile di comportare un rischio elevato ai fini del Regolamento 2016/679.

ISSN 2036-7821

Tra gli altri criteri, un trattamento deve essere considerato suscettibile di comportare un rischio elevato quando coinvolge dati sensibili, dati relativi a soggetti vulnerabili (ad esempio, pazienti), o quando si basa su una nuova tecnologia o su un uso innovativo di una tecnologia esistente. Poiché le applicazioni dell'IA in ambito sanitario si basano solitamente su dati relativi alla salute e spesso costituiscono una novità tecnologica, è probabile che in ultima analisi sia necessaria una DPIA prima di qualsiasi trattamento in questo campo[62].
Come minimo, una DPIA deve riguardare: (i) una descrizione delle operazioni di trattamento e delle finalità del trattamento; (ii) una valutazione della necessità e della proporzionalità del trattamento, nonché dei rischi per gli interessati (visti dal punto di vista dell'interessato); e (iii) un elenco delle misure per mitigare tali rischi e garantire la conformità al GDPR. Un'eccezione all'obbligo di eseguire una DPIA si trova al considerando 91, che prevede specificamente che il trattamento dei dati personali non dovrebbe essere considerato su larga scala se il trattamento riguarda i dati personali di pazienti o clienti da parte di un singolo medico, di un altro operatore sanitario o di un avvocato. In questi casi, una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati non dovrebbe essere obbligatoria.
Ancora, il GDPR ha introdotto un nuovo principio di "privacy by default" (art. 25 del GDPR, ovverosia per impostazione predefinita). Questo principio prevede che i mezzi tecnici per la minimizzazione dei dati siano implementati quando si sviluppa una tecnologia. I responsabili del trattamento dei dati sono ora obbligati a predisporre garanzie tecniche che assicurino l'accesso e il trattamento solo dei dati effettivamente necessari per il completamento di finalità predefinite.
Imponendo l'implementazione di meccanismi preventivi come la privacy by design e by default, il GDPR incoraggia la rapida adozione di misure tecniche adeguate per prevenire potenziali violazioni. Questi nuovi obblighi per gli sviluppatori di tecnologie contribuiscono a promuovere l'autoregolamentazione e sono accompagnati da sanzioni significative[63].

6. Riflessioni conclusive

Le opportunità offerte dall'integrazione delle tecnologie di intelligenza artificiale nel campo dell'assistenza sanitaria non devono essere sottovalutate. Gli sviluppi dell'IA possono aiutare a setacciare enormi volumi di dati per individuare schemi e correlazioni ed eseguire calcoli complessi, compiti che le macchine sono in grado di svolgere in maniera più efficiente degli esseri umani.

---

[62] M.B. FORCIER *et al.*, *Integrating artificial intelligence into health care through data access: can the GDPR act as a beacon for policymakers?*, cit., pp. 329-330.

[63] Si veda, per un approfondimento, P. VOIGT & A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*, Springer ed., 2017.

ISSN 2036-7821

Alla luce delle considerazioni elaborate, è plausibile concludere che l'introduzione delle nuove tecnologie nell'attuazione dei diritti fondamentali alla salute potrebbe determinare una trasformazione considerevole per quel che attiene le modalità di erogazione dei servizi sanitari che, comunque, non può prescindere da un attento ruolo di regia e regolazione da parte dei livelli di governo competenti[64].
Molte applicazioni di questo tipo sono già in uso e aiutano gli operatori sanitari a risparmiare tempo e denaro, migliorando la ricerca sanitaria e l'assistenza ai pazienti.
Tuttavia, se gli individui dovessero essere riluttanti a fornire l'accesso ai propri dati personali, l'impatto sarebbe devastante per l'implementazione dell'IA in qualsiasi sistema sanitario.
Una generale perdita di fiducia da parte del pubblico è comprensibile, visti gli esempi di alto profilo di uso improprio dei dati personali, come quello rivelato dal caso *Cambridge Analytica*[65].
I nuovi meccanismi del GDPR volti a prevenire tali usi indesiderati dei dati personali, in particolare attraverso il divieto di scenari di "opt-out" e alcuni requisiti di consenso, potrebbero rappresentare una valida soluzione.
Le specificità dell'IA e i nuovi rischi che ne derivano per la protezione della privacy sono, almeno in parte, affrontati nel GDPR: anche se alcuni meccanismi sembrano restrittivi e potrebbero costituire degli ingombranti ostacoli per gli sviluppatori di IA (come il diritto alla cancellazione).
La responsabilizzazione degli attori in merito alla gestione in senso lato dei dati potrebbe essere la direttrice sulla quale costruire una più solida architrave per il sistema della privacy nel settore sanitario.

[64] E. FERIOLI, *L'intelligenza artificiale nei servizi sociali e sanitari: una nuova sfida al ruolo delle istituzioni pubbliche nel welfare italiano?*, cit., p. 174.

[65] D. SIMBERKOFF, *How Facebook's Cambridge Analytica Scandal Impacted the Intersection of Privacy and Regulation*, CMS wire, 2018. Disponibile al sito https://www.cmswire.com/information-management/how-facebooks-cambridge-analytica-scandal-impacted-the-intersection-of-privacy-and-regulation. (ultima consultazione 07/12/2022).

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La disciplina pubblicistica dell'animale d'affezione

di Mario Paladino

(Dottorando di ricerca in Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali presso l'Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*)

Sommario

1. Premessa. – 2. La normativa vigente. – 2.1. La disciplina internazionale. – 2.2. La disciplina euro-unitaria. – 2.3. La disciplina nazionale. – 3. L'animale d'affezione nella giurisprudenza amministrativa. – 4. Brevi considerazioni conclusive.

Abstract

This brief study concerns the discipline of Public Law regarding the pets. The provision of specific tasks aimed at protection of animals for public administrations makes the existence of a public interest in their protection appear not easily questionable. A very peculiar discipline is established for the protection of pets. The provision of more stringent duties towards both those who establish a relationship (of affection) with these animals, and the Public Administration, raises the doubt on the existence of a further and more specific public interest in the protection of their well-being.
This survey aims to define the exact morphology of this specific public interest. By trying to understand whether the peculiarity of the legislator's intervention, in relation to pets, has determined the birth of a public interest aimed at their protection, or whether, instead, this public interest is solely connected to the relationship between the domestic animal and man, which represents the direct object of protection by the public authorities.

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Il presente breve studio ha ad oggetto la disciplina di diritto pubblico riguardante i cosiddetti animali d'affezione[1]. Va precisato che con la locuzione 'animale d'affezione', in questa sede, si intende far riferimento – sebbene il legislatore, come si vedrà, paia attribuire, talvolta, all'analoga nozione di 'animale da compagnia' un significato più ampio – all'animale 'domestico', ossia a quello dotato dell'attitudine ad instaurare una relazione non soltanto con *un* essere umano, ma con l'essere umano in generale.

Come è noto, l'ordinamento contempla molteplici precetti volti a tutelare gli animali, riconoscendo il loro benessere meritevole di protezione giuridica[2]. Nondimeno, quello dei *modi* in cui si dispiega la loro tutela costituisce argomento assai complesso, essendo controverso se possano considerarsi dotati di soggettività giuridica, e, quindi, titolari di diritti propri[3].

Sebbene l'ordinamento nazionale abbia sicuramente risentito dell'influenza del diritto romano, che li ascriveva al novero delle *res* (ancora oggi, non mancano disposizioni che li considerano quali semplici 'cose'[4]), tuttavia il 'benessere animale' sembra ricevere una sempre maggiore attenzione da parte del legislatore. Ed anzi, la

[1] La letteratura sul tema non è particolarmente copiosa. Fra gli altri, si vv.: G. BUFFONE, *L'animale di compagnia è un essere senziente e i provvedimenti relativi al suo collocamento e affidamento vanno assunti tenendo conto del suo benessere* (Nota a Juzgado de Primera Instancia n. 11 de Oviedo, 20 gennaio 2022), in *giustiziacivile.com*, 2022, fasc. 2; C. FOSSÀ, *Frammenti di oggettività e soggettività animale: tempi maturi per una metamorfosi del "pet" da bene (di consumo) a "tertium genus" tra "res" e "personae"?*, in *Contr. impr.*, 2020, fasc. 1, pp. 527 ss.; M. LOTTINI, *La tutela degli animali d'affezione tra diritto italiano ed europeo*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2017, fasc. 1, pp. 104 ss.; ID., *La tutela del benessere animale come interesse da tutelare*, in *Foro amm.*, 2021, fasc. 11, pp. 1712 ss.; S. MARANI, *La legge italiana di ratifica della Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia (l. 4.11.2010 n. 201)*, in *Legisl. pen.*, 2011, fasc. 3-4, pp. 539 ss.; G. MARTINI, *La configurabilità della soggettività animale: un possibile esito del processo di "giuridificazione" dell'interesse alla loro protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, fasc. 1, pp. 109 ss.; D. NAZZARO, *Aspetti etico-giuridici della tutela degli animali*, in *Nuova rass.*, 2004, fasc. 7, pp. 800 ss.; P. MAZZA, *Le nuove norme per la protezione degli animali da compagnia*, in *Dir. giur. agr. al. amb.*, 2012, fasc. 3, pt. 1, pp. 167 ss.; M. MELE, *La tutela del benessere degli animali domestici: le evidenze scientifiche*, in *Riv. dir. al.*, 2021, fasc. 3, pp. 33 ss.; G.A. PARINI, *La tutela degli animali di affezione all'interno del nostro ordinamento: "le metamorfosi"*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, fasc. 4, pp. 1548 ss.; ID., *La tutela degli animali e della relazione interspecifica uomo-animale*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, fasc. 3, pp. 998 ss.; S. PERON, *Brevi note sugli animali d'affezione*, in *Riv. giur. sarda*, 2015, fasc. 2, pt. 1, pp. 359 ss.; D. PORENA, *Il valore ambientale e la tutela del mondo animale nelle prospettive di revisione della Costituzione*, in *Nuova rass.*, 2008, fasc. 11, pp. 1141 ss.; F. RESCIGNO, *Gli animali tra benessere e diritti: un difficile compromesso tra norma e attuazione nell'attesa della definizione della soggettività animale*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2015, fasc. 4, pp. 15 ss.; G. SPOTO, *Il dibattito sulla soggettività giuridica degli animali e il sistema delle tutele*, in *Cultura e diritti*, 2018, fasc. 1-2, pp. 61 ss.; V. VADALÀ, *Prospettazione storico-evolutiva dei diritti degli animali*, in *Giust. civ.*, 2017, fasc. 3, pp. 549 ss.; A. VALASTRO, *La tutela giuridica degli animali e i suoi livelli*, in *Quad. cost.*, 2006, fasc. 1, pp. 67 ss.

[2] Si pensi, esclusivamente a titolo esemplificativo, al titolo IX-*bis*, c.p., concernente i «delitti contro il sentimento per gli animali». Cfr. G. MARTINI, *La configurabilità della soggettività animale: un possibile esito del processo di "giuridificazione" dell'interesse alla loro protezione* cit., pp. 110-122.

[3] Sul punto si v., in particolare, G. MARTINI, *L'impervio percorso della soggettività animale*, in corso di pubblicazione.

[4] Ad esempio, l'art. 820 c.c. include i «parti degli animali» tra i «frutti naturali»; gli artt. 923-926 c.c. annoverano gli animali fra le «cose suscettibili di occupazione». Sul tema cfr. ancora G. MARTINI, *Op. ult. cit.*

ISSN 2036-7821

previsione di appositi compiti di tutela in capo alle amministrazioni pubbliche fa apparire non agevolmente discutibile la sussistenza di un interesse pubblico alla loro protezione[5].
Una disciplina del tutto peculiare, come si avrà modo di verificare, è stabilita, inoltre, a tutela degli animali di affezione. La previsione di doveri più stringenti – rispetto a quelli contemplati per ogni altra specie animale – nei confronti sia di chi instauri una relazione (di affezione) con tali animali, sia della P.A., solleva il dubbio sulla sussistenza di un ulteriore e più specifico interesse pubblico alla protezione del loro benessere.
Tanto chiarito, obiettivo della presente indagine è quello di definire l'esatta morfologia di tale, specifico, interesse pubblico. Provando, in particolare, a comprendere se la peculiarità dell'intervento del legislatore, in ordine agli animali d'affezione, abbia determinato la nascita di un interesse pubblico diretto alla loro tutela *in sé*, o se, invece, tale interesse pubblico sia collegato unicamente alla relazione intercorrente fra l'animale domestico e l'uomo, che rappresenta l'oggetto diretto di tutela da parte dei pubblici poteri.
Al fine di conseguire l'obiettivo, la ricerca sarà condotta attraverso il metodo induttivo/deduttivo: innanzitutto, si prenderà in esame il diritto positivo; a seguire, si effettuerà una ricognizione critica delle risposte offerte dalla giurisprudenza, nella risoluzione delle controversie ad essa sottoposte[6], in ordine ai profili problematici che emergono in sede applicativa (cd. diritto vivente), vagliando gli assunti in esse contenuti alla luce della teoria generale del diritto, dei principi generali dell'ordinamento e della logica giuridica[7].

2. La normativa vigente

La disciplina pubblicistica dell'animale d'affezione è contenuta in numerosi atti normativi, sia di diritto interno, sia di diritto internazionale, sia di diritto dell'UE. Pare opportuno prendere le mosse dall'analisi della disciplina internazionale, giacché, come si vedrà, questa ha inciso significativamente sulla produzione normativa ad essa successiva.

2.1. La disciplina internazionale

[5] Cfr. G.A. PARINI, *La tutela degli animali di affezione all'interno del nostro ordinamento: "le metamorfosi"* cit., pp. 1549-1552.
[6] È evidente che la giurisprudenza non è vocata ad offrire risposte ai problemi teorici; nondimeno, nel risolvere le controversie sottoposte al suo esame, essa finisce per fornirle, e la dottrina può, avvalendosi degli strumenti a sua disposizione, rilevarle.
[7] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Jovene, Napoli, 2003, pp. 7 ss.

ISSN 2036-7821

L'animale d'affezione è disciplinato, anzitutto, dalla Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia, adottata a Strasburgo il 13 novembre 1987 e ratificata in Italia con la legge 4 novembre 2010, n. 201.
La Convenzione, all'art. 1, par. 1, definisce quale animale da compagnia «ogni animale tenuto, o destinato ad essere tenuto dall'uomo, in particolare presso il suo alloggio domestico, per suo diletto e compagnia». La nozione, com'è evidente, sembra prescindere dalla specie di appartenenza, così da risultare più ampia di quella di 'animale d'affezione' che si è inteso accogliere in premessa.
Viene definito «animale randagio», invece, «ogni animale da compagnia senza alloggio domestico o che si trova all'esterno dei limiti dell'alloggio domestico del suo proprietario o custode e che non è sotto il controllo o la diretta sorveglianza di alcun proprietario o custode» (art. 1, par. 5).
L'art. 3 sancisce i «Principi fondamentali per il benessere degli animali», che vengono così enunciati: «Nessuno causerà inutilmente dolori, sofferenze o angosce ad un animale da compagnia» (par. 1); «Nessuno deve abbandonare un animale da compagnia» (par. 2).
L'art. 4, concernente il «Mantenimento», stabilisce che «Ogni persona che tenga un animale da compagnia o che abbia accettato di occuparsene sarà responsabile della sua salute e del suo benessere» (par. 1); in particolare, «Ogni persona che tenga un animale da compagnia o se ne occupi, deve provvedere alla sua installazione e fornirgli cure ed attenzione, tenendo conto dei suoi bisogni etologici secondo la sua specie e la sua razza ed in particolare: a) rifornirlo in quantità sufficiente di cibo e di acqua di sua convenienza; b) procurargli adeguate possibilità di esercizio; c) prendere tutti i ragionevoli provvedimenti per impedire che fugga» (par. 2)[8].
La Convenzione contempla altresì norme volte a tutelare l'animale da compagnia in ordine alla riproduzione (art. 5), all'addestramento (art. 7), al commercio, all'allevamento, alla custodia a fini commerciali e ai rifugi (art. 8), nonché al suo impiego in pubblicità, spettacoli, esposizioni, competizioni e manifestazioni analoghe (art. 9). All'art. 6, inoltre, vieta la vendita di animali da compagnia ai minori di sedici anni «senza il consenso esplicito dei genitori o di altre persone che esercitano la responsabilità parentale».
L'art. 10, poi, proibisce «Gli interventi chirurgici destinati a modificare l'aspetto di un animale da compagnia, o finalizzati ad altri scopi non curativi» (par. 1)[9], stabilendo che «Saranno autorizzate eccezioni a tale divieto solamente: a) se un veterinario considera un intervento non curativo necessario sia per ragioni di medicina

[8] La norma così prosegue: «3. Un animale non deve essere tenuto come animale da compagnia se: a) le condizioni di cui al paragrafo 2 di cui sopra non sono soddisfatte, oppure b) benché tali condizioni siano soddisfatte, l'animale non può adattarsi alla cattività».
[9] La disposizione vieta, in particolare: «a) il taglio della coda; b) il taglio delle orecchie; c) la recisione delle corde vocali; d) l'esportazione delle unghie e dei denti».

ISSN 2036-7821

veterinaria, sia nell'interesse di un determinato animale; b) per impedire la riproduzione» (par. 2)[10]. Inoltre, l'art. 11, par. 1, statuisce che «Solo un veterinario o altra persona competente deve procedere all'uccisione di un animale da compagnia, tranne che in casi di urgenza per porre fine alle sofferenze di un animale e qualora non si possa ottenere rapidamente l'assistenza di un veterinario o di altra persona competente, o in ogni altro caso di emergenza configurato dalla legislazione nazionale. Ogni uccisione deve essere effettuata con il minimo di sofferenze fisiche e morali in considerazione delle circostanze»[11].
Quanto agli animali randagi, ai sensi dell'art. 12, «Quando una Parte ritiene che il numero di animali randagi rappresenta un problema per detta Parte, essa deve adottare le misure legislative e/o amministrative necessarie a ridurre tale numero con metodi che non causino dolori, sofferenze o angosce che potrebbero essere evitate»[12].

2.2. La disciplina euro-unitaria

L'animale d'affezione è oggetto di disciplina anche da parte dell'Unione Europea. Fra gli altri, appare particolarmente rilevante il Regolamento (UE) n. 576/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 giugno 2013, sui movimenti a carattere non commerciale di animali da compagnia.
Tale Regolamento «stabilisce le condizioni di polizia sanitaria applicabili ai movimenti a carattere non commerciale di animali da compagnia, nonché le norme relative ai controlli di conformità di tali movimenti» (art. 1) e «si applica ai

[10] Ai sensi del par. 3, inoltre, «a) gli interventi nel corso dei quali l'animale proverà o sarà suscettibile di provare forti dolori debbono essere effettuati solamente in anestesia e da un veterinario o sotto il suo controllo; b) gli interventi che non richiedono anestesia possono essere praticati da una persona competente in conformità con la legislazione nazionale».

[11] La norma aggiunge che «Il metodo prescelto, tranne che in casi di urgenza, deve: a) sia indurre una perdita di coscienza immediata e successivamente la morte; b) sia iniziare con la somministrazione di un'anestesia generale profonda seguita da un procedimento che arrechi la morte in maniera certa. La persona responsabile dell'uccisione deve accertarsi della morte dell'animale prima di eliminarne la spoglia». Giusta il par. 2, poi, «Debbono essere vietati i seguenti metodi sacrificali: a) l'annegamento ed altri sistemi di asfissia, se non producono gli effetti di cui al paragrafo 1, comma b; b) l'utilizzazione di qualsiasi veleno o droga di cui non sia possibile controllare il dosaggio e l'applicazione in modo da ottenere gli effetti di cui al paragrafo 1; c) l'elettrocuzione a meno che non sia preceduta da un'immediata perdita di coscienza».

[12] La disposizione precisa che «a) Tali misure debbono comportare che: i) se questi animali debbono essere catturati, ciò sia fatto con il minimo di sofferenze fisiche e morali tenendo conto della natura dell'animale; ii) nel caso che gli animali catturati siano tenuti o uccisi, ciò sia fatto in conformità con i principi stabiliti dalla presente Convenzione. b) Le Parti si impegnano a prendere in considerazione: i) l'identificazione permanente di cani e gatti con mezzi adeguati che causino solo dolori, sofferenze o angosce di poco conto o passeggere, come il tatuaggio abbinato alla registrazione del numero e dei nominativi ed indirizzi dei proprietari; ii) di ridurre la riproduzione non pianificata dei cani e dei gatti col promuovere la loro sterilizzazione; iii) di incoraggiare le persone che rinvengono un cane o un gatto randagio, a segnalarlo all'Autorità competente».

ISSN 2036-7821

movimenti a carattere non commerciale di animali da compagnia introdotti in uno Stato membro da un altro Stato membro o da un territorio o un paese terzo» (art. 2)[13].
Il successivo art. 3, lett. b), definisce quale 'animale da compagnia' «un animale di una specie elencata nell'allegato I che accompagna il suo proprietario o una persona autorizzata durante un movimento a carattere non commerciale e che rimane sotto la responsabilità del proprietario o della persona autorizzata per tutta la durata del movimento a carattere non commerciale». La nozione appare significativamente ampia, giacché fra le specie di animali da compagnia indicate nell'allegato I sono ricompresi, ad esempio, anche gli anfibi, i rettili e la maggior parte degli invertebrati[14].
Va segnalato, però, che il Regolamento suddivide le specie di animali da compagnia in due gruppi, dettando per i cani, i gatti e i furetti una disciplina in parte diversa da quella prevista per gli altri animali.
Concerne, invece, soltanto i cani e i gatti il Regolamento (CE) n. 1523/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che vieta la commercializzazione, l'importazione nella Comunità, e l'esportazione fuori della Comunità, di pellicce di cane e di gatto e di prodotti che le contengono.
Si tratta di una disciplina diretta a proibire «la commercializzazione, l'importazione nella Comunità e l'esportazione fuori della Comunità di pellicce di cane e di gatto e di prodotti che le contengono» (art. 3). Gli Stati membri sono chiamati a stabilire «le norme in materia di sanzioni in caso di violazione» del Regolamento, e a prendere «i provvedimenti necessari per la loro applicazione. Le sanzioni previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive» (art. 8)[15].
Va evidenziato che la tutela dell'animale d'affezione pare trovare fondamento nell'art. 13 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, ai sensi del quale «Nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le

[13] Cfr. M. LOTTINI, *La tutela degli animali d'affezione tra diritto italiano ed europeo*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2017, fasc. 1, pp. 104 ss., 108.
[14] Segnatamente, l'Allegato I annovera, nella Parte A, i cani (*Canis lupus familiaris*), i gatti (*Felis silvestris catus*) e i furetti (*Mustela putorius furo*); e, nella Parte B, gli invertebrati «[escluse le api e i bombi contemplati dall'articolo 8 della direttiva 92/65/CEE e i molluschi e i crostacei di cui, rispettivamente, all'articolo 3, paragrafo 1, lettera e), punto ii), e lettera e), punto iii), della direttiva 2006/88/CE]», gli «Animali acquatici ornamentali quali definiti all'articolo 3, lettera k), della direttiva 2006/88/CE ed esclusi dall'ambito di applicazione di tale direttiva dal suo articolo 2, paragrafo 1, lettera a)», gli anfibi, i rettili, alcuni esemplari di uccelli (quelli «di specie avicole diverse da quelle di cui all'articolo 2 della direttiva 2009/158/CE»), nonché i roditori e i conigli «diversi da quelli destinati alla produzione alimentare e definiti "lagomorfi" nell'allegato I del regolamento (CE) n. 853/2004».
[15] Cfr. M. LOTTINI, *Op. ult. cit.*, pp. 108-109.

ISSN 2036-7821

consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale»[16].

2.3. La disciplina nazionale

Come si è già avuto modo di rilevare, l'Italia ha ratificato la Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia con la l. n. 201/2010.

Questa legge ha anche introdotto, all'art. 4, il reato di traffico illecito di animali da compagnia e disposto, all'art. 5, sanzioni amministrative per la condotta di «Introduzione illecita di animali da compagnia». Gli animali da compagnia cui fanno riferimento queste norme, però, sono precisamente individuati: si tratta di quelli «di cui all'allegato I, parte A, del regolamento (CE) n. 998/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 maggio 2003», ossia di cani e gatti.

Giusta l'art. 4, «Chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto, reiteratamente o tramite attività organizzate, introduce nel territorio nazionale» gli animali in questione, «privi di sistemi per l'identificazione individuale e delle necessarie certificazioni sanitarie e non muniti, ove richiesto, di passaporto individuale, è punito con la reclusione da tre mesi a un anno e con la multa da euro 3.000 a euro 15.000» (co. 1). Tale pena «si applica altresì a chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto, trasporta, cede o riceve a qualunque titolo» cani o gatti «introdotti nel territorio nazionale in violazione del citato comma 1» (co. 2).

L'art. 5, invece, al co. 1 stabilisce che «Salvo che il fatto costituisca reato, chiunque introduce nel territorio nazionale» questi animali, «privi di sistemi per l'identificazione individuale, è soggetto alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 100 a euro 1.000 per ogni animale introdotto»; al co. 2, che «Salvo che il fatto costituisca reato, chiunque introduce nel territorio nazionale» i medesimi animali, «in violazione dei requisiti previsti dalla legislazione vigente, è soggetto alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 500 a euro 1.000 per ogni animale introdotto»[17]; e, al co. 3, che a questa sanzione, «Salvo che il fatto costituisca reato, […] è altresì soggetto chiunque trasporta o cede, a qualunque titolo, animali introdotti nel territorio nazionale in violazione di quanto previsto dai commi 1 e 2»[18].

[16] Cfr. ancora M. LOTTINI, *Op. ult. cit.*, pp. 109-111, nonché G.A. PARINI, *La tutela degli animali di affezione all'interno del nostro ordinamento: "le metamorfosi"*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, fasc. 4, pp. 1548 ss., 1552.

[17] La norma precisa che «La sanzione non si applica se le violazioni sono regolarizzate nel rispetto di quanto disposto dalla legislazione vigente».

[18] Pare opportuno rammentare, inoltre, che l'art. 6 contempla alcune sanzioni amministrative accessorie. Sugli artt. 4 e ss. della l. n. 201/2010 cfr. P. MAZZA, *Le nuove norme per la protezione degli animali da compagnia*, in *Dir. giur. agr. al. amb.*, 2012, fasc. 3, pt. 1, pp. 167 ss.

ISSN 2036-7821

L'animale d'affezione è disciplinato anche dalla legge 14 agosto 1991, n. 281, che, come le norme appena richiamate, e quindi diversamente dalla Convenzione, sembra riguardare esclusivamente i cani e i gatti.
È indubbiamente assai significativo l'art. 1, secondo il quale «Lo Stato promuove e disciplina la tutela degli animali di affezione, condanna gli atti di crudeltà contro di essi, i maltrattamenti ed il loro abbandono, al fine di favorire la corretta convivenza tra uomo e animale e di tutelare la salute pubblica e l'ambiente».
In questa prospettiva, l'art. 2, dopo aver stabilito, al co. 1, che «Il controllo della popolazione dei cani e dei gatti mediante la limitazione delle nascite viene effettuato, tenuto conto del progresso scientifico, presso i servizi veterinari delle unità sanitarie locali», vieta, al co. 2, la soppressione dei «cani vaganti ritrovati, catturati o comunque ricoverati» nelle strutture di asilo comunali, e, al co. 3, la destinazione alla sperimentazione dei «cani catturati o comunque provenienti» dalle medesime strutture[19]. Giusta il co. 6, i cani ricoverati in queste, di regola[20], «possono essere soppressi, in modo esclusivamente eutanasico, ad opera di medici veterinari, soltanto se gravemente malati, incurabili o di comprovata pericolosità».
Lo stesso articolo statuisce, inoltre, che «È vietato a chiunque maltrattare i gatti che vivono in libertà» (co. 7); che questi «sono sterilizzati dall'autorità sanitaria competente per territorio e riammessi nel loro gruppo» (co. 8); e che essi «possono essere soppressi soltanto se gravemente malati o incurabili» (co. 9).
Ai sensi dell'art. 3, co. 1, poi, le Regioni sono chiamate a disciplinare «con propria legge […] l'istituzione dell'anagrafe canina presso i comuni o le unità sanitarie locali, nonché le modalità per l'iscrizione a tale anagrafe e per il rilascio al proprietario o al detentore della sigla di riconoscimento del cane, da imprimersi mediante tatuaggio indolore». E secondo il co. 2 dello stesso articolo, esse «provvedono a determinare, con propria legge […], i criteri per il risanamento dei canili comunali e la costruzione dei rifugi per i cani». Queste strutture «devono garantire buone condizioni di vita per i cani e il rispetto delle norme igienico-sanitarie e sono sottoposte al controllo sanitario dei servizi veterinari delle unità sanitarie locali».
Il successivo art. 4, co. 1, attribuisce ai Comuni il risanamento dei canili comunali esistenti e la costruzione dei rifugi. La norma in parola stabilisce, altresì, che «I comuni, singoli o associati, e le comunità montane provvedono prioritariamente ad attuare piani di controllo delle nascite attraverso la sterilizzazione».

[19] Lo stesso articolo prevede che «I cani vaganti catturati, regolarmente tatuati, sono restituiti al proprietario o al detentore» (co. 4), mentre «I cani vaganti non tatuati catturati, nonché i cani ospitati presso le strutture» di ricovero comunali «devono essere tatuati; se non reclamati entro il termine di sessanta giorni possono essere ceduti a privati che diano garanzie di buon trattamento o ad associazioni protezioniste, previo trattamento profilattico contro la rabbia, l'echinococcosi e altre malattie trasmissibili».
[20] La norma fa «salvo quanto previsto dagli articoli 86, 87 e 91 del regolamento di polizia veterinaria approvato con decreto del Presidente della Repubblica 8 febbraio 1954, n. 320, e successive modificazioni».

ISSN 2036-7821

La legge prevede anche, all'art. 5, specifiche sanzioni, che, tuttavia, sono volte a reprimere solo talune delle condotte violative della stessa: l'abbandono (co. 1), la mancata iscrizione all'anagrafe canina (co. 2), la mancata sottoposizione al tatuaggio dopo essersi provveduto all'iscrizione all'anagrafe (co. 3), il commercio finalizzato alla sperimentazione (co. 4). Tra l'altro, non pare potersi dubitare che il comma 1 e il comma 4 dovrebbero essere coordinati, rispettivamente, con l'art. 727 c.p. e con l'art. 4, l. n. 201/2010, che contemplano i reati di abbandono di animali e di traffico illecito di animali da compagnia, puniti in maniera più severa[21].

Ad ogni modo, sembra potersi affermare che la l. n. 281/1991 prevede, in ordine allo specifico oggetto di disciplina, una tutela più incisiva rispetto a quella contemplata dalla Convenzione. Notevolmente significativo, in particolare, appare il fatto che, a differenza di quest'ultima, essa vieta espressamente la soppressione di cani e gatti, anche randagi.

Tra le fonti di disciplina pubblicistica dell'animale d'affezione più rilevanti rientra pure il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 28 febbraio 2003, con il quale viene recepito l'«Accordo tra il Ministro della salute, le regioni e le province

[21] Secondo il co. 1 dell'art. 5 della l. n. 281/1991, «Chiunque abbandona cani, gatti o qualsiasi altro animale custodito nella propria abitazione, è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da lire trecentomila a lire un milione»; ai sensi dell'art. 727, co. 1, c.p., «Chiunque abbandona animali domestici o che abbiano acquisito abitudini della cattività è punito con l'arresto fino ad un anno o con l'ammenda da 1.000 a 10.000 euro». Giusta il co. 4 dell'art. 5 della l. n. 281/1991, «Chiunque fa commercio di cani o gatti al fine di sperimentazione, in violazione delle leggi vigenti, è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da lire cinque milioni a lire dieci milioni»; secondo l'art. 4, l. n. 201/2010, come si è visto, «1. Chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto, reiteratamente o tramite attività organizzate, introduce nel territorio nazionale animali da compagnia di cui all'allegato I, parte A, del regolamento (CE) n. 998/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 maggio 2003» (ossia cani o gatti), «privi di sistemi per l'identificazione individuale e delle necessarie certificazioni sanitarie e non muniti, ove richiesto, di passaporto individuale, è punito con la reclusione da tre mesi a un anno e con la multa da euro 3.000 a euro 15.000. 2. La pena di cui al comma 1 si applica altresì a chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto, trasporta, cede o riceve a qualunque titolo animali da compagnia di cui all'allegato I, parte A, del regolamento (CE) n. 998/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 maggio 2003, introdotti nel territorio nazionale in violazione del citato comma 1». Sul rapporto intercorrente fra l'art. 5, co. 4, l. n. 281/1991, e l'art. 4, l. n. 201/2010, cfr. P. MAZZA, *Le nuove norme per la protezione degli animali da compagnia* cit., p. 171, ad avviso della quale «La nuova normativa del 2010 non risolve una questione nodale della materia, vale a dire il rapporto intercorrente tra le statuizioni» da essa poste «e la l. 14 agosto 1991, n. 281 contenente, in parziale attuazione del capitolo III della […] Convenzione europea di Strasburgo, disposizioni quadro in materia di animali da affezione, il cui art. 2 disciplina "il trattamento di cani e di altri animali di affezione" ed il successivo art. 5 stabilisce il regime sanzionatorio a livello amministrativo che contempla anche la condotta di commercio di cani e gatti al fine di sperimentazione. Si può così notare non solo una irragionevole disuguaglianza della reazione sanzionatoria dell'ordinamento dinanzi a comportamenti che presentano una elevata offensività e colpiti soltanto da una sanzione amministrativa rispetto ad altri di minor contenuto lesivo puniti, invece, con la più grave sanzione penale. Permane anche una disomogeneità nella utilizzazione del lessico normativo in quanto mentre la normativa del 2010 adopera la dizione "animali da compagnia" in conformità alla […] Convenzione europea di Strasburgo, la disciplina dettata nel 1991 si riferisce sempre agli "animali di affezione", creando così nell'interprete non poco sconcerto stante la non coincidenza delle due categorie, la seconda delle quali maggiormente restrittiva sembra potersi riferire soltanto ai cani ed ai gatti».

ISSN 2036-7821

autonome di Trento e di Bolzano in materia di benessere degli animali da compagnia e pet-therapy» del 6 febbraio 2003.

L'Accordo intende per 'animale da compagnia' «ogni animale tenuto, o destinato ad essere tenuto, dall'uomo, per compagnia o affezione senza fini produttivi od alimentari, compresi quelli che svolgono attività utili all'uomo, come il cane per disabili, gli animali da pet-therapy, da riabilitazione, e impiegati nella pubblicità. Gli animali selvatici non sono considerati animali da compagnia» (art. 1, co. 2, lett. a). La definizione sembra presentare una significativa differenza rispetto a quella offerta dalla Convenzione di Strasburgo, laddove esclude espressamente gli animali selvatici dal novero di quelli 'da compagnia'.

All'art. 2, co. 1, redatto evidentemente alla luce dell'art. 4 della Convenzione, si prescrive che «Le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano si impegnano a prevedere disposizioni specifiche che individuino responsabilità e doveri del detentore dell'animale da compagnia stabilendo che chiunque conviva con un animale da compagnia o abbia accettato di occuparsene è responsabile della sua salute e del suo benessere e deve provvedere alla sua sistemazione e fornirgli adeguate cure ed attenzione, tenendo conto dei suoi bisogni fisiologici ed etologici secondo l'età, il sesso, la specie e la razza ed in particolare: a) rifornirlo di cibo e di acqua in quantità sufficiente e con tempistica adeguata; b) assicurargli le necessarie cure sanitarie ed un adeguato livello di benessere fisico e etologico; c) consentirgli un'adeguata possibilità di esercizio fisico; d) prendere ogni possibile precauzione per impedirne la fuga; e) garantire la tutela di terzi da aggressioni; f) assicurare la regolare pulizia degli spazi di dimora degli animali».

Assai significativo appare l'art. 4, co. 1, che innova in maniera rimarchevole il sistema di identificazione dei cani: ai sensi di tale disposizione, «Le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano e il Ministero della salute si impegnano, ciascuno per quanto di competenza, ad introdurre misure dirette a ridurre il fenomeno del randagismo mediante: a) l'introduzione del microchips, come unico sistema ufficiale di identificazione dei cani, a decorrere dal 1 gennaio 2005; b) la creazione di una banca dati informatizzata, su base regionale o provinciale, che garantisca la connessione con quella di cui alla lettera c) del presente articolo; c) l'attivazione di una banca dati nazionale istituita presso il Ministero della salute, intesa come indice dei microchips, inviati dalle singole anagrafi territoriali».

L'Accordo detta altresì norme in tema di controllo della riproduzione (art. 3), commercio, allevamento, addestramento e custodia a fini commerciali (art. 5), pubblicità, spettacoli, esposizioni, competizioni e prelievo economico a favore del benessere animale (art. 6), programmi di informazione e di educazione (art. 7), manifestazioni popolari (art. 8).

ISSN 2036-7821

Disposizioni volte a tutelare l'animale d'affezione si rinvengono anche in testi normativi non interamente dedicati ad esso. Ad esempio, l'art. 189, co. 9-*bis*, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (cd. Codice della strada), stabilisce che «L'utente della strada, in caso di incidente comunque ricollegabile al suo comportamento, da cui derivi danno a uno o più animali d'affezione, da reddito o protetti, ha l'obbligo di fermarsi e di porre in atto ogni misura idonea ad assicurare un tempestivo intervento di soccorso agli animali che abbiano subito il danno. Chiunque non ottempera agli obblighi di cui al periodo precedente è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da € 421 a € 1.691. Le persone coinvolte in un incidente con danno a uno o più animali d'affezione, da reddito o protetti devono porre in atto ogni misura idonea ad assicurare un tempestivo intervento di soccorso. Chiunque non ottempera all'obbligo di cui al periodo precedente è soggetto alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma da € 85 a € 337».

Come si è già avuto modo di constatare, l'ordinamento contempla altresì norme penali concernenti in maniera specifica l'animale d'affezione. Sembra opportuno rammentare l'art. 727 c.p. e l'art. 4, l. n. 201/2010, che prevedono i reati di abbandono di animali e di traffico illecito di animali da compagnia, dei quali si è riferito in precedenza, nonché l'art. 2 della legge 20 luglio 2004, n. 189, che vieta di «utilizzare cani (Canis lupus familiaris) e gatti (felis silvestris) per la produzione o il confezionamento di pelli, pellicce, capi di abbigliamento e articoli di pelletteria costituiti od ottenuti, in tutto o in parte, dalle pelli o dalle pellicce dei medesimi, nonché commercializzare, esportare o introdurre le stesse nel territorio nazionale», e sanziona la violazione di siffatti divieti «con l'arresto da tre mesi ad un anno o con l'ammenda da 5.000 a 100.000 euro».

Va evidenziato che la tutela dell'animale d'affezione pare, diversamente che in passato[22], trovare un esplicito fondamento nella Costituzione italiana: segnatamente, nel recentemente riformato art. 9[23], giusta il quale «La Repubblica […] Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali».

3. L'animale d'affezione nella giurisprudenza amministrativa

Terminato l'esame del diritto positivo, si può provare ad effettuare una ricognizione critica delle risposte offerte dalla giurisprudenza in ordine ai profili problematici derivanti dalla sua applicazione.

[22] Cfr. G. MARTINI, *La configurabilità della soggettività animale: un possibile esito del processo di "giuridificazione" dell'interesse alla loro protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, fasc. 1, pp. 109 ss., 115.

[23] Dalla legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1.

ISSN 2036-7821

L'interesse (pubblico) alla tutela dell'animale d'affezione assume rilevanza in diverse pronunce. Appare particolarmente significativa una decisione del T.A.R. Friuli-Venezia Giulia-Trieste, che ha annullato il provvedimento di diniego emesso da un Comune in risposta alla richiesta, avanzata da una società esercente l'attività di custodia di cani e gatti, di procedere alla demolizione dei fabbricati adibiti ad ospitare gli animali secondo modalità e tempistiche idonee a salvaguardare l'attività esercitata[24].

Ad avviso del G.A., posto che l'istanza «è adeguatamente motivata quanto allo scopo ultimo perseguito, cioè quello di prevenire la brusca interruzione del servizio di interesse pubblico alla cura e alla custodia degli animali d'affezione abbandonati», la risposta del Comune, «nell'escludere nettamente qualsiasi potere di intervento per l'inesistenza di *"norme in ambito urbanistico-edilizio che consentano di prorogare i termini per la demolizione, previsti dalle ordinanze, oltre i novanta giorni dalla data di notifica delle medesime"* appare insufficientemente motivata, nonché violativa dei principi di leale collaborazione e di buona fede che devono improntare i rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione e che sono stati di recente […] elevati a principi generali dell'azione pubblica dall'art. 1, comma 2-*bis* della legge 241 del 1990»[25].

Il rigetto dell'istanza – prosegue il giudice – «appare frutto di un inadeguato sforzo interpretativo della stessa, che viene considerata come diretta ad ottenere, unicamente, la proroga dei termini di demolizione. L'amministrazione, quale soggetto qualificato e tenuto alla conoscenza dell'ordinamento e della normativa vigente, appare viceversa tenuta ad un atteggiamento maggiormente collaborativo, specie in punto di individuazione di altre più confacenti soluzioni giuridiche»[26].

La P.A. avrebbe potuto far ricorso all'art. 21-*quater*, co. 2, l. n. 241/1990, ai sensi del quale l'organo che ha emanato il provvedimento, o un altro individuato dalla legge, può, «per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario», sospenderne l'efficacia o l'esecuzione. Alla luce di ciò, «il Comune, salva la propria discrezionalità quanto alla determinazione finale da adottarsi, avrebbe dovuto valutare la ricorrenza dei presupposti per l'attivazione di tale potere, di valenza generale (trovando fonte nella l. 241 del 1990) e natura cautelare (avendo la funzione di prevenire il prodursi di un danno irreparabile ad interessi rilevanti) e in particolare l'idoneità delle argomentazioni addotte dai ricorrenti ad integrare le *"gravi ragioni"* richieste»[27].

In altri termini, tra le 'gravi ragioni' per le quali alla P.A. è consentito di sospendere l'efficacia o l'esecuzione del provvedimento può senz'altro rientrare la necessità di evitare che l'attività di custodia degli animali d'affezione venga bruscamente interrotta. L'esercizio del potere in parola, dunque, può giustificarsi sulla base

[24] Si v. T.A.R. Friuli-Venezia Giulia-Trieste, sez. I, sentenza 8 aprile 2021, n. 108, in *giustizia-amministrativa.it*.
[25] T.A.R. Friuli-Venezia Giulia-Trieste, sez. I, sentenza 8 aprile 2021, n. 108 cit.
[26] T.A.R. Friuli-Venezia Giulia-Trieste, sez. I, sentenza 8 aprile 2021, n. 108 cit.
[27] T.A.R. Friuli-Venezia Giulia-Trieste, sez. I, sentenza 8 aprile 2021, n. 108 cit.

ISSN 2036-7821

dell'esigenza di contemperare l'interesse urbanistico con quello alla tutela degli animali in questione.

Invero, non sembra controverso, in giurisprudenza, che siffatto interesse abbia rilevanza giuridica: in un'altra pronuncia, vengono espressamente prese in considerazione «le esigenze di benessere e tutela degli animali da affezione» ricoverati nelle strutture di asilo[28]; in un'altra ancora, si afferma che l'«interesse pubblico in campo veterinario e sanitario» può essere pregiudicato da «minacce al benessere dell'animale stesso»[29].

Tuttavia, l'interesse in esame non pare configurarsi come un interesse alla tutela dell'animale *in sé*.

Non di rado, esso si intreccia con altri interessi 'umani' meritevoli di tutela, di modo che la soddisfazione dell'interesse animale avviene, a dir così, solamente 'in via riflessa'.

Ad esempio, il T.R.G.A. Trentino-Alto Adige-Trento ha ritenuto legittima una ordinanza sindacale che aveva disposto l'allontanamento di un cane e di una colonia felina, perché tenuti in precarie condizioni igienico-sanitarie, da una abitazione, sostenendo, tra l'altro, che la condotta della responsabile avesse messo in pericolo la salute pubblica e pregiudicato il benessere degli animali[30].

In altri casi, invece, allorquando viene ravvisato un contrasto fra l'interesse in parola ed altri interessi giuridicamente rilevanti, la giurisprudenza pare concludere per la necessità di effettuare un contemperamento tra essi; e, a ben vedere, normalmente sembra reputare l'interesse 'animale' meno rilevante di quello 'umano'.

A questo proposito, appare meritevole di considerazione una pronuncia del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, che ha respinto un ricorso volto ad ottenere l'annullamento di un'ordinanza sindacale che aveva prescritto l'adozione di alcune misure idonee a garantire l'igiene e la salute pubblica in relazione ad una colonia felina e ad altri gatti randagi rinvenuti in un terreno e in un appartamento di proprietà di un privato[31].

Secondo il G.A., «il ripetuto richiamo alla "tutela della salute pubblica e dell'ambiente"» contenuto nella l. n. 281/1991 «rende legittima l'ordinanza sindacale

[28] Si v. T.A.R. Friuli-Venezia Giulia-Trieste, sez. I, sentenza 31 dicembre 2018, n. 386, in *giustizia-amministrativa.it*

[29] Si v. T.A.R. Puglia-Lecce, sez. III, sentenza 9 luglio 2013, n. 1574, in *giustizia-amministrativa.it*. Si v. anche, fra le altre: T.A.R. Piemonte-Torino, sez. II, sentenza 28 maggio 2010, n. 2698, ivi; T.A.R. Molise-Campobasso, sez. unica, sentenza 6 settembre 2006, n. 734, ivi.

[30] Si v. T.R.G.A. Trentino-Alto Adige-Trento, sez. unica, sentenza 16 agosto 2017, n. 255, in *giustizia-amministrativa.it*. Si v. altresì T.A.R. Sicilia-Catania, sez. III, sentenza 12 gennaio 2016, n. 3, ivi, che ha respinto un ricorso volto ad ottenere l'annullamento di una ordinanza sindacale che aveva disposto l'adozione di alcune misure in relazione ad una colonia felina, reputando «le affermazioni del ricorrente […] del tutto ultronee ed inconferenti, in quanto ininfluenti al fine di contrastare i rilievi mossi dal Comune in relazione alle precarie condizioni igieniche degli ambienti ed ai requisiti necessari ad assicurare una corretta gestione igienico-sanitaria e di benessere degli animali».

[31] Si v. Cons. giust. amm. Reg. Sic., sez. giurisd., sentenza 11 aprile 2022, n. 452, in *giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

impugnata, che rinviene il presupposto nel pericolo segnalato nel verbale per la salute delle persone che abitano l'edificio» di cui è parte l'abitazione della responsabile degli animali[32].

Il giudice amministrativo d'appello siciliano, dopo aver riconosciuto che «non può sottacersi che la ricorrente ha agito spinta dall'esigenza di tutelare una colonia felina e altri gatti randagi, evitandone i possibili rischi in cui gli stessi potevano incorrere a causa del loro stato di abbandono», afferma che «La vicenda pone in luce la necessità di contemperare, da un lato la tutela della salute pubblica, in cui rientra, oltre che l'igiene anche il riposo notturno eventualmente disturbato dai gatti; dall'altro il senso civico della ricorrente che, in via sussidiaria, in mancanza di appositi interventi di protezione da parte della pubblica Autorità, ha cercato di rimediare allo stato di abbandono dei suddetti felini». Ciononostante, ad avviso del consesso, «tali considerazioni in nulla interferiscono con la legittimità dell'ordinanza sindacale impugnata, che, avuto riguardo ai consueti parametri di sindacato afferenti simili atti di (alta) amministrazione non è affetta da alcun profilo di abnormità od irragionevolezza, né, all'evidenza, censurabile per travisamento del fatto»[33].

Sembra altrettanto significativo quanto sostenuto in un parere espresso dal Consiglio di Stato, su un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, nel quale si ritiene legittima la sospensione, adottata ai sensi dell'art. 10 del Regio decreto 18 giugno 1931, n. 773 (cd. Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza), per abuso del titolo di polizia, di due decreti di nomina a guardia particolare giurata volontaria zoofila[34].

Ad avviso del supremo giudice amministrativo, «Pur considerando che l'assolvimento delle funzioni di vigilanza a tutela degli animali di affezione risponde ad un interesse pubblico, è palese che detto interesse debba arretrare d'innanzi a quello dell'incolumità delle persone, secondo un bilanciamento che dev'essere sempre perseguito nello svolgimento delle funzioni di polizia anche ausiliarie»[35].

---

[32] Così Cons. giust. amm. Reg. Sic., sez. giurisd., sentenza 11 aprile 2022, n. 452 cit.

[33] Cons. giust. amm. Reg. Sic., sez. giurisd., sentenza 11 aprile 2022, n. 452 cit.

[34] Si v. Cons. Stato, sez. I, parere 7 febbraio 2017, n. 311, in *giustizia-amministrativa.it*. Il G.A. riferisce che «Il provvedimento sanzionatorio […] trae origine da un episodio segnalato» da un Comando di Compagnia carabinieri, cui i ricorrenti «avevano richiesto un intervento, segnalando di essere stati bersaglio di colpi di fucile da caccia senza conseguenze, mentre all'esterno di un'abitazione isolata con l'ausilio di torce e dei fari dell'automobile stavano illuminando il giardino attraverso le sbarre del cancello per verificare la rispondenza al vero di una segnalazione per maltrattamenti di un cane tenuto legato a una catena in modo irregolare. Nella relazione i carabinieri avevano evidenziato che le due guardie zoofile e la loro auto erano prive di segni distintivi e che il proprietario dell'abitazione, poi accompagnato in ospedale per lo stato d'ansia in cui versava, si era anch'egli rivolto al pronto intervento dell'Arma e aveva dichiarato di aver esploso due colpi di fucile in aria a scopo intimidatorio, temendo che fosse in atto un tentativo di furto».

[35] Cons. Stato, sez. I, parere 7 febbraio 2017, n. 311 cit. Si v. altresì T.A.R. Basilicata-Potenza, sez. I, sentenza 13 giugno 2001, n. 585, in *giustizia-amministrativa.it*, in cui si asserisce che dalla l. n. 281/1991 «emerge un quadro di regole ispirato alla duplice esigenza di tutelare animali – quali i cani e i gatti – da sempre legati all'uomo da un

ISSN 2036-7821

Peraltro, l'interesse al benessere dell'animale assume un peso maggiore nelle pronunce che si esprimono sulla legittimità del divieto di fornire alimenti ai randagi.
Pare potersi sostenere che costituisce orientamento consolidato quello secondo il quale è illegittima la previsione che, al fine di contenerne il numero, vieta di alimentare i cani randagi. Al riguardo si è affermato che la l. n. 281/1991 reca «in sé una robusta tutela degli animali addomesticabili viventi in ambiente antropizzato, ivi compresi i cani randagi. Il randagismo è un fenomeno deteriore, una problematica sociale da prevenire e risolvere, ma non è consentito a nessuno di farlo mediante trattamenti contrari al senso umano e al rispetto dovuto agli animali domestici che, come il cane, vivono da millenni uno speciale rapporto simbiotico con l'uomo. Privare i cani randagi del cibo somministrato da occasionali fornitori della strada equivale a ridurli alla fame, a costringerli a rovistare tra i rifiuti o, addirittura, a diventare aggressivi per procurarsi cibo e questo […] rappresenterebbe un trattamento crudele di detti animali, non conforme a legge»[36].
Va notato, però, che, nella decisione appena richiamata, sembra comunque ritenersi in maniera esplicita che l'interesse pubblico alla tutela dell'animale d'affezione sia legato unicamente alla relazione intercorrente fra quest'ultimo e l'uomo, la protezione dell'animale in parola trovando la sua ragion d'essere nello «speciale rapporto simbiotico» che «da millenni» esiste tra i due.
Siffatta ricostruzione sembra emergere con chiarezza anche in un'altra pronuncia, in cui si asserisce che «nell'esercizio della funzione di prevenzione del fenomeno del randagismo, l'amministrazione comunale deve […] esercitare i poteri regolatori in materia, bilanciando la tutela della salute pubblica e dell'igiene, cui è finalizzata la prevenzione del randagismo con l'esigenza di protezione degli animali d'affezione, *quali componenti del complessivo habitat naturale, in cui si inserisce la convivenza tra uomo e animale*; sotto questo profilo, peraltro, appaiono invero limitati i poteri tecnico-discrezionali dell'amministrazione, avendo il legislatore, nei diversi livelli di governo, optato per la misura della "sterilizzazione", e in ogni caso vietando forme di maltrattamento degli animali, cui è riconducibile il divieto di alimentazione»[37].

---

reciproco rapporto di amicizia e nello stesso tempo di garantire che questa convivenza si svolga nel rispetto delle fondamentali esigenze di tutela della salute pubblica e dell'ambiente».

[36] Così T.A.R. Molise-Campobasso, sez. I, sentenza 17 settembre 2013, n. 527, in *giustizia-amministrativa.it*.

[37] T.A.R. Calabria-Catanzaro, sez. I, sentenza 27 giugno 2015, n. 1135, in *giustizia-amministrativa.it*, il corsivo è di chi scrive. Va segnalato che diverse pronunce reputano illegittimo altresì il divieto di alimentare randagi diversi dai cani. Si v., fra le altre: T.A.R. Puglia-Lecce, sez. I, sentenza 11 luglio 2014, n. 1736, ivi, secondo la quale «Il divieto sindacale, rivolto alla popolazione locale tutta, di offrire alimenti agli animali randagi, appare in contrasto sia con la legge regionale sia con la legge quadro nazionale n. 281/91, dettata a prevenzione del randagismo e a tutela degli animali d'affezione»; T.A.R. Puglia-Bari, sez. I, ordinanza cautelare 26 settembre 2013, n. 531, ivi, in cui si afferma che «l'interesse pubblico perseguito non può identificarsi nel divieto di alimentazione di cani randagi o animali di affezione, bensì viceversa nell'esigenza di evitare il verificarsi di situazioni nocive o pericolose dal punto di vista igienico sanitario», dovendo, pertanto, «ritenersi del tutto lecita la somministrazione in favore di cani randagi o animali da affezione vaganti in genere, purché il deposito di cibo avvenga attraverso

ISSN 2036-7821

Alla luce di tutto quanto rilevato, sembra potersi affermare che, nel diritto vivente, l'interesse pubblico alla tutela dell'animale d'affezione non si configura come un interesse alla tutela dell'animale *in sé*, esso risultando verosimilmente connesso con la peculiare relazione instauratasi fra l'animale in questione e l'uomo.

4. Brevi considerazioni conclusive

Nonostante la mutata attenzione nella coscienza collettiva, che oggi sembra propendere per l'assimilazione dell'animale domestico all'uomo rispetto alla titolarità di alcune situazioni giuridiche[38], la configurazione assunta dall'interesse in esame nella giurisprudenza appare pienamente conforme al diritto positivo.

È vero che questo contempla una tutela assai incisiva dell'animale d'affezione. Tuttavia, non sembra potersi negare che, anche sul piano normativo, tale tutela appare esclusivamente connessa con il rapporto intercorrente fra l'animale in parola e l'uomo: emblematico di ciò sembra essere il fatto che per gli animali storicamente più legati all'essere umano, i cani e i gatti, è prevista una protezione peculiare, assai più significativa rispetto a quella contemplata per l'animale da compagnia in genere.

Siffatta impostazione non pare risultare in contrasto con il riformato art. 9 della Carta, il quale sembra sì attribuire un esplicito fondamento costituzionale alla tutela dell'animale, ma demanda alla legge dello Stato il compito di disciplinarne i modi e le forme.

In questa prospettiva, com'è evidente, la posizione dell'animale d'affezione non si configura come paritaria rispetto a quella dell'essere umano; cionondimeno, le previsioni volte a tutelarlo non risultano vanificate, non rimanendo alterato il loro significato, né svilita la loro coerenza giuridica.

---

l'uso di appositi contenitori ed a condizione che gli stessi vengano successivamente rimossi a cura degli stessi cittadini che hanno somministrato il cibo, costituendo tale successivo adempimento un loro preciso onere, oltre che conforme al comune senso civico, la cui violazione risulta già proseguibile integrando la fattispecie di abbandono di rifiuti su suolo pubblico». Giudica legittima, invece, una ordinanza disponente il divieto di fornire alimenti ai piccioni e, in generale, a tutta la popolazione aviaria T.A.R. Lombardia-Milano, sez. I, sentenza 18 maggio 2020, n. 845, ivi, secondo cui tale ordinanza non viola l'art. 2, l. n. 281/1991, giacché «Innanzi tutto la disposizione si applica espressamente ed esclusivamente ai cani e gatti, e non ai piccioni, ricompresi nella fauna selvatica. Inoltre la disciplina contenuta nella citata legge è volta a regolare la normale convivenza tra uomo ed animali (cani e gatti, e in generale animali da affezione), mentre nel caso di specie è stato adottato un provvedimento preordinato alla tutela della salubrità ambientale e della salute pubblica, sicché la legge invocata non si attaglia a costituire utile paradigma normativo per lo scrutinio della vicenda in esame». Ad avviso del G.A., l'ordinanza non viola neppure l'art. 13, TFUE, questo costituendo «un parametro di riferimento per gli Stati membri in sede di attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio. Costituisce dunque una previsione programmatica, non applicabile *recta via* quale paradigma normativo per lo scrutinio di legittimità del provvedimento impugnato».

[38] Cfr. G. MARTINI, *L'impervio percorso della soggettività animale*, in corso di pubblicazione, secondo il quale tale coscienza «spinge per una assimilazione all'uomo quanto alla titolarità di alcuni diritti fondamentali, primo fra tutti quello a non subire l'inflizione di sofferenze inutili od evitabili».

ISSN 2036-7821

Del resto, sembra potersi sostenere che l'applicazione di tali previsioni non sia incompatibile neppure con una lettura in cui si continui a ritenere l'animale assolutamente privo di soggettività giuridica, giacché, come ha osservato la Corte di Cassazione, «si può essere destinatari di tutela anche senza essere soggetti dotati di capacità giuridica»[39].

Beninteso, non si sta affermando che la disciplina indagata trovi sempre adeguata attuazione: è noto a tutti che gli episodi di maltrattamento degli animali d'affezione sono numerosissimi, e che spesso restano impuniti[40]. E però, alla luce di quanto rilevato, siffatto fenomeno di certo non appare legato alla morfologia giuridica dell'interesse pubblico in questione.

È chiaro che non costituisce obiettivo dell'indagine riflettere sulle ragioni della non adeguata attuazione delle norme volte a tutelare l'animale d'affezione. Tuttavia, non sembra peregrino sostenere, *de iure condendo*, che potrebbero rivelarsi utili a migliorare la tutela dell'animale domestico un inasprimento della disciplina penalistica e un irrobustimento dei programmi di sensibilizzazione.

[39] Cass. civ., SS.UU., sentenza 22 dicembre 2015, n. 25767, in *dejure.it*. Sul punto cfr. G. BUFFONE, *L'animale di compagnia è un essere senziente e i provvedimenti relativi al suo collocamento e affidamento vanno assunti tenendo conto del suo benessere* (Nota a Juzgado de Primera Instancia n. 11 de Oviedo, 20 gennaio 2022), in *giustiziacivile.com*, 2022, fasc. 2, il quale si chiede retoricamente: «è davvero necessario pervenire alla tutela dell'animale di compagnia muovendosi tra le categorie della "cosa" e della "persona"? Non si può, semplicemente, considerarlo "oggetto di tutela", alla luce del mutato contesto sociale e normativo?»; e afferma che «L'animale è, ormai, da considerare un "essere senziente" e non una semplice "cosa mobile" se non altro ogni volta che questo aspetto, nelle maglie della legge, possa essere valorizzato». Cfr. altresì G. MARTINI, *Op. ult. cit.*, nella cui opinione «Se […] lo scopo ultimo da raggiungere – anche da parte dei più accesi sostenitori della soggettività animale – è quello di proteggere il vivente non umano, sia nella sua dimensione individuale, sia nella sua relazione (anche affettiva) con l'uomo, evidentemente, ad un risultato siffatto si può giungere anche senza stravolgere la tradizionale nozione antropocentrica di soggettività giuridica. L'ordinamento, da tempo risalente, ben conosce la configurazione, a dir così, di 'doveri solitari', gravanti in modo particolare (ma non solo) sulle amministrazioni pubbliche, a fronte dei quali non è configurabile alcun (soggetto individuale o collettivo) titolare della rispettiva pretesa».

[40] Si pensi, ad esempio, ai frequentissimi casi di avvelenamento di cani e gatti di cui riferiscono le cronache giornalistiche.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Le ragioni storico-giuridiche del welfare italiano. Dalla fine della seconda guerra mondiale alla Costituente

di Andrea Nisticò

Summary

1. Introduzione; 2. Il contesto nazionale nel quadro del conflitto globale; 3. L'affermazione della protezione sociale nel dibattito dell'Assemblea Costituente; 4. Conclusioni.

Abstract

The present work intends to offer a synthetic description of the historical and juridical conditions that introduced the work of the Constituent Assembly on the subject of social protection. The debate that arose in that forum presents highly topical profiles as it allows us to grasp the complexity of national welfare, which has always been characterized by a form of imperfect universalism.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione

Il concetto di Stato Sociale è riferibile ad una precisa caratteristica dello Stato moderno, in particolare al perseguimento dell'eguaglianza sostanziale di tutti i cittadini, attraverso l'eliminazione delle diseguaglianze sociali. Tale definizione è il punto di arrivo di un lungo cammino della storia moderna che ha progressivamente posto attenzione al ruolo della persona nella società. Le tappe di questo percorso sono state efficacemente sintetizzate da Thomas Humphrey Marshall[1], sociologo inglese, il quale ha concentrato la propria attenzione sull'affermazione dei diritti negli ultimi tre secoli.

Per Marshall il XVIII secolo si è caratterizzato per l'affermazione dei diritti civili (libertà di pensiero, di parola, di culto, di associazione), il XIX secolo per l'affermazione dei diritti politici (libertà di organizzazione, di voto e suffragio universale), il XX secolo per l'affermazione dei diritti sociali il cui rispetto è considerato indispensabile per la partecipazione politica dei cittadini alla gestione della cosa pubblica. Proprio quest'ultimo aspetto è centrale per comprendere l'evoluzione successiva alla seconda guerra mondiale. Infatti, l'assistenza pubblica viene considerata come un diritto e non come una forma caritatevole[2]. Queste considerazioni furono alla base dello sviluppo delle politiche di welfare state, che attenuarono le contrapposte visioni ideologiche della società ed affermarono l'universalismo delle prestazioni sociali[3]. In tale contesto non si deve trascurare che il welfare state nasce in un momento di profonda trasformazione economica a livello mondiale, poiché la rivoluzione industriale segna il definitivo passaggio da un'economia agraria ad una economia industriale. Questi aspetti trovarono massima espansione nel secondo conflitto mondiale e nel periodo della successiva ricostruzione[4]. La guerra determinò una profonda lacerazione sociale ed una diffusa povertà che rappresentavano un concreto ostacolo all'affermazione delle nuove Istituzioni repubblicane. La piena agibilità democratica può rendersi effettiva solo in un contesto in cui vi è un'emancipazione dal bisogno ed in cui la garanzia dei diritti trova una concreta affermazione quale forma di sostegno alla persona.

Il presente lavoro intende offrire un sintetico quadro delle condizioni storiche e giuridiche che hanno introdotto i lavori dell'Assemblea Costituente in materia di protezione sociale. Il dibattito che nacque in quella sede presenta profili di grande

[1] T. H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale,* Torino, UTET, 1976, passim.

[2] J. Alber, *Dalla carità allo stato sociale*, Bologna, Il Mulino, 1987, passim.

[3] Sul punto si rihiamano le considerazioni di F. A. Cancilla, *Servizi del welfare e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 18 ss.

[4] In argomento E. Forsthoff, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1973, passim e G. A. Ritter, *Storia dello stato sociale*, Laterza, Ed. 2011, passim ed anche F. Conti. e G. Silei, *Breve storia dello stato sociale*, Roma, Carocci, 2013, passim.

ISSN 2036-7821

attualità poiché permette di cogliere la complessità del welfare nazionale, da sempre contraddistinto da una forma di universalismo imperfetto.

2. Il contesto nazionale nel quadro del conflitto globale

Nell'immediato secondo dopoguerra, la caduta del fascismo e la dissoluzione dello stato totalitario resero necessaria la scelta di una nuova forma di stato. Il referendum istituzionale del 2 e 3 giugno 1946 sancì la preferenza della forma repubblicana su quella monarchica. La ricostruzione istituzionale e giuridica dello Stato democratico doveva, inoltre, fare i conti con una situazione sociale di profonda difficoltà economica e di diffusa povertà in ampie fasce della popolazione italiana e con una necessaria riaffermazione delle libertà del cittadino ed il ripristino dei diritti civili e politici[5]. Nell'esperienza postbellica di diversi paesi occidentali[6], il profilo sociale e quello istituzionale tendevano a convergere sulla necessità che i "nuovi" stati democratici si caratterizzassero proprio per l'affermazione, giuridica e materiale, dei diritti fondamentali dell'individuo[7].

L'antecedente teorico di questa impostazione è da rinvenirsi nel Piano Beveridge, elaborato finale della commissione presieduta da William Beveridge, direttore della London School of Economics, il quale fu presentato al parlamento britannico sul finire del 1942[8].

Il Piano si poneva come scopo principale quello di favorire una serie di interventi, espressione di una politica di progresso sociale, contrastando il bisogno attraverso la protezione sociale. Tali politiche si fondavano su tre linee di intervento: 1) sussidi per i minori sino al compimento del quindicesimo anno; 2) rafforzamento ed estensione del servizio sanitario per la prevenzione e cura delle malattie e riabilitazione al

[5] Un completo e documentato inquadramento storico si rinviene in G. Silei, *Lo Stato sociale in Italia. Storia e documenti. Vol. 1: Dall'unità al fascismo (1861-1943)* e *Lo Stato sociale in Italia. Storia e documenti. Vol.2: Dalla cultura del fascismo ad oggi (1943-2004)*, Manduria, Lacaita, 2003 e 2004, passim.

[6] La necessità di affermare in maniera concreta dei sistemi di protezione sociale quali strumenti funzionali a garantire la libertà del cittadino si era, invero, già manifestata nella breve esperienza della Repubblica di Weimar. La Costituzione del 1919 rappresenta, dopo la Carta messicana di Querétaro del 1917, il secondo documento fondamentale a riconoscere e garantire i diritti sociali. Essa costituì un modello al quale si ispirarono poi le costituzioni redatte dopo la seconda guerra mondiale. In maniera approfondita C. Mortati, *La Costituzione di Weimar*, Firenze, Sansoni, 1946, passim e S. Zullo, *La dimensione normativa dei diritti sociali. Aspetti filosofico-giuridici*, Giappichelli, Torino, 2013, p.74. L'Autore sottolinea che "*la Costituzione di Weimar comprende numerosi diritti sociali nelle sue Sezioni Seconda (vita sociale), Quarta (istruzione e scuola), e Quinta (vita economica). La nascita dei diritti sociali è direttamente relazionata al progresso che ha presupposto la concezione dei diritti, non solo da un punto di vista negativo (assenza di attacchi o intromissioni contro beni giuridici), ma anche positivo (diritto alla realizzazione di prestazioni a favore di tali beni).*"

[7] A. Berselli, *Problemi politici e sociali dell'Europa nel secondo dopoguerra*, Bologna, Patron, 1963, pp. 96 ss.

[8] Sir W. Beveridge, *Il Piano Beveridge. La relazione di Sir William Beveridge al Governo Britannico sulla protezione sociale*, Londra, Stamperia Reale, 1943, passim e J. Harris, *William Beveridge. A Biography*, Oxford, Oxford University Press, 1977, passim.

ISSN 2036-7821

lavoro per tutti i membri della comunità; 3) politiche di prevenzione della disoccupazione.
Queste prime linee di indirizzo trovavano, poi, diretta concretizzazione attraverso un sistema di assicurazioni. Innanzitutto, era prevista l'assicurazione sociale quale primaria forma di sostentamento ai bisogni principali e fondamentali dell'individuo. Il finanziamento della misura era determinato dal versamento di un contributo obbligatorio da parte dei beneficiari. Tuttavia, era prevista una forma di assistenza nazionale garantita gratuitamente dallo Stato a coloro che erano nell'impossibilità di contribuire al sistema assicurativo. Era poi consentito di completare la propria protezione attraverso un sistema di assicurazioni volontarie.
Il fulcro del Piano di Protezione Sociale era sicuramente rappresentato dall'assicurazione sociale che consentiva di realizzare sei principi fondamentali: 1) Erogazione di una provvidenza in misura *fissa di beneficio di assicurazione*, indipendentemente dall'ammontare degli stipendi interrotti da disoccupazione o invalidità o cessati per collocamento a riposo; 2) Richiesta di un contributo obbligatorio a quota fissa sia per gli assicurati che per i loro datori di lavoro; 3) Unificazione della responsabilità amministrativa; 4) Adeguamento dei benefici al mutamento delle condizioni di vita; 5) Estensione dell'assicurazione sociale a sempre nuovi bisogni e a un sempre maggior numero di categorie di persone; 6) Classifica dei soggetti bisognosi non in base al censo ma in ragione dei bisogni specifici, stante la natura universale del sistema di protezione sociale proposto.
La portata del Piano Beveridge andò ben oltre il suo iniziale scopo di realizzare una riorganizzazione amministrativa delle prestazioni sociali inglesi[9].
Il lavoro della Commissione fece emergere, in modo netto, un profilo essenziale della democrazia: la liberazione dal bisogno[10]. Questo punto segnava una svolta ideologica rispetto all'impianto sociale degli stati autoritari. Il punto centrale era dato dal rinnovato valore dato all'individuo, al quale viene garantita la libertà di autodeterminarsi liberandosi dal bisogno materiale e promuovendone l'autodeterminazione e le capacità individuali, slegate da modelli imposti dall'autorità.
Ciò consente di comprendere l'enorme popolarità che la popolazione riconobbe alle proposte della Commissione Beveridge, la quale si inserisce in un contesto mondiale profondamente segnato dal conflitto bellico in corso e dalla forza di ideologie radicali. Le idee di Beveridge, che circolarono rapidamente, divennero una sorta di

[9] In argomento M. Sullivan, *The Development of the British Welfare State*, London, Prentice Hall - Harvester Wheatsheaf, 1996, passim e F. Girotti, *Welfare State: storia, modelli e critica*, Roma, Carocci, 1998, passim ed anche G. Preite, *Welfare state. Storie, politiche, istituzioni*, Trento, Tangram, 2011, pp. 35 ss.
[10] G. Silei, *Lo Stato sociale in Italia. Storia e documenti. Vol.2: Dalla cultura del fascismo ad oggi (1943-2004)*, Manduria, Lacaita, 2004, pp. 189 ss.

ISSN 2036-7821

manifesto sociale delle forze di resistenza al nazionasocialismo[11]. Nell'Italia del 1942 vi fu una notevole risonanza del Piano sociale inglese, non solo perché nel nostro paese vi erano già strumenti di protezione sociale[12], ma anche perché l'impianto della

[11] Il regime nazista comprese fin da subito la portata dirompente dell'idee britanniche. In argomento Loreto Di Nucci scrive: *"il piano Beveridge iniziò a esercitare un'influenza negli stati dell'Europa occidentale già durante il secondo conflitto mondiale. Copie del piano circolarono infatti fra i movimenti di resistenza attivi nei paesi occupati dai nazisti e, nel settembre del 1945, furono perfino rinvenute nel bunker di Hitler. In Germania il piano Beveridge aveva suscitato infatti un'enorme impressione. E benché la propaganda nazionalsocialista lo rappresentasse come una "frode plutocratica al popolo inglese" e, in pari tempo, come una prova lampante del fatto che i "nemici [stavano] facendo proprie le idee nazionalsocialiste", il fatto che Hitler stesso desiderasse capire che cosa fosse sta a indicare che i nazisti avevano perfettamente colto la sua portata rivoluzionaria"* in L. Di Nucci, *Alle origini dello stato sociale nell'Italia repubblicana. La ricezione del Piano Beveridge e il dibattito nella Costituente* in L. Di Nucci, *Cittadinanza. Individui, diritti sociali, collettività nella storia contemporanea. Atti del convegno annuale SISSCO Padova, 2-3 dicembre 1999*, a cura di Carlotta Sorba, Quaderni della Rassegna degli Archivi di Stato n. 101, Roma, Ministero per i Beni e le attività culturali. Direzione generale per gli archivi, 2002, cit. p. 166

[12] Sul tema occorrono delle precisazioni. La legislazione successiva all'Unità d'Italia era priva di una visione organica e complessiva in tema di protezione sociale. Lo Stato manifestava un certo disinteresse verso la materia e le prestazioni assistenziali erano prevalentemente erogate da Enti mutualistici e opere pie. La situazione fu oggetto di una aspra denuncia da parte di Giovanni Gemelli, capo divisione Opere Pie del Ministero dell'Interno. Il resoconto dell'indagine fu pubblicato il 15 luglio 1874 e conteneva precise indicazioni circa il malfunzionamento delle prestazioni sociali e le numerose carenze circa il controlli a carico del Ministero dell'Interno. Tuttavia le riforme in campo sociale stentarono a prendere forma, ad eccezione dell'istituzione, per opera della legge n. 1474/1883, di una Cassa Nazionale di Assicurazione di tipo volontario. Successivamente, nel periodo tra il 1902 e il 1907 furono promulgate alcune leggi in materia di tutela del lavoro per donne e minori, in materia di rischio professionale e riposo settimanale. La questione era oggetto di discussione politica con posizioni alquanto diverse tra i sostenitori di un maggiore incisività delle prestazioni pubbliche e chi riteneva l'eccessiva gravosità per le casse pubbliche delle misure sociali. Lo scoppio della guerra mutò in modo decisivo lo scenario. I numerosi invalidi di guerra, gli anziani, le donne e i bambini reclamavano delle risposte in termini di aiuto e sostentamento. Tuttavia, anche in questo frangente storico non si riuscì a pervenire ad una vera riforma organica che desse risposte concrete. In questo disagio sociale attecchì l'ideologia fascista che, attraverso la propaganda, enfatizzo la famiglia e i lavoratori quali strumenti di forza e coesione della Nazione. Gli storici hanno operato una analisi delle politiche sociali del Fascismo individuando due momenti nello sviluppo di queste azioni. Negli anni ricompresi tra il 1923 e il 1926 il regime operò a favore dell'alta borghesia e dei latifondisti. In questi anni si perseguirono politiche liberiste a vantaggio delle classi più ricche e furono ridotte molte delle tutele favore dei lavoratori. Nel 1925 la possibilità di stipulare i contratti collettivi di lavoro fu limitata ai sindacati fascisti e alle corporazioni, con il conseguente scioglimento dei sindacati di matrice socialista o cattolica. Nel 1925, il peggioramento delle condizioni economiche nazionali provocò un significativo aumento della disoccupazione che indusse il regime ad una nuova approccio verso le tematiche sociali. In questo ambito si diede grande valore al concetto della proprietà privata, in antitesi con le tesi marxiste, alla quale si ricollega una importante funziona sociale, comunque subordinata ai limiti posti dalla legge. Al riguardo l'idea fascista sosteneva che *"una vigorosa tutela della proprietà privata è necessaria"* in quanto essa *"costituisce lo strumento indispensabile per la formazione del risparmio, stimolando la produzione e agevolando la formazione dei capitali della nazione"* (fonte: A. Rocco, *La Legislazione*, in *La civiltà fascista illustrata nella dottrina e nelle opere*, Torino, Unione Tipografico Editrice, 1928, pp. 313). Il favore verso l'accrescimento di forme di piccole proprietà fondiarie trovò esplicito riconoscimento nella formulazione dello statuto proprietario contenuto nel codice civile del 1942. L'idea di proprietà elaborata dall'ideologia fascista si presentava differente rispetto a quella liberale ed a quella comunista. Una valida sintesi si riviene nelle parole dello stesso Mussolini il quale sottolineò, con vis retorica, che *"l'economia corporativa rispetta il principio della proprietà privata. La proprietà privata completa la personalità umana: è un diritto e, se è un diritto, è anche un dovere. Tanto che noi pensiamo che la proprietà deve essere intesa in funzione sociale; non quindi la proprietà passiva ma la proprietà attiva, che non si limita a godere i frutti della ricchezza ma li sviluppa, li aumenta, li moltiplica"* (fonte: B. Mussolini, *Discorso del XIII gennaio per lo Stato corporativo*, 12 gennaio 1934. In modo più approfondito si richiama

ISSN 2036-7821

proposta minava la propaganda del regime e disegnava già, in modo concreto, le caratteristiche dello Stato democratico che doveva sostituirsi al fascismo. Il riscontro nella popolazione fu, infatti, positivo soprattutto per la crescente precarietà che la guerra stava alimentando. Il tema della protezione sociale costituiva un punto cruciale in quel momento storico ed era avvertita come indispensabile per lenire le tante sofferenze del Paese.

Tutte queste condizioni indussero il Governo Badoglio, il 15 marzo 1944, a promulgare il regio decreto n.120[13] il quale dà vita a una "Commissione reale per la riforma della previdenza sociale". Risulta evidente che sulla falsa riga dell'esperienza

---

il testo della Confederazione fascista dei lavoratori dell'agricoltura, *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma, Arte della stampa, 1939, passim). Inoltre, a partire dal 1926 iniziò una seconda fase che si contraddistinse per un incremento della spesa pubblica che in materia di Sicurezza Sociale passò dal 3,9% della spesa complessiva del 1922, al 14,4% del 1941 (fonte: M. Ferrera, *Il Welfare State in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1985, p. 35). In quegli anni prese forma la creazione di enormi apparati amministrativi dedicati all'assistenza ed alla previdenza come l'INFPS (Istituto Nazionale Fascista della Previdenza Sociale), l'INFAIL (Istituto Nazionale Fascista Assicurazione Infortuni sul Lavoro), l' INFAM (Istituto Nazionale Fascista per assistenza di malattia dei lavoratori) e l' ONMI (Opera nazionale maternità e infanzia). La crescita della spesa pubblica in materia sociale diede vita ad enormi apparati amministrativi rivelatosi spesso non molto efficienti e non esaustivi dei bisogni sociali. Come evidenzia Edoardo Bressan (*Lo Stato sociale in Italia dal fascismo al secondo dopoguerra* in http://docenti.unimc.it/edoardo.bressan/teaching/2018/18563/files/lo-stato-sociale-in-italia) *"lo sforzo compiuto dal regime nel corso degli anni trenta – in analogia a quanto avviene nei principali paesi occidentali – incontra molteplici difficoltà, accresciute dalla mancanza di un libero confronto politico e da tutti i limiti che una modernizzazione corporativa porta con sé. Pur nell'aumento della spesa sociale, non è dunque possibile superare il contrasto fra un'assistenza di tipo fortemente residuale e un complesso mutualistico e assicurativo imperniato invece sul mondo della produzione. Molto vasto rimane il campo dei bisogni scoperti, di fronte ai quali, fra età liberale e ventennio fascista, la "carità" di sempre non solo continua ma aumenta in misura notevole i propri interventi e il proprio peso. [...] La contraddizione della politica sociale del fascismo è legata alla difficoltà di pensare un'azione sociale che non coincida con un assorbimento nella vita dello Stato, una partecipazione delle masse che non sia irreggimentazione, un coinvolgimento della società civile al di fuori degli schemi del regime. Emblematico appare, in questo senso, il ruolo dell'Opera nazionale dopolavoro, per il riscontro quantitativo assai rilevante e per l'indubbio successo in termini non solo propagandistici ma anche di effettivo consenso, nel quadro di nuovi metodi e orari di lavoro in grado di assicurare maggiore tempo libero. Ma tutto questo viene ottenuto rinunciando a un'eccessiva politicizzazione, limitata per lo più a celebrazioni e ricorrenze, e non ostacolando le diffuse forme di Welfare aziendale, in una sorta di normalità associativa in altri contesti negata. Un sistema di sicurezza sociale, fascista o meno, resta lontano e comunque affidato alla diffusione della previdenza e della copertura mutualistica, al di là della giustizia sociale corporativa teorizzata da Bottai."* La destituzione del regime fascista e la cessazione del conflitto bellico determinarono una crisi finanziaria del sistema di previdenza italiano vigente all'epoca. Sul punto Flavio Quaranta (F. Quaranta, *Per una storia dell'unificazione degli enti previdenziali in Italia con particolare riferimento ad Inail e Inps, in Rivista degli infortuni e delle malattie professionali, n.2/2007*,p. 335) evidenzia che *"ingenti riserve delle gestioni assicurative persero in gran parte il loro valore reale, essendo state investite nella quasi totalità, in titoli di Stato. L'inflazione, di conseguenze rese irrisorie le prestazioni assicurative e la minaccia di una vasta disoccupazione si profilava all'orizzonte"*. Per un approfondimento completo su questo argomento si rimanda a L. Einaudi, *Lezioni di politica sociale*, Torino, Einaudi, 1964, passim e G. Silei, *Lo Stato sociale in Italia. Storia e documenti. Vol. 1: Dall'unità al fascismo (1861-1943) e Lo Stato sociale in Italia. Storia e documenti. Vol.2: Dalla cultura del fascismo ad oggi (1943-2004)*, Manduria, Lacaita, 2003 e 2004, passim e S. Vinci, Il fascismo e la previdenza sociale, in AA. VV., Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto, Bari, Cacucci, 2011, pp. 709 ss.

[13] G. Silei, *Ibidem*, pp. 30 ss.

ISSN 2036-7821

britannica, anche il precario governo italiano provò ad innescare un svolta sul piano sociale[14].

La Commissione era incaricata di analizzare le forme di previdenza e assicurazioni sociali esistenti in quel momento in Italia *"ai fini di una riforma della legislazione vigente"* che fosse *"ispirata alle esigenze di un ordinamento più semplice, più uniforme"* e che riducesse i *"limiti dell'assistenza dello Stato in favore delle classi lavoratrici"*. La Commissione reale, benché successivamente riformata con il decreto luogotenenziale n.330 del 1 ottobre 1944[15], a causa degli eventi bellici, non iniziò mai la sua attività.

Tuttavia, nonostante l'organismo non abbia mai preso avvio, è significativo che il Governo Badoglio, nel pieno del momento più convulso del conflitto mondiale, considerasse la questione della previdenza sociale come un tema di urgente rilevanza sociale. Questo dato testimonia per un verso quanto la popolazione attendesse una risposta sul fronte della garanzia dei diritti fondamentali e dall'altro come gli stessi rivestissero un'importanza cruciale per l'edificazione di una nuova forma di stato realmente democratica, che potesse garantire al cittadino una libertà effettiva, non solo di carattere formale. In questo si coglie l'impronta ideale che ha esercitato il piano Beveridge, considerato dalla popolazione italiana e dal fronte della Resistenza una concreta opportunità di riscatto che giustificava, anche da questo punto di vista, il rovesciamento del regime fascista. L'esecutivo Badoglio, attraverso queste attività,

---

[14] Il Regio Decteto n. 120/1944 previde che fosse "*istituita presso il Ministero dell'Industria, del Commercio e del Lavoro una Commissione Reale per l'esame delle forme di previdenza ed assicurazioni sociali attualmente in vigore in Italia, ai fini di una riforma della legislazione vigente ispirata alle esigenze di un ordinamento semplice, più uniforme e che estenda i limiti dell'assistenza dello Stato in favore delle classi lavoratrici.*" Questa Commissione doveva essere composta da: "*un presidente, da tre vice-presidenti e da diciassette membri scelti come segue: a) due professori di R. Università, ordinari di matematica finanziaria; b) due professori di R. Università, ordinari di statistica metodologica; c) due professori di R. Università, ordinari di materie economiche; d) un professore di R. Università, ordinario di diritto amministrativo; e) cinque esponenti delle categorie di datori di lavoro nel campo dell'industria, dell'agricoltura, del commercio, del credito e dei trasporti; f) cinque esponenti dei prestatori d'opera scelti con lo stesso criterio fissato per i datori di lavoro.*" Il testo completo del richiamato provvedimento normativo è consultabile su: https://www.normattiva.it

[15] In riforma del Regio Decteto n. 120/1944, il Decreto Luogotenenziale n.330/1944 previde che fosse "*istituita presso il Ministero dell'industria, del commercio e del lavoro una Commissione per l'esame delle forme di previdenza, assistenza ed assicurazioni sociali attualmente in vigore in Italia, ai fini di una riforma della legislazione vigente ispirata alle esigenze di un ordinamento più semplice, più uniforme, e che estenda i limiti dell'assistenza in favore delle classi lavoratrici*". Questa riformata Commissione doveva essere composta *da un presidente, da un vice presidente e dai seguenti membri: 1° quattro professori di Regia università, docenti di materie economico-finanziarie, matematica finanziaria, discipline attuariali e discipline statistiche; 2° quattro esperti designati dal Ministero dell'industria, del commercio e del lavoro; 3° quattro membri in rappresentanza dei datori di lavoro; 4° quattro membri in rappresentanza dei prestatori d'opera; 5° un rappresentante del Ministero dell'industria, del commercio e del lavoro; 6° un rappresentante del Ministero delle finanze; 7° un rappresentante del Ministero del tesoro; 8° un rappresentante del Ministero dell'agricoltura e delle foreste. Per ciascun membro può essere nominato un supplente. La nomina del presidente e dei membri della Commissione è fatta con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con i Ministri interessati. Con le stesse forme e' designato un vice presidente tra i membri appartenenti alle categorie 1a e 2a suindicate e sono pure nominati i supplenti. La Commissione può dividersi in sottocommissioni per lo studio di particolari problemi o di problemi concernenti speciali categorie*. Il testo completo del richiamato provvedimento normativo è consultabile su: https://www.normattiva.it

ISSN 2036-7821

cercava di imbastire delle misure che potessero servire non appena le ostilità belliche fossero cessate e si poneva l'obiettivo di tracciare la direzione economico-sociale per avviare la normalizzazione pacifica del contesto nazionale[16].
La comunità politica italiana, soprattutto dopo la caduta del regime fascista, si rivelò sensibile a queste tematiche ed iniziò ad avviare attività di studio per l'elaborazione di proposte rivolte al potenziamento dell'intervento dello Stato in materia sociale[17].
Nel contesto di questo dibattito ciascuna forza politica propose iniziative fortemente condizionate dalla propria matrice ideologica che, in definitiva, si collocavano in una posizione di grande distanza rispetto a quella del piano Beveridge, il quale era pensato per un sistema di tipo capitalistico, con una spiccata economia di mercato e mirava a realizzare una forma di protezione universale, ugualmente erogata per ricchi e poveri[18].

3. L'affermazione della protezione sociale nel dibattito dell'Assemblea Costituente

I partiti italiani nel dopoguerra convenivano che lo stato liberale avesse esaurito la sua funzione e che fosse necessario, per dare effettività ai diritti sociali, introdurre delle norme specifiche nella nuova Carta Costituzionale unitamente a dei poteri statali d'intervento sull'economia. Il punto è di estremo interesse. Infatti, si pose, fin da subito, la questione della portata concreta delle misure di protezione sociale le quali non potevano essere relegate e mere enunciazioni di principio, ma dovevano essere veicolate attraverso strumenti giuridici cogenti[19]. Inoltre, la questione sociale si poneva in stretta connessione con il tipo di sistema economico che si intendeva applicare alla nuova forma di Stato su cui si registravano profonde distanze tra le posizioni del Partito Comunista e quelle della Democrazia Cristiana[20].
Tutti questi profili problematici confluirono nei lavori dell'Assemblea Costituente, la quale fu preceduta dall'istituzione di due organismi istituzionali per la trattazione degli argomenti sociali. Nel 1946 fu istituita la "Commissione per lo studio dei problemi del lavoro" e nel 1947 la "Commissione per la riforma della previdenza

[16] Interessanti riscontri si rivengono nella raccolta *Verbali del Consiglio dei ministri: Governo Badoglio, 22 aprile 1944-18 giugno 1944*, Presidenza del Consiglio dei Ministri Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 1994, Roma ed anche in P. Caretti e G. Tarli Barbieri, *I diritti fondamentali: Libertà e diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 81 ss.

[17] Un sintesi delle posizioni politiche si rinviene in E. Cabibbo, *I partiti politici e la previdenza sociale in Italia*, in Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali, gennaio-dicembre 1944, Anno XXXI, Serie VI, pp. 13-48.

[18] Sul punto L. Di Nucci, *Ibidem*, pp. 170 ss.

[19] P. Caretti e G. Tarli Barbieri, *Ibidem* ed anche S. Rodotà, *Diritti e libertà nella storia d'Italia. Conquiste e conflitti. 1861-2011*, Roma, Donzelli, Ed. 2011, passim.

[20] In argomento M. Panica, *Il Piano Beveridge e la sinistra italia*, in *Welfare donne e giovani in Italia e in Europa nei secoli XIX-XX*, a cura di M. Minesso, Milano, Franco Angeli, 2015, pp. 251 ss. ed anche E. Bressan, *Le vie cristiane della sicurezza sociale. I cattolici italiani e il welfare state*, in *Lo spirito del welfare*, a cura di A. Bassin e B. Pfau-Effinger, Milano, Franco Angeli, 2015, pp. 91 ss.

ISSN 2036-7821

sociale"[21]. E' stato, quindi, riproposto, come già provò a fare Badoglio, il tentativo di replicare l'esperienza britannica della Commissione Beveridge.
Tuttavia, l'esperienza di studio italiana, pur riconoscendo la necessità di un sistema di protezione sociale di carattere generale, escludeva che lo stesso potesse essere universalistico[22]. A corroborare questa posizione vi erano due aspetti, uno di carattere economico, che suggeriva di non appesantire le deboli finanze dello Stato già gravate dai costi bellici, ed uno collegato alle posizioni dei partiti politici, che escludevano l'estensione di forme di sussidio generalizzato a coloro che traevano dal proprio lavoro il reddito necessario[23]. Proprio in quest'ultimo aspetto si coglie, in nuce, uno dei tratti fondamentali del nostro ordinamento costituzionale: il principio lavoristico. Esso veniva già riconosciuto quale vero strumento per poter garantire l'emancipazione individuale dal bisogno e quale mezzo per concorrere al progresso delle comunità. I lavori delle due Commissioni non produssero alcun seguito legislativo ma rappresentarono, di fatto, la fase dei primi dibattiti dell'Assemblea Costituente.
Nell'attività di quest'ultima, la protezione sociale abbracciò i lavori sia della prima sottocommissione, che si occupava di definire i diritti e doveri dei cittadini, che quelli

[21] La prima fu costituita su proposta del Ministro per la Costituente, Pietro Nenni, il 10 gennaio 1946 e fu presieduta dal comunista Antonio Pesenti La seconda invece fu creata su proposta del Ministro del Lavoro, Giuseppe Romita, nell'aprile del 1947, ma fu nominata da Amintore Fanfani, che succedette a Romita, nel luglio del 1947 e fu presieduta dal socialista Ludovico D'Aragona.

[22] In argomento Ministero per la Costituente, *Atti della Commissione per lo studio dei problemi del lavoro, I: Relazioni - Questionari - Interrogatori - Inchieste; II: L'ordinamento del lavoro nella legislazione comparata*, Roma, Stabilimento Tipografico U.E.S.I.S.A., 1946, passim e Commissione per la riforma della previdenza sociale Roma, *Relazione sui lavori della Commissione (4 Luglio 1947 – 29 Febbraio 1948)*, Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, Roma, Tipografia A.T.E.L., 1948, passim ed anche L. Di Nucci, *Ibidem*, pp. 184 ss.

[23] Sul punto in Atti della Commissione per lo studio dei problemi del lavoro, *Ibidem*, pp. 45 ss. è possibile leggere: *"Mutano, per effetto di ciò, lo spirito e le finalità della attività assistenziale e previdenziale dello Stato. L'origine e lo spirito pietistico a cui essa fu improntata non sono più del nostro tempo. Esiste un potenziale diritto al lavoro come esiste un diritto alla vita. Se le condizioni della nostra economia, e la sua attuale organizzazione, non consentono ancora di dare a tale « diritto » il pieno valore giuridico che la parola starebbe a significare, non per questo lo Stato è meno interessato ed impegnato a fare il maggiore sforzo per favorire la possibilità di lavoro e condizioni umane di vita a tutti i suoi cittadini. [...] Previdenza ed assistenza sociali vanno perciò concepiti come uno strumento di politica sociale diretto ad operare una migliore redistribuzione del reddito; con destinazione ad uno o più obbiettivi specifici, fra quelli che più interessano e la collettività, e quindi lo Stato, e il singolo: la invalidità, la vecchiaia, la maternità, la salute, la disoccupazione involontaria, per assicurare un minimo di tenore di vita e di possibilità di consumo a tutti i cittadini*." Come evidenziato da L. Di Nucci, *Ibidem*, p. 185, "*L'avversione nei confronti di un sistema di previdenza allargato a tutti i cittadini si spiega in primo luogo con la tradizione previdenziale italiana, di chiara derivazione bismarckiana, incentrata sul rapporto fra protezione sociale e posizione occupazionale. E si deve poi al fatto che, come abbiamo visto, i maggiori partiti politici italiani concepivano la nuova Repubblica democratica come il sistema che avrebbe infine dischiuso l'era della « civiltà del lavoro ». Il lavoro, cioè, come vedremo meglio più avanti, allorché prenderemo in esame il dibattito costituente, veniva considerato il fondamento del nuovo Stato repubblicano. E così, mentre si esaltava l'ideale della solidarietà, nel medesimo tempo si escludevano dagli istituti previdenziali talune categorie di cittadini. Ma tale esclusione non appariva per nulla in contrasto con l'ideologia solidaristica perché avrebbe riguardato figure in certo senso, in vario modo e a vario titolo antisociali.*" Un quadro di sintesi delle posizioni di Otto Von Bismarck in materia sociale si rinviene in F. Politi, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 125 ss.

ISSN 2036-7821

della terza sottocommissione, la quale doveva definire i diritti e i doveri economico-sociali. Proprio questa si occupò di definire, in modo netto, la centralità del lavoro quale diritto e dovere del cittadino, pur riconoscendo il diritto al sostentamento nel caso di inabilità al lavoro. Sulla attività delle prima sottocommissione incise, in modo molto forte per la stesura dei principi dei rapporti sociali, l'azione di Giuseppe Dossetti e Palmiro Togliatti. La connotazione dei diritti sociali fu profondamente condizionata dallo status di lavoratore più che di cittadino[24]. Tale scelta è frutto della volontà di promuovere la ricchezza individuale ottenuta tramite il lavoro. Questa impostazione provocò discussioni in seno all'Assemblea Costituente, dove si manifestò la preoccupazione che la scelta finisse per penalizzare coloro che non lavoravano.

La discussione sul testo dell'art. 3 Cost., inizialmente posto come art. 7, evidenzia lo sforzo dell'Assemblea di comporre un panorama di sensibilità variegato, profondamente condizionato dall'esperienza storica e dalle matrici ideologiche di riferimento. La norma citata assunse, fin da subito, la connotazione di tassello fondamentale dell'architettura teleologica della redigenda Carta e dello stato sociale nazionale.

Al riguardo, è utile richiamare l'intervento che l'on. Aldo Moro formulò il 13 marzo del 1947[25] in sede di discussione generale nella quale evidenziò che al concetto di

[24] Il concetto è ben esplicitato sempre da L. Di Nucci, *Ibidem*, p. 186, nella parte in cui evidenzia che "*dal dibattito in tali Commissioni affiorano gli elementi costitutivi della « filosofia sociale » che avrebbe poi pervaso la Costituzione italiana. E comunque tale filosofia emerge con chiarezza già dallo schema di progetto elaborato dalla Terza Sotto-commissione. In esso, in particolare, si riconosceva il « diritto al lavoro » per tutti i cittadini e il diritto del lavoratore ad avere i mezzi necessari alla vita nel caso in cui fosse stato « inabile al lavoro »; inoltre, si introduceva il diritto all'esproprio e si richiedeva l'abolizione del latifondo*".

[25] Per un corretto inquadramento dell'argomento, si riportano le parti più rilevanti dell'intervento pronunciato dall'On. Aldo Moro in sede di Assemblea Costituente il 13 marzo 1947: *[...] questa ideologia, questa sana accettabile ideologia che io ho racchiuso nelle due espressioni — libertà e giustizia sociale — si ritrova in questi tre articoli della Costituzione che noi esaminiamo e viene espressa come una indicazione dei fini del nostro Stato, del volto storico che assume la Repubblica italiana. Indubbiamente una indicazione di questo genere è indispensabile. Non avremmo ancora detto nulla, se ci limitassimo ad affermare che l'Italia è una Repubblica, o una Repubblica democratica. Occorre che ci sia una precisazione intorno ad alcuni orientamenti fondamentali che storicamente caratterizzano la Repubblica italiana. Io, per questo, avevo proposto al nostro amabile Presidente della Commissione, onorevole Ruini, che i tre articoli, il primo, il sesto ed il settimo, fossero congiunti insieme, in quanto mi pareva che essi concorressero, da punti di vista diversi, a caratterizzare il volto storico dello Stato italiano. Sono prevalse altre ragioni, che sono ottime e dinanzi alle quali mi inchino, ma non volevo dimenticare questa mia modestissima proposta, la quale riconferma la mia vecchia idea che si tratti di articoli unitariamente confluenti per definire il carattere storico della Repubblica italiana. Questi tre pilastri, sui quali mi pare che posi il nuovo Stato italiano sono: la democrazia, in senso politico, in senso sociale ed in senso che potremmo chiamare largamente umano.[...] Vengo ora all'altra parte dell'articolo 1: «La Repubblica italiana ha per fondamento il lavoro e la partecipazione effettiva di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». Permettetemi su questo punto di ricordare, in quanto membro della Commissione, la storia di questo articolo, anche per contribuire a chiarirne il senso e a dissipare alcuni dubbi che già sono affiorati, in seno soprattutto alla Commissione dei 75. Ricordo che questo articolo in sostanza fu proposto dal nostro amico La Pira il quale, nel suo slancio generoso, nel suo desiderio di contribuire in ogni modo all'affermazione più piena della dignità umana, vagheggiava di inserire nella Costituzione un articolo nel quale fosse consacrato quello che egli chiamava lo status del lavoratore, cioè una condizione giuridica particolare dell'uomo che lavora e*

ISSN 2036-7821

lavoro non dovesse essere attribuito "*nessun significato di esclusione; soltanto un impegno della nuova democrazia italiana in questa strada di elevazione morale e sociale. E io credo che nessun uomo onesto, che segga in questa Assemblea — e, quindi, penso, nessuno tra noi — potrà respingere il significato di questa affermazione. Si potrà chiarire la sua portata, si potranno fare delle aggiunte, allo scopo di rendere indubbio che la cittadinanza democratica è cosa indipendente dalla qualifica di lavoro; ma non si potrà negare che il compito storico che*

---

che doveva essere considerata fondamento di diritti. Furono fatte a questa proposta dell'amico La Pira alcune obiezioni, che in realtà non erano fondate, e, nella dinamica dei lavori per la Costituzione, questa proposta, che pure aveva trovato una prima articolazione, fu fatta cadere. Restò, di quella formulazione primitiva, questa idea che evidentemente è un'idea cristiana, un'idea democratica, che cioè bisogna dare al lavoro una particolarissima considerazione, che bisogna impegnare la nuova democrazia italiana in questo processo di elevazione dei lavoratori e di partecipazione la più piena dei lavoratori stessi all'organizzazione economica, politica e sociale del Paese. Questo il senso della disposizione: un impegno cioè del nuovo Stato italiano di proporsi e di risolvere nel modo migliore possibile questo grande problema, di immettere sempre più pienamente nell'organizzazione sociale, economica e politica del Paese quelle classi lavoratrici, le quali, per un complesso di ragioni, furono più a lungo estromesse dalla vita dello Stato e dall'organizzazione economica e sociale. Nessun intento di esclusione pertanto. Non si voleva, da parte dei proponenti dichiarare che questa qualifica, intesa in senso stretto, come è indicato nell'articolo, fosse la condizione indispensabile per essere considerati cittadini e trattati come tali. Il problema della cittadinanza, cioè della pienezza dei diritti civili e politici, è risolta dalla prima parte dell'articolo 1, in quanto dichiara: l'Italia è Repubblica democratica, cioè stato di tutti i cittadini e risolta dagli altri due o tre titoli della prima parte di questa Costituzione, nei quali si tratta dei cittadini nel senso più largo dell'espressione. Si poneva semplicemente un problema di carattere strettamente politico, indicando come una meta di notevole importanza nella costruzione del nuovo Stato, questa, cioè, di dare accesso in modo reale, pieno e costruttivo, alle forze lavoratrici nella vita del nostro Paese. Ed io ricordo di più che questa proposta La Pira — chiamiamola così — venne presentata in contrapposto amichevole ad altra proposta dell'onorevole Togliatti, quella alla quale egli si riferiva ancora qualche giorno fa nel suo notevole intervento, in sede di discussione generale, quando domandava ancora che la Repubblica democratica italiana fosse qualificata come Repubblica di lavoratori. Ed assicurava, colla consueta amabilità, l'onorevole Togliatti che tale espressione non doveva essere intesa in nessun modo in senso classista, ma voleva indicare soltanto la convergenza di tutte le forze produttive verso questo punto di incontro, il lavoro, che permette alla Repubblica italiana di essere qualificata, senza esclusioni, come Repubblica di lavoratori. Ed indubbiamente la suggestione che una simile espressione può avere per un cristiano, in quanto eccita la sua sensibilità tradizionale per la sorte della dignità umana e per la sorte delle classi meno abbienti e più sfortunate, può essere grande. Ma vi era da parte nostra, in sede politica, una considerazione da fare: che quella espressione, sia pure chiarita così nettamente dell'onorevole Togliatti, avrebbe assunto fatalmente un significato classista. Ed ecco la nostra contro-proposta, che salva di quella dell'onorevole Togliatti la sostanza, assegnando allo Stato italiano questa meta altissima di dare pienezza di vita sociale, politica ed economica alle classi lavoratrici. Quindi, nessun significato di esclusione; soltanto un impegno della nuova democrazia italiana in questa strada di elevazione morale e sociale. E io credo che nessun uomo onesto, che segga in questa Assemblea — e, quindi, penso, nessuno tra noi — potrà respingere il significato di questa affermazione. Si potrà chiarire la sua portata, si potranno fare delle aggiunte, allo scopo di rendere indubbio che la cittadinanza democratica è cosa indipendente dalla qualifica di lavoro; ma non si potrà negare che il compito storico che sta dinanzi alla democrazia italiana, in quanto essa persegue il potenziamento della dignità umana, sia di immettere nella pienezza della vita del Paese le classi lavoratrici. A questo punto io credo si debba ricollegare l'altro che costituisce l'ultima parte dell'articolo 7: «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli, di ordine economico e sociale, che limitano la libertà e l'eguaglianza degli individui ed impediscono il completo sviluppo della persona umana». Evidentemente siamo, in questa applicazione del principio dell'eguaglianza, nello stesso ordine di considerazione cui adesso facevo cenno. Si tratta di realizzare in fatto, il più possibile, l'eguale dignità di tutti gli uomini. Il senso di questo articolo è precisamente questo. Non accontentiamoci di parole, di dichiarazioni astratte, facciamo in modo, attraverso la nostra legislazione sociale, che, il più possibile, siano in fatto eguali le condizioni e le possibilità di vita di tutti i cittadini. Quindi anche questa parte dell'articolo 7 ha un significato evidente, discreto, accettabile e non credo che possa dare, così inteso e così inquadrato, alcuna preoccupazione. Comunque, anche qui le possibilità di modificazioni, di chiarimenti formali sono sempre aperte.

ISSN 2036-7821

sta dinanzi alla democrazia italiana, in quanto essa persegue il potenziamento della dignità umana, sia di immettere nella pienezza della vita del Paese le classi lavoratrici."

Sempre l'on. Moro, nella stessa circostanza, ha esortato i deputati con questa espressione:" *Non accontentiamoci di parole, di dichiarazioni astratte, facciamo in modo, attraverso la nostra legislazione sociale, che, il più possibile, siano in fatto eguali le condizioni e le possibilità di vita di tutti i cittadini.*

Intorno all'intervento dello Stato in materia sociale furono anche sollevati dubbi di opportunità. L'on. Mario Rodinò contestò l'impegno concreto dello Stato per rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano la libertà e l'uguaglianza degli individui sostenendo che *"questa equivoca dizione con la scusa di tendere ad una sempre maggiore uguaglianza sociale e di favorire lo sviluppo della persona umana, autorizza di fatto lo Stato a compiti ed azioni di così vasta e complessa portata, che potrebbero essere realizzati soltanto da uno Stato non meno autoritario e non meno totalitario di quello che è alla base di tutte le nostre sventure".*

Il testo finale dell'art.3, frutto del lavoro delle Commissioni, coordinato dal Comitato di redazione prima della votazione finale e distribuito ai Deputati il 20 dicembre 1947 era il seguente: *Art. 3 - Tutti i cittadini hanno pari dignità e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.*

Il testo fu approvato con tale formulazione. Emerge, quindi, un particolare equilibrio nella redazione della disposizione, che da un lato offre la garanzia del *pieno sviluppo della persona umana* e dall'altro si impegna a rendere *effettiva* la *partecipazione* dei soli *lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.* La matrice *lavoristica* prende il sopravvento sul concetto di cittadinanza, individuando nella comunità dei lavoratori la classe dirigente del paese in materia politica, economica e sociale[26]. Questa connotazione pare introdurre un sistema sociale non di tipo inclusivo ma esclusivo, senza una vocazione universalitistica. In realtà, un'interpretazione restrittiva della norma finirebbe per rendere l'art. 3 Cost. una norma paradossale, che al primo comma sancisce la pari dignità di tutti i cittadini ed al secondo comma ne garantisce l'effettività solo a taluni. Una lettura coerente con lo spirito dei Padri Costituenti induce a pensare che l'aver posto l'accento, in modo cosi forte, sui lavoratori è l'espressione di un desiderio di democrazia e di libertà, che non condiziona l'accesso al governo del paese al censo sociale, ma colloca nel lavoro

[26] I. Masulli, *Il dibattito sul lavoro e i diritti sociali all'Assemblea Costituente*, in Istituto De Gasperi - Documentazione, Bologna, Seminari 2011-2012, passim, disponibile all'indirizzo http://www.istitutodegasperi-emilia-romagna.it/pdf-mail/82-2-12-2011a1.pdf

ISSN 2036-7821

l'elemento di emancipazione dell'individuo e la forma di partecipazione al benessere collettivo[27]. E' indubbio che la formulazione del testo risente di una visione della società per classi ma è altrettanto vero che il baricentro è posto nell'individuo e nella sua libertà di autodeterminazione, senza schemi sociali predeterminati[28].

4. Conclusioni

Le brevi riflessioni, sin qui elaborate, permettono di affermare che il tema della protezione sociale riveste un carattere trasversale. Questa interessa il sistema giuridico, economico, sociale e politico, poiché si pone in diretta connessione con la persona umana e con i suoi bisogni che sono in continua evoluzione, anche in rapporto agli accadimenti storici che segnano continui mutamenti nella società. Le frequenti oscillazioni dell'economica espongono le fasce più deboli della popolazione ad un rapido peggioramento delle condizioni di vita e finiscono per deteriore la relazione tra cittadini ed Istituzioni.

Il drammatico frangente della fase conclusiva della seconda guerra mondiale ha posto in concreta evidenza queste dinamiche ed ha permesso di comprendere come la libertà non solo deve essere predicata in chiava astratta, o solo in termini di enunciazioni giuridiche, ma deve essere garantita liberando dal bisogno la popolazione. Il perseguimento di questo obiettivo necessita di un sapiente equilibrio tra istanze di protezione e incentivo al lavoro. Dal dibattito svolto in sede di Costituente traspare la preoccupazione di non dare vita ad uno stato assistenzialista dal quale far dipendere il benessere individuale, ma di promuovere il lavoro quale mezzo di emancipazione e quale strumento per l'incremento del progresso collettivo.

La ricerca di questo compromesso, tra assistenza e responsabilità individuale, non può ritenersi concluso. Infatti, la formulazione ampia del secondo comma dell'art. 3 Cost. impegna costantemente Parlamento e Governo a ricercare ed attuare le politiche di sostegno ai molteplici bisogni della comunità nazionale. Essi si presentano in crescente aumento ed esigono la predisposizione di misure e servizi adeguati ai tempi ed alle necessità attuali.

Tuttavia, la mutevolezza delle necessità sociali non deve far dimenticare come il welfare sia un mezzo di promozione dell'individuo e della sua dignità ma non può e non deve trasformarsi in un meccanismo distorto che promuova forme di opportunismo.

In questo senso, l'universalismo imperfetto che connota il nostro sistema impone ai soggetti sussidiati di compartecipare economicamente ai servizi, in misura adeguata

[27] F. Pizzolato, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, Vita e Pensiero , 1999, pp. 161 ss. ed anche V. Cocozza, *Percorsi ricostruttivi per la lettura della Costituzione italiana*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 47

[28] F. Pallante, *Per scelta o per destino?: La Costituzione tra individuo e comunità*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 57 ss.

ISSN 2036-7821

al proprio reddito, ma impegna anche i governanti a sviluppare politiche in grado di rendere reale l'eguaglianza.
Le crisi più recenti rendono di grande attualità le pagine storiche citate, poiché ora, come allora, si pone la necessità di rendere unita la trama complessa che regge la democrazia in cui le spinte contrapposte, pubbliche e private, devono tendere alla garanzia del bene comune.

ISSN 2036-7821

ISSN 2036-7821